

Vincent NIORE

Collection

Lamy
**Axe
Droit**

Perquisitions chez l'avocat

*Défense des secrets
et inviolabilité de l'asile sacré*

Préface de François SAINT-PIERRE

 Lamy
une marque Wolters Kluwer

*En hommage respectueux à Philippe Lucet,
secrétaire général de l'Ordre des avocats de Paris,
sans le concours duquel aucune contestation des perquisitions
chez les avocats n'eût été possible.
Avec affection et reconnaissance
pour sa présence et sa constance fondamentales.*

Remerciements

Remerciements à Henry Godé, Cédric Labrousse, Julia Nioré, François Saint-Pierre, Ron Soffer, Sévag Torossian, mes Confrères d'armes, pour leurs contributions.
Remerciements au Bâtonnier Jean Castelain, au Bâtonnier Christian Charrière-Bournazel, au Bâtonnier Christiane Feral-Schuhl, au Bâtonnier Pierre-Olivier Sur, pour leur confiance renouvelée.
Remerciements au vice-Bâtonnier Jean-Yves Leborgne, au vice-Bâtonnier Yvon Martinet, au vice-Bâtonnier Laurent Martinet, pour leur solidarité et leur attention.
Remerciements au Conseil National des Barreaux et à la Conférence des Bâtonniers pour leur soutien.
Remerciements sincèrement affectueux à tous mes confrères malheureusement perquisitionnés pour avoir, malgré eux, permis cet ouvrage.
Remerciements fraternels à notre confrère Olivier Schnerb pour tout, depuis trente ans.
Remerciements amoureux à ma Natalie pour nos nuits écourtées les veilles de perquisitions matinales.

Sommaire

Liste des abréviations.....	15
Préface.....	19
Introduction.....	23

PARTIE 1 LE RÉGIME DE DROIT COMMUN DES PERQUISITIONS CHEZ LES AVOCATS

CHAPITRE 1	Les textes régissant le secret professionnel de l'avocat.....	39
CHAPITRE 2	Qu'est-ce qu'une perquisition ?.....	55
CHAPITRE 3	La présence du bâtonnier : garantie spéciale de procédure.....	89
CHAPITRE 4	L'absence de dispositions relatives à la présence de l'avocat lors de la perquisition.....	103
CHAPITRE 5	L'exigence de la présence de l'autorité judiciaire pour perquisitionner.....	107
CHAPITRE 6	La simple énumération de raisons plausibles dans la décision de perquisition.....	117
CHAPITRE 7	La restriction de la prise de connaissance des documents au bâtonnier et au magistrat.....	119
CHAPITRE 8	L'exigence d'un lien de causalité direct entre la saisie et la nature de l'infraction poursuivie.....	123
CHAPITRE 9	La saisie informatique.....	127

Liste des abréviations

- AMF Autorité des marchés financiers
- BNRDF Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale
- CARPA Caisse de règlement pécuniaire des avocats
- CEDH Cour européenne des droits de l'homme
- CMF Code monétaire et financier
- CPP Code de procédure pénale
- DGCCRF Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
- JLD Juge des libertés et de la détention
- LPF Livre des procédures fiscales
- ODJ Officiers douaniers judiciaires
- OFJ Officiers fiscaux judiciaires
- OPJ Officiers de police judiciaire
- QPC Question prioritaire de constitutionnalité
- USM Union syndicale des magistrats

« Nous utilisons tous les moyens qui sont à notre disposition, nous allons jusqu'aux perquisitions, montées avec la Direction nationale des enquêtes fiscales (...). Des montages sont imaginés par des avocats, des conseillers ou des banques et proposés aux entreprises et, si l'on n'y met fin rapidement, ils se propagent très vite (...). Il est extrêmement difficile de démanteler leurs schémas d'optimisation fiscale (des très grandes entreprises), d'abord parce qu'il faut les trouver, ensuite parce qu'il faut prouver qu'elles n'ont pas respecté la loi, enfin parce que leurs avocats et leurs directeurs fiscaux sont très compétents. »⁽¹⁾

« Les montages frauduleux sont le plus souvent réalisés par des conseils spécialisés. En enquêtant sur leurs clients, on parvient souvent à déterminer le profil de ces professionnels et leur complicité dans la fraude. Leur impunité est finie. »⁽²⁾

« Ils ont dit : "Que la lumière soit !" et la terreur fut (...). Ils ont voulu la transparence et ils ont eu la défiance généralisée (...). Pourquoi les choses ont-elles mal tourné ? »⁽³⁾

« Les juges, mon petit doigt me dit qu'ils vont aller au bout dans tous les sens (...). Ça veut dire que, enfin, ils vont chercher à savoir ce qu'est devenu l'argent (...) ce qu'on a fait du fric ! Donc moi je suis très optimiste. »⁽⁴⁾

1) Sivieude O., chef du service du contrôle fiscal à la DGFIP, « Évasion des capitaux et finance », Audition Sénat du 4 juillet 2013.

2) Frédéric Long, adjoint de Guillaume Hézard, chef de la BNRDF, *Les Échos*, n° 304, octobre 2013.

3) Finkelkraut A., *L'identité malheureuse*, Stock, Paris, 2013, p. 88.

4) Bernard Tapie, propos recueillis par Gérard Davet et Fabrice Lhomme, *Le Monde*, 30 novembre 2013.

Préface

Le sujet de ce livre est essentiel : dans quelles circonstances et suivant quelles modalités un magistrat est-il habilité à procéder à la perquisition du cabinet d'un avocat ? Autrement dit, quelles sont les garanties, concrètes et effectives, du secret professionnel des avocats ?

C'est un sujet d'une brûlante actualité, depuis de longues années ! Du droit des juges de rechercher les preuves des crimes et délits par tous les moyens légaux, ou de celui des avocats de s'y opposer au nom de la confidentialité des consultations de leurs clients, lequel doit primer ?

Cette dialectique du secret et de la vérité divise profondément le monde judiciaire. Écartons les vaines querelles : il ne s'agit pas d'opposer magistrats et avocats, mais de discerner les données d'un débat de nature juridique et philosophique, dont l'enjeu relève de notre sûreté, de nos libertés.

L'ouvrage de Vincent Nioré est à cet égard capital. Il expose avec clarté et vivacité quelles sont les règles applicables aux perquisitions des cabinets d'avocats, leurs conditions préalables puis leurs modalités d'exécution, mais aussi les recours permettant d'en contester la légalité.

Illustré d'exemples vécus, il permet à chacun d'acquérir ou de parfaire ses connaissances, et mieux encore de prendre conscience de la complexité de cette question, dont l'intérêt n'est pas seulement théorique, loin de là, car ses réponses s'avèrent cruciales dans la pratique judiciaire.

Nul mieux que Vincent Nioré ne pouvait traiter ce sujet, et pour cause : depuis plus de cinq ans, c'est lui qui a représenté le bâtonnier du Barreau de Paris lors de la plupart des perquisitions réalisées par des juges d'instruction dans les cabinets d'avocats parisiens – une centaine au total.

Avocat pénaliste de métier, membre du Conseil de l'ordre durant les années 2008 à 2010, Vincent Nioré aura de la sorte consacré sa vie professionnelle non seulement à la défense de ses clients, mais aussi de la profession d'avocat, convaincu du sens et de la nécessité de sa mission.

Sa tâche consista à se rendre toutes affaires cessantes au cabinet de tel ou tel de ses confrères qu'un juge d'instruction s'apprêtait à perquisitionner, non pas pour y assister passivement, mais pour remplir son rôle de gardien du secret professionnel que la loi confère alors au bâtonnier.

Vincent Nioré l'explique parfaitement bien : c'est une épreuve de force qui s'engage, car si le magistrat a décidé de procéder à cette perquisition, c'est afin de rechercher et

de saisir des documents que détiendrait l'avocat, de nature à établir la preuve de la culpabilité de son client.

Ne croyez pas que ces perquisitions se déroulent sans tension. Pour l'avocat qui la subit, c'est un choc émotionnel majeur, tandis que pour le juge d'instruction qui l'opère, c'est le risque d'un comportement vexatoire ou d'un abus de pouvoir – les exemples hélas n'ont pas manqué.

L'intervention du bâtonnier est ici déterminante. Il veille au calme et à la dignité de l'opération, guettant la saisie des pièces qui selon lui devraient demeurer confidentielles. La loi prévoit alors leur placement sous scellé jusqu'à ce qu'il soit statué sur ce différend par le juge des libertés et de la détention (JLD).

Parmi les nombreux lecteurs de ce livre, les bâtonniers en exercice et leurs délégués seront donc particulièrement intéressés par ces conseils qui les guideront lors des perquisitions au cours desquelles ils auront à intervenir avec d'autant plus de détermination et de maîtrise de soi.

Il leur faudra s'opposer au juge d'instruction, oser lui dire « non », mais à bon escient. C'est un autre atout de l'ouvrage de Vincent Nioré que de préciser les critères distinguant les documents susceptibles d'être saisis de ceux qui ne peuvent jamais l'être, en raison de leur nature.

Nous entrons là dans le domaine de la jurisprudence que tout praticien doit suivre assidument. Le temps est loin où la chambre criminelle de la Cour de cassation affirmait au nom du principe de libre défense la confidentialité absolue des communications des avocats avec leurs clients⁽¹⁾.

Désormais, seuls les avocats en charge d'une défense pénale sont fondés à opposer leur secret professionnel à quiconque les interrogerait sur leurs dossiers, dont leurs correspondances écrites sont par nature inviolables, de même qu'en principe leurs communications téléphoniques⁽²⁾.

En revanche, en matière civile ou de consultations juridiques, il n'en est rien : le secret professionnel n'est qu'une obligation que se doit de respecter tout avocat, mais il n'est pas opposable au juge d'instruction qui est en droit de saisir ce qui lui semble utile à son enquête⁽³⁾.

1) Cass. crim., 9 sept. 1897, Bull. crim., n° 309 : « Le principe de libre défense domine toute la procédure criminelle et commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs. »

2) CPP, art. 432 : « La preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat. » V. par exemple Cass. crim., 13 déc. 2006, n° 06-87169, Bull. crim., n° 313. S'agissant des conversations téléphoniques, la Cour de cassation, qui de longue date a validé le placement sous écoutes des personnes mises en examen (Cass. crim., 9 oct. 1980, n° 80-93140, Bull. crim., n° 255), n'interdit que la transcription des propos échangés entre l'avocat et son client, sauf s'ils caractérisent une infraction, ce qui revient à dire que les policiers et le juge d'instruction peuvent en prendre connaissance... Voir sur ce point Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, n° 03-82909, Bull. crim., n° 177.

3) Voir notamment Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-86318, Bull. crim., n° 172 ; Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-84931, Bull. crim., n° 87.

La Cour de cassation a clairement fixé le droit positif sur ce point, au terme d'une longue bataille que mena le Barreau au cours des années 1990, et qu'il perdit : l'opposabilité du secret professionnel envers la justice n'est bien l'apanage que des seuls avocats pénalistes.

Ce privilège n'est toutefois pas absolu, car la jurisprudence autorise exceptionnellement les juges d'instruction à saisir leurs dossiers s'ils les soupçonnent d'avoir eux-mêmes commis une infraction ou participé à celle qui est reprochée au client dont ils assurent la défense pénale⁽¹⁾.

C'est alors que l'opposition du bâtonnier se doit d'être vigoureuse, et c'est ensuite à l'avocat mis en cause de saisir la chambre de l'instruction d'une requête en annulation, sur des critères bien définis : la perquisition était-elle justifiée, nécessaire et proportionnée, visait-elle un but légitime ?

Ces critères sont ceux qu'utilise la Cour européenne des droits de l'homme pour apprécier une éventuelle violation de l'article 8 de la Convention, avec une vigilance telle que les avocats ne devraient plus hésiter à la saisir s'ils n'obtenaient gain de cause devant les juridictions françaises⁽²⁾.

Ne renoncez jamais à ces recours, vous conseille Vincent Nioré, car c'est en les exerçant que vous parviendrez à repousser les lignes de front de la jurisprudence, et mieux encore à provoquer une réforme législative, améliorant les garanties nécessaires du secret professionnel des avocats.

C'est ainsi que le Code de procédure pénale fut amendé à deux reprises ces dernières années. Le droit du bâtonnier de s'opposer à la saisie des documents confidentiels ne résulte que d'une loi du 15 juin 2000 ; antérieurement, leur restitution dépendait du bon vouloir du juge d'instruction⁽³⁾.

Et depuis la loi du 12 décembre 2005, ce dernier doit rédiger préalablement à la perquisition une ordonnance qui en précise le but et les raisons, toute saisie incidente lui étant désormais interdite – certains juges s'étaient laissés aller à fouiller l'ensemble des dossiers du cabinet visité...

Le combat que mène Vincent Nioré s'inscrit dans cette lignée. La dialectique est le moteur de l'histoire : celle de la vérité *versus* le secret stimule l'évolution de notre procédure pénale. Ce livre, qui nous en explique si bien les ressorts juridiques, nous en livre aussi la clé philosophique.

Il était de bon ton, dans les années 1990 et 2000, de dénigrer le secret professionnel comme le repaire du vice à l'abri duquel les avocats se rendaient complices des fraudes

1) V. notamment Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, n° 03-82909, Bull. crim., n° 177 ; Cass. crim., 27 juin 2001, n° 01-81865, Bull. crim., n° 163 ; Cass. crim., 12 mars 1992, n° 91-86843, Bull. crim., n° 112.

2) V. CEDH, 24 juill. 2008, *André c/ France*, n° 18603/03, et CEDH, 21 janv., *Xavier Da Silveira c/ France*, n° 43757/05.

3) La chambre criminelle de la Cour de cassation veille à ce que le JLD remplisse son office et restitue immédiatement à l'avocat concerné les documents qui ne sont pas saisis. V. ainsi Cass. crim., 25 juin 2013, n° 12-88021, Bull. crim., n° 155, et Cass. crim., 8 août 2007, n° 07-84252, Bull. crim., n° 188.

de leurs clients. S'ils n'avaient rien de honteux à cacher, à quoi d'honorable pouvait donc leur servir ce secret ?

Triste époque, oubliée des nécessités d'un secret professionnel respecté de tous, non seulement des avocats, mais aussi de l'institution judiciaire elle-même. Imaginez une société dans laquelle l'État disposerait d'un droit de regard total sur les citoyens, et saurait tout de tous...

Nous sommes soudain saisis d'effroi, car à l'heure de la parution du livre de Vincent Nioré, nous réalisons que ce cauchemar serait d'ores et déjà réalité : Wikileaks et Snowden nous ont révélé que nos communications et nos connexions numériques font l'objet d'une surveillance globale !

Un mouvement inverse s'est enclenché. La préservation d'un espace de confidentialité des êtres constitue la condition nécessaire de leur vie non seulement sociale mais aussi psychique. Le droit au secret apparaît de nouveau comme un bien précieux, une liberté fondamentale⁽¹⁾.

François Saint-Pierre
Avocat

1) Refermant le livre de Vincent Nioré, je vous suggère d'en ouvrir un autre : *Le droit de mentir*, recueil des textes qu'Emmanuel Kant et Benjamin Constant échangèrent sur le thème de la vérité et du mensonge, de la liberté et du secret, publié aux Éditions Mille et une nuits, 2003.

Introduction

Pourquoi cet ouvrage consacré aux perquisitions chez l'avocat et à la défense des secrets ?

1 D'abord, pour apporter un témoignage et une réflexion, un testament peut-être, en forme de legs universel à tous nos confrères intéressés et/ou concernés par le sujet.

Un ouvrage en forme d'héritage, en réalité, à usage du contestataire de la perquisition au domicile et en cabinet d'avocat, car la lutte pour le respect du secret professionnel est de chaque instant, étant précisé qu'aucune perquisition n'est à nulle autre pareille, et impose dans chaque cas une vigilance accrue.

2 Notre expérience de la fonction de délégué du bâtonnier de Paris pour la contestation des perquisitions au domicile ou en cabinet d'avocats – plus d'une centaine de contestations de perquisitions au cours des six dernières années à compter de l'année 2008 – nous amènera naturellement à consacrer des développements plus larges à cette mesure intrusive, coercitive et bien évidemment privative de liberté – sans même être associée à une garde à vue concomitante – que certains juges d'instruction, en nombre limité fort heureusement, mettent en œuvre de manière systématique, à Paris en tout cas.

3 En ma qualité de membre du Conseil de l'ordre du Barreau de Paris, j'ai occupé à partir de l'année 2008, avec le bâtonnier Christian Charrière-Bournazel, les bâtonniers Jean Castelain et Jean-Yves Leborgne, la fonction de délégué du bâtonnier puis, en qualité d'ancien membre du Conseil de l'ordre, à compter de l'année 2011, avec le bâtonnier Christiane Feral-Schuhl, les bâtonniers Pierre-Olivier Sur et Laurent Martinet, celle de coordinateur des délégués du bâtonnier de Paris aux contestations des perquisitions chez les avocats.

Sous l'autorité du bâtonnier de Paris et du secrétaire général de l'Ordre, Philippe Lucet, une équipe de contestataires a été mise en place avec, notamment, le concours de Nadine Belzidsky, Marie-Alix Canu-Bernard, Loïc Dusseau, Jean-Paul Lévy, Laurence Mariani, Carbon de Sèze, Alain Weber, anciens membres du Conseil de l'ordre, Étienne Lesage, membre du Conseil de l'ordre, et je n'oublie pas les nouvelles générations de délégués contestataires du bâtonnier de Paris, qui puiseront dans cet ouvrage les informations qu'ils estimeront leur être utiles.

Au Conseil national des barreaux, soutenu par le président Christian Charrière-Bournazel puis par le président Jean-Marie Burguburu, j'ai poursuivi une réforme de l'ensemble des textes relatifs aux perquisitions chez les avocats dans le cadre des travaux de la Commission libertés et droits de l'homme que préside notre confrère Philippe Chaudon, avec le précieux concours de notre confrère David Lévy, en concertation avec nos confrères Anne Vaucher et William Feugère, président national de l'Association des avocats conseils d'entreprises (ACE).

4 À la suite de l'approbation à l'unanimité par l'assemblée générale du CNB de mon rapport sur la réforme du système des perquisitions, et du dépôt d'amendements par le CNB, le législateur, par la loi du 5 novembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière, a ajouté à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales un renvoi exprès aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoyant la présence du bâtonnier ou de son délégué en matière de perquisition fiscale chez l'avocat, jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel abroge pour d'autres causes la disposition de la loi, non contestée, qui contenait cette protection – logée dans un texte plus général aussi indigne que scélérat – ainsi tombée aux oubliettes, nous ramenant à l'âge de pierre.

5 Cette pratique de la contestation des perquisitions m'a permis d'accéder au cœur de l'enquête pénale, la présence de l'avocat n'étant pas autorisée au cours des perquisitions judiciaires en droit commun.

Nos confrères perquisitionnés ne démentiront pas le fait que je pense avoir, en toute humilité, témoigné systématiquement d'une résistance sans faille face aux magistrats en charge des perquisitions et d'un acharnement constant à défendre le secret professionnel, les secrets protégés par la loi, les droits de la défense et la présomption d'innocence devant le juge des libertés et de la détention.

6 Ensuite, pour élever une protestation en cette matière source de curiosité malsaine, de voyeurisme intrusif de l'autorité judiciaire, pourtant gardienne de la liberté individuelle, et de l'autorité administrative, où la présence de l'avocat de la défense n'est honteusement et injustement pas admise s'agissant des perquisitions « judiciaires » où la loyauté est absente.

7 Également, sans prétention aucune, pour tenter d'apporter une résistance aux initiatives, d'une brutalité inhérente, des auteurs d'une perquisition qui ne peuvent pas agir n'importe comment n'importe où et faire n'importe quoi chez n'importe qui.

8 Aussi, pour répondre aux interrogations des avocats perquisitionnés qui, par leur statut professionnel, bénéficieront d'un régime d'exception essentiellement destiné à

protéger le secret attaché à leur fonction et autour de celui-ci, les droits de la défense, la présomption d'innocence et tout type de secret protégé par la loi.

9 Au premier chef, pour venir en aide voire porter secours au bâtonnier ou à son délégué, soucieux de résister à l'intrusion de l'autorité judiciaire et administrative par une contestation systématique et générale de toute saisie comme il se doit sauf à tempérer ce principe, par une appréciation, au cas par cas, des intérêts en présence.

10 Les qualifications pénales retenues contre les avocats ont été essentiellement celles de complicité d'abus de confiance, abus de confiance, tentative de blanchiment, escroquerie, faux, complicité d'aide au séjour irrégulier, complicité de blanchiment, recel d'abus de biens sociaux, appels malveillants et usurpation d'identité, complicité de fraude fiscale et blanchiment, trafic d'influence, violences, corruption, détournement de fonds publics, escroquerie en bande organisée, abus de faiblesse... principalement.

11 Courant 2012 et 2013, nous avons constaté une recrudescence des qualifications de complicité de blanchiment de fraude fiscale lors de perquisitions chez les avocats spécialisés en matière fiscale comme si cette spécialisation devenait l'indice d'une complicité et n'était plus un signe d'excellence.

L'administration fiscale, depuis longue date, ne cacherait pas ses ambitions de voir le secret professionnel de l'avocat purement et simplement disparaître et serait, dit-on, inquiète de nos combats pour sa protection.

Elle n'hésite pas aujourd'hui à perquisitionner non seulement l'avocat sur lequel pèse une « *présomption de fraude* » au sens des dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales – cette présomption de fraude vient contaminer en fait toute la procédure pénale avec le constat du recul de la présomption d'innocence – mais également l'avocat de cet avocat, c'est-à-dire l'avocat de la défense sur lequel ne pèse aucune présomption sauf celle de l'innocence mais qui, lui, n'a rien à se reprocher sinon qu'il détient « *les pièces du dossier* » remises par son client et couvertes par le secret professionnel ! Et ce au mépris de la solution dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme par son arrêt *André c/ France* du 24 juillet 2008 (Requête n° 18603/03), qui fustige, au visa de l'article 8 de la Convention, à la fois le voyeurisme judiciaire et la possibilité de saisir chez l'avocat des pièces à conviction intéressant son client dans les termes suivants :

« 44. Outre l'absence du juge qui avait autorisé la visite domiciliaire, la présence du bâtonnier et les contestations expresses de celui-ci n'ont pas été de nature à empêcher la consultation effective de tous les documents du cabinet, ainsi que leur saisie. S'agissant notamment de la saisie de notes manuscrites du premier requérant, la cour relève qu'il n'est pas contesté qu'il s'agissait de documents personnels de l'avocat, soumis au secret professionnel, comme le soutenait le bâtonnier.

(...)

46. La cour constate que la visite domiciliaire litigieuse avait pour but la découverte chez les requérants, en leur seule qualité d'avocats de la société soupçonnée de fraude, de documents susceptibles d'établir la fraude présumée de celle-ci et de les utiliser à charge contre elle. À aucun moment les requérants n'ont été accusés ou soupçonnés d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude commise par leur cliente.

47. La Cour note donc qu'en l'espèce, dans le cadre d'un contrôle fiscal d'une société cliente des requérants, l'administration visait ces derniers pour la seule raison qu'elle avait des difficultés, d'une part, à effectuer ledit contrôle fiscal et, d'autre part, à trouver des "documents comptables, juridiques et sociaux" de nature à confirmer les soupçons de fraude qui pesaient sur la société cliente.

48. Compte tenu de ce qui précède, la cour juge que la visite domiciliaire et les saisies effectuées au domicile des requérants étaient, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnées par rapport au but visé.

49. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. »

Au point que désenchantés, bon nombre d'avocats nourriront le projet de quitter la France et d'exercer à l'étranger, ce à quoi un juge d'instruction a rétorqué : « Il m'est aussi arrivé de perquisitionner à l'étranger »...

12 Signes de l'air du temps, le recul de la présomption d'innocence et le fait que les enquêteurs sortent désormais de leur silence pour s'exprimer publiquement sur leurs méthodes d'enquête.

Éléments significatifs dans des domaines distincts du droit pénal, les propos de l'actuel ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, qui à l'occasion de l'arrestation de Abdelhakim Dekhar évoquait, lors d'une conférence de presse du 20 novembre 2013, un « *préssumé coupable* », ainsi que les dispositions nouvelles de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière qui ajoutent un article 324-1-1 à l'article 324-1 du Code pénal sur le blanchiment et qui prévoient que pour l'application de cet article « *les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* ».

Certes, les présomptions de responsabilité ne sont pas prohibées en droit pénal, pour autant qu'elles ne soient pas irréfragables et supportent la preuve contraire, mais il est clair qu'elles opèrent un véritable renversement de la charge de la preuve.

13 Sont préoccupantes aussi, dans un autre genre, les dispositions relatives aux « lanceurs d'alerte », salariés immunisés pour dénoncer tout type d'infraction révélée dans l'entreprise, que le législateur alors, pour leur protection... « *présume de bonne foi* »⁽¹⁾.

1) *Le Monde*, 22 novembre 2013, « Tireur parisien : le fantôme de l'affaire Rey-Maupin », p. 7.

Relevons également les propos de Guillaume Hézard, commissaire de police, « patron de la police fiscale », précisément de la « *Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF)* », qui confie à la presse : « *Nous pouvons bénéficier de l'effet de surprise en saisissant des documents afin d'éviter la disparition de preuves. Nous pouvons aussi interroger des proches des présumés fraudeurs.* »⁽¹⁾

La « présomption de fraude » ici visée n'est pas celle de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales qui, en fait, contamine la matière pénale.

14 Certains magistrats instructeurs, en nombre restreint fort heureusement, ont exprimé un souhait et manifesté un comportement identique à celui de l'administration fiscale, dans certains dossiers, en perquisitionnant l'avocat de la défense au titre de son activité de conseil ou contentieuse.

Rappelons sur ce point, comme l'a heureusement et excellemment précisé un magistrat instructeur du pôle financier – connu pour son respect des avocats – le 22 mai 2012, auditionné par la commission d'enquête du Sénat « *Évasion des capitaux* », après avoir prêté serment, « *de prime abord, le sujet sur lequel vous enquêtez ne paraît pas directement lié aux fonctions que j'exerce au pôle financier. Comme vous le savez, je ne travaille pas pour l'administration fiscale mais pour la justice pénale* »⁽²⁾.

15 Cette admirable formule d'indépendance, et aussi de fidélité à Montesquieu, méritait d'être soulignée lorsque l'on connaît le poids de Bercy, précisément du Bureau des affaires fiscales et pénales du ministère de l'Économie et des Finances, rattaché au Service du contrôle fiscal, dans la décision de recourir au plan judiciaire à la matière pénale en matière de fraude fiscale et de blanchiment de ce délit (l'ouverture d'une procédure du chef du délit de blanchiment de fraude fiscale n'est pas subordonnée à la plainte préalable de l'administration fiscale, qui s'impose, en revanche, pour le délit de fraude fiscale).

En effet, le 17 janvier 2014, lors d'un colloque organisé à la Maison du Barreau de Paris par le prestigieux Institut des avocats conseils fiscaux (IACF), sous l'impulsion notamment de notre confrère Ève Obadia, un haut représentant de l'administration fiscale confiait – ou lançait tout simplement un message – publiquement devant une assistance composée de plus de 200 avocats que « *on commence par le pénal, on termine par le fiscal* » et que « *depuis 2008, on a fait remonter le pénal dans la chaîne du contrôle fiscal, et qui fait partie intégrante des moyens de contrôle s'agissant des contribuables présentant des profils frauduleux (sic)...* ».

Il ajoutait que l'administration fiscale « *ne se constitue pas partie civile dans les affaires de blanchiment qui concernent le contribuable* » sauf dans les cas où les faits

1) *Le Figaro Magazine*, 6 décembre 2013, p. 46.

2) Renaud Van Ruymbeke, premier vice-président chargé de l'instruction au pôle financier du TGI de Paris. Site Internet : www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20120521/ce_evasion.html

concernent « un tiers, banque, trustee, conseil » et sur ce point, il ne manquait pas d'insister sur la difficulté à poursuivre du chef de complicité « les conseils qui interviennent très en amont dans la fraude » qui, dès lors, étaient poursuivis du chef de « blanchiment (...) aggravé par la profession (...) ». Et de déclarer : « On poursuivra tous les acteurs du montage, tiers, contre lesquels les magistrats ont ouvert des poursuites de faits de blanchiment. »

Un autre haut représentant ajoutait qu'il fallait « des sanctions dissuasives » mais qu'il ne fallait « surtout pas restreindre les droits de la défense » et annonçait que les efforts seraient poursuivis « pour que les contrôles respectent les droits de la défense » et s'effectuent « dans le dialogue ». Il posait également la question cruciale de savoir : « Une perquisition aujourd'hui, c'est quoi ? » Tout en y apportant une réponse précise : « On saisit des données dans des ordinateurs. On ne peut pas nécessairement faire le tri... », et définissait ainsi l'objet même de cette mesure intrusive.

L'avocat est donc visé de plein fouet même s'il n'est jamais nommément cité.

Et il faut regretter que ces deux hauts représentants de l'administration fiscale aient décidé de quitter la tribune sciemment, en cours de colloque et comme convenu par eux avant celui-ci, pour ne pas avoir à entendre l'intervenant suivant qui devait s'exprimer sur la contestation des perquisitions dans les cabinets d'avocats, et fuir ainsi le débat sur ce thème crucial qui leur est pourtant si cher...

Remercions ces hauts représentants, en tout cas, pour leur franchise car il est clair, désormais, que les perquisitions dans les cabinets d'avocats, en matière de blanchiment de fraude fiscale, semblent d'abord décidées, au plan factuel, au plus haut niveau de l'administration fiscale avant d'être scrupuleusement mises en œuvre, au plan procédural, par certains juges d'instruction du pôle financier.

16 Ainsi, les juges d'instruction qui n'occupent que 4 % du contentieux pénal, dit-on, canalisent, en pratique presque 100 % des perquisitions au domicile et en cabinet d'avocat, celles pratiquées par le parquet étant plus rares.

Imaginons un seul instant que ceux-ci se voient confier la charge ne serait-ce que de 50 % du contentieux pénal... devrions-nous craindre dans cette hypothèse une recrudescence fulgurante des perquisitions déjà en moyenne au nombre de quatre par mois en période judiciaire « de haute saison » ? En matière de perquisitions fiscales, l'administration précise que 250 perquisitions sont pratiquées chaque année en France sur le fondement de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales – dont une par année chez l'avocat, à Paris, selon les données de l'auteur –, qu'elle porte 1 000 plaintes pour fraude fiscale chaque année et diligente également 53 000 contrôles fiscaux sur place outre un million de contrôles sur pièces.

17 Les avocats devraient en tous cas redoubler de vigilance accrue et s'organiser pour résister, d'autant qu'il faut regretter que le colloque organisé à propos de « La

justice du XXI^e siècle »⁽¹⁾ n'ait en aucun cas traité de l'urgente question de la réforme du système des perquisitions.

Prévention et anticipation demeurent des vertus cardinales en ces périodes troublées à tous égards, marquées par l'intrusion ou l'ingérence étatique sans « garantie judiciaire » qui, lorsqu'elle existe, s'avère de pacotille.

18 Nous examinerons l'impossibilité pour le parquet de perquisitionner – y compris avec une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention (JLD) non associée à un contrôle effectif *a posteriori* – puisque la Cour européenne des droits de l'homme juge constamment, à juste titre, qu'il n'est pas une « autorité judiciaire » comme vient de le juger la chambre criminelle de la Cour de cassation, par deux arrêts rendus le 22 octobre 2013⁽²⁾.

19 Nous insisterons surtout sur le rôle du bâtonnier, que désormais la chambre criminelle de la Cour de cassation, certes, considère comme n'étant pas une partie à la procédure, mais consacre comme un auxiliaire de justice opiniâtre, protecteur des droits de la défense et de la présomption d'innocence à l'occasion d'une perquisition au domicile ou en cabinet d'avocats.

Certes, la chambre criminelle de la Cour de cassation, maintenant la motivation d'un arrêt d'une chambre de l'instruction, à propos d'une perquisition chez l'avocat et chez un tiers détenant des documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, en réponse à une requête en nullité des saisies pratiquées, a jugé le 17 décembre 2013⁽³⁾ que « le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir pour effet d'entraver le déroulement d'une information judiciaire ni d'octroyer une immunité à son bénéficiaire ».

Cette charge d'une lourdeur exceptionnelle ne peut qu'inviter le bâtonnier ou son délégué à une contestation systématique d'une virulence égale à propos de l'exercice des droits de la défense. Et il ne s'agit après tout que du « jeu des institutions », comme l'a pertinemment relevé ce même magistrat respectueux des droits de la défense, y compris lors d'une perquisition chez l'avocat qu'il ne pratique que de manière exceptionnelle.

Seuls les textes sur les perquisitions chez l'avocat (et dans les entreprises de presse) prévoient la redoutable et redoutée contestation du bâtonnier (et du représentant de l'intéressé), pour autant que ce dernier s'en prévale, à charge pour le magistrat qui perquisitionne de saisir le juge des libertés et de la détention.

1) « La justice du XXI^e siècle », colloque des 10 et 11 janvier 2014, Maison de l'Unesco, Paris.

2) Cass. crim., 22 oct. 2013, n^{os} 13-81.945 et 13-81.949.

3) Cass. crim., 17 déc. 2013, n^o 13-85.717.

20 À l'intrusion ou l'ingérence, il faut ajouter la dérive médiatique qui consiste, sous le prétexte d'informer le public à tout prix dans le cadre d'un pseudo-débat d'intérêt général au titre du « droit de savoir » – revendiqué par quelques magistrats instructeurs au sujet de certains dossiers qu'ils instruisent – à persécuter une personne présumée innocente présentée de manière irréfragable comme présumée coupable par des procédés humiliants qui relèvent de la terreur intellectuelle.

Aussi, est-il essentiel de rappeler, en citant notre confrère Thierry Massis, que *« parallèlement à cette montée de la transparence, le secret exprime un aspect essentiel de notre civilisation : le respect de la personne humaine... il exprime l'homme dans son intimité la plus extrême, dans la dialectique du dit et du non-dit, de l'intime et du public. Le secret est contemporain de la conscience. Il est la loi de l'exigence morale, lorsque la conscience doit s'opposer aux lois. Il est l'ultime instance d'appel contre toutes les violences humaines, même légales »*.

Et notre auteur d'ajouter avec une pertinence réitérée que *« le secret de l'instruction »* est *« la mise en œuvre du principe de la présomption d'innocence... droit fondamental de la personne... »* qui *« exige que ne soit pas révélée au monde extérieur l'existence d'une poursuite pénale »*⁽¹⁾.

21 Et pourtant ! Il est arrivé que le juge des libertés et de la détention s'oppose à ce que le secret-défense puisse être appliqué à des agendas présidentiels truffés d'informations secrètes, saisis au domicile d'un avocat, ancien président de la République, et placés sous scellés fermés sur la ferme contestation générale du délégué du bâtonnier.

Prenant compte de la difficulté, les juges saisissants avaient entériné devant le juge des libertés et de la détention – en l'occurrence magistrat de grande qualité –, en présence du délégué du bâtonnier, un accord qui devait permettre la restitution à bref délai des agendas présidentiels à leur propriétaire, tout en s'étant targués avant l'audience de devoir se présenter devant un juge *« membre du syndicat de la magistrature »*, présageant avec prétention un succès judiciaire...

Or, non seulement ces agendas n'ont pas été restitués par les juges saisissants, mais en outre, ils ont été abondamment publiés dans la presse⁽²⁾ après avoir rejoint le dossier d'instruction d'une affaire sans connexité aucune avec celle de la saisie :

« Tapie-Sarkozy : les liaisons dangereuses. Quatre ans de rendez-vous. Voici la liste des 18 rendez-vous de Nicolas Sarkozy et de Bernard Tapie entre janvier 2007 et novembre 2010, telle qu'elle apparaît dans les agendas de l'ex-chef de l'État saisis par la police » (il s'agit des agendas saisis par les juges d'instruction et contestés par le délégué du bâtonnier).

1) *Études*, revue mensuelle, juin 2001, p. 752 et 753.

2) *L'Express*, n° 32-17, 27 février au 5 mars 2013, p. 36 à 38.

Bel exemple du respect de la parole donnée par le juge sous la foi du Palais, devenue subitement engagement vide de sens.

En outre, les mêmes magistrats, si saisissants à l'endroit de l'avocat, ancien chef d'État, étaient demeurés délibérément inertes face aux pièces manuscrites établissant la présence régulière d'un ancien procureur d'un tribunal de la périphérie, qui prenait plaisir, dans le mouvement délibéré de la manifestation de sa révérence au pouvoir exécutif alors en exercice, à annoncer sa venue en traversant systématiquement les jardins d'un palais de la République luxuriant de verdure.

N'étaient, en effet, pas saisies des notes manuscrites du secrétariat présidentiel consignnant les appels téléphoniques de ce zélé représentant du parquet à l'attention du président de la République en exercice, et rédigées comme suit : *« M. X... aimerait vous rencontrer pour vous saluer... »*

Solidarité irraisonnée d'une certaine magistrature qui oblige à ne pas accabler son prochain, fût-il très éloigné – y compris dans les circonstances les plus graves –, comme un réflexe, au-delà des clivages personnels...

22 Autres révélations, surprenantes d'informations secrètes : le site Mediapart diffusait le 18 juillet 2013 le compte rendu d'une perquisition pratiquée en cabinet d'avocats début juillet dans les termes suivants :

« Mais ce que l'on ignorait, c'est que dans le même temps, un autre service de la police judiciaire, la brigade de répression de la délinquance économique (BRDE), a été chargée de "scanner" les activités antérieures de maître Lantourne, notamment au sein du célèbre cabinet d'avocats d'affaires américain "Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson", plus connu sous le nom de Fried-Frank. Et, selon de très bonnes sources, cela a été le "jackpot" !

Le premier intérêt que la police judiciaire a trouvé à s'intéresser à ce cabinet – qui est connu notamment pour avoir la banque Goldman Sachs pour client – et à son antenne parisienne, c'est que maître Maurice Lantourne a été l'un de ses associés de 2006 à 2009. Cette période recouvre donc celle de l'arbitrage frauduleux, qui dure un an, à partir d'octobre 2007. Le second intérêt pour les enquêteurs de venir frapper à la porte du cabinet d'avocats, c'est que son association avec maître Maurice Lantourne s'est en réalité très mal passée et que le conseil de Bernard Tapie a laissé derrière lui beaucoup d'amertume sinon de colère (...). Quoi qu'il en soit, quand la police judiciaire commence à s'intéresser début juillet à l'ancien cabinet où travaillait maître Maurice Lantourne, elle n'arrive donc pas franchement en terrain hostile. Selon nos informations, le bureau parisien du cabinet d'avocats s'est montré très coopératif et n'a surtout pas entravé d'une quelconque façon le travail des policiers (...). La plupart des archives de maître Maurice Lantourne auraient été détruites lors de son départ du cabinet mais, au terme de la loi américaine, toute suppression de document est une faute pénale. Le cabinet d'avocats a donc, malgré tout, gardé la trace de tous les documents liés à

l'arbitrage Tapie. Dans les procédures du cabinet, il existe même une sauvegarde pour toutes les données informatiques, effectuées à partir de l'antenne de Londres du cabinet. Il semble donc que la police judiciaire ait pu avoir accès à une quantité considérable de documents.»

Un journal du soir⁽¹⁾, après cette diffusion détaillée, consacrait dans la même affaire de longs commentaires à propos de certains des éléments saisis quelques semaines plus tôt (le 3 juillet 2013) dans un cabinet d'avocats en titrant à charge: «*Affaire Tapie : les courriers qui révèlent l'escroquerie.*»

23 Non seulement ce journal décrivait avec précision le déroulement de la perquisition mais, en outre, commentait, à charge, certains éléments qui y avaient été saisis et placés sous scellés fermés sur la contestation du bâtonnier – à laquelle le juge des libertés et de la détention n'avait pas cru faire droit – dans les termes suivants: «*La saisie a été contestée par le délégué du bâtonnier de Paris, et il a fallu qu'un juge des libertés et de la détention, la vice-présidente Anne Rochet, se prononce sur la possibilité de verser ces pièces en procédure.*»

Plusieurs mois plus tard, le même journal commentait de nouveau les pièces saisies au cabinet d'un avocat dans les termes suivants: «*L'avocat de Tapie et la note pour Lagarde. Un fichier, découvert en perquisition au cabinet de l'avocat de l'avocat de Bernard Tapie, maître Maurice Lantourne, suscite l'intérêt des juges (...).*» Les journalistes se répandaient en conjectures en estimant que «*les derniers développements de l'instruction conduite par les juges Serge Tournaire, Guillaume Daieff et Claire Thépaut rendent nécessaire l'audition de M. Guéant, sous un statut qui reste à déterminer (...)*», allant jusqu'à interpréter l'état d'esprit des juges d'instruction en estimant que «*les juges semblent soupçonner l'Élysée et le ministère de l'Économie d'avoir œuvré, à partir de 2007, afin que l'homme d'affaires soit indemnisé, grâce à un arbitrage truqué*»⁽²⁾.

Les mêmes auteurs, quelques mois plus tôt, décrivaient avec force détails la perquisition au domicile et au cabinet d'un ancien ministre devenu avocat, dans le même journal du soir du vendredi 1^{er} mars 2013, étant précisé que cette mesure intrusive avait été pratiquée le 27 février si bien que l'information avait été diffusée dès le lendemain, le mois de février comportant 28 jours.

Ainsi, la violation du secret de l'enquête semblait être intervenue en temps réel au cours de la perquisition du 27 février 2013 et dans les termes suivants: «*Trois juges d'instruction parisiens (...) ont notamment saisi un cahier tenu par l'ancien ministre (...).*»⁽³⁾

1) *Le Monde*, 30 juillet 2013, p. 1 et 6.

2) *Le Monde*, 21 décembre, p. 9.

3) *Le Monde*, 1^{er} mars 2013, p. 12.

Or justement, cette pièce avait été placée sous scellé fermé sur la demande du délégué du bâtonnier, si bien que nul ne pouvait en avoir connaissance jusqu'à l'audience du juge des libertés et de la détention à laquelle le délégué du bâtonnier se rendit avec en mains la publication pour en donner connaissance au magistrat, seul habilité à ouvrir les scellés...

24 Soulignons également le récit détaillé d'une perquisition au cabinet d'un avocat livré dans la presse à un point tel que la violation du secret de l'enquête semble de nouveau avoir été effectuée en temps réel⁽¹⁾ dans les termes suivants:

« Les dessous d'une perquisition rocambolesque : l'avocat de Bernard Tapie n'a rien vu venir. Vendredi 25 janvier, trois juges, accompagnés d'une escouade de policiers et du bâtonnier, débarquent pour une perquisition dans les bureaux de maître Maurice Lantourne (...).

Aujourd'hui, les enquêteurs de la brigade financière cherchent à savoir si la "Note pour Lagarde" trouvée chez maître Maurice Lantourne était réellement destinée à la ministre des Finances (...). Quoi qu'il en soit, la fameuse note est à l'origine d'un imbroglio judiciaire. Lorsque, après la perquisition, les magistrats instructeurs, les avocats et le bâtonnier se sont retrouvés dans le bureau du juge des libertés pour débattre de ce qui relevait ou non du secret professionnel parmi les documents mis sous scellés, la "Note pour Lagarde" s'était mystérieusement volatilisée... Stupeur des juges qui, pensant avoir oublié le précieux document chez maître Maurice Lantourne, repartent perquisitionner dès le lendemain matin sous l'œil vigilant du bâtonnier. Le maître des lieux est absent mais, sur son bureau, au milieu d'une pile de dossiers, le document disparu réapparaît. Étourderie des juges ou tentative d'escamotage? Sollicité par Le Point, l'avocat de Bernard Tapie n'a pas souhaité commenter ces péripéties, tout en affirmant qu'aucun des documents saisis chez lui n'est gênant pour son client.»

Alors, pourquoi cette révélation et par quelle source lorsque l'on sait qu'étaient présents lors de la perquisition enquêteurs, représentant du parquet, greffiers, magistrats instructeurs et délégué du bâtonnier?

25 Il est nécessaire de rappeler, au regard de la violation constante du secret de l'enquête à l'occasion d'une perquisition et ce en temps réel, les dispositions de l'article 58 du Code de procédure pénale selon lesquelles: «*Sous réserve des nécessités des enquêtes, toute communication ou toute divulgation sans l'autorisation de (L n° 93-2 du 4 janvier 1993) la personne mise en examen ou de ses ayants droit ou du signataire ou du destinataire d'un document provenant d'une perquisition à une personne non qualifiée par la loi pour en prendre connaissance est punie d'une amende de 4 500 euros et d'un emprisonnement de deux ans.*»

1) *Le Point*, 21 février 2013, n° 2000110, p. 42 à 44.

26 La perquisition chez l'avocat constitue par elle-même une mesure suffisamment humiliante pour ne pas y ajouter la honte liée à la lapidation médiatique sous le prétexte de la liberté de l'information et du respect du secret des sources. Il serait regrettable de constater que ce secret, qui n'est qu'une catégorie de secrets parmi d'autres, possède en droit et en fait une force supérieure au secret professionnel d'ordre public de l'avocat.

Aucun avocat perquisitionné ne mérite un tel sort, d'autant que l'auteur peut témoigner avoir été ému, sans exception, par chacun d'eux, dont l'histoire, parfois difficile, a toujours été digne de compassion, et l'attitude, toujours pleine d'humanité avec, évidemment, ses inhérentes imperfections.

27 Le rôle du bâtonnier ou de son délégué est ainsi fondamental, car la perquisition comme l'audience du juge des libertés et de la détention sont fréquemment le lieu d'une rare violence psychologique, parfois d'une véritable brutalité entre délégué du bâtonnier et juges, et entre juges et avocats perquisitionnés.

Évoquons cette jeune juge d'instruction – enceinte de quelques mois – qui perquisitionnait un domicile dès 6 heures du matin et qui était restée indifférente à l'évanouissement d'une avocate perquisitionnée et gardée à vue simultanément, prise de malaise en préparant plusieurs biberons pour son enfant de six mois en prévision d'une garde à vue à rallonge en matière de criminalité organisée. La juge, sans sourcilier, debout à quelques centimètres de là, avait continué à saisir différents documents pendant qu'enquêteurs et délégué du bâtonnier secouraient la malheureuse qui avait perdu connaissance en se cognant la tête au sol en tombant...

Aussi ce juge d'instruction qui, lors d'une audience du juge des libertés et de la détention, ne mâchait pas ses mots face à un avocat en pleurs, lui hurlant de toutes ses forces : « *Vous vous êtes foutu de la gueule de la Cour!...* », obligeant le délégué du bâtonnier à exiger du greffier qu'il note les propos indélicats, outre ses observations à propos d'une audience qui tournait à la « *diabolisation* » de l'avocat perquisitionné. Et encore celui qui envisageait – pour y renoncer car empêché par la contestation du bâtonnier – de saisir au domicile d'un avocat, également arbitre, un journal du soir comme si la lecture de la presse nationale caractérisait l'indice de la participation du perquisitionné à la commission d'une infraction !

28 L'avocat perquisitionné est souvent un avocat humilié qui craque et qui pleure devant le juge des libertés et de la détention alors que dans la grande majorité des cas, il ne sera pas nécessairement poursuivi.

Le concept loufoque d'« avocat puissant », loué par une certaine presse, n'a pas sa place dans une perquisition qui, par définition, n'admet pas les impostures comportementales et, trop souvent, « délie les langues et fait tomber les masques », notamment de certains « puissants » devenus subitement si fragiles pour n'être qu'eux-mêmes.

À « puissant », il faut préférer « robuste », plus juste, ou tout simplement « talentueux ».

Pour certains juges, l'avocat est toujours le complice de quelqu'un – et pourtant, ils savent que la « provocation non qualifiée » sous forme de conseil n'est aucunement punissable en droit positif – et les honoraires qu'il perçoit est « la rémunération du crime » comme certains d'entre eux aiment le répéter.

29 Revenons sur ce point aux qualifications de « complicité » et de recel.

L'auteur tient ici à révéler la plainte portée contre le président du Conseil national des barreaux de l'époque, le bâtonnier Christian Charrière-Bournazel, et contre lui-même auprès du garde des Sceaux par le syndicat « Union syndicale des magistrats » saisi par certains juges du pôle financier qui dénonçaient non pas un quelconque excès de langage ou d'un prétendu ou pseudo-outrage à magistrat commis à l'occasion d'une audience, mais le fait d'avoir exprimé une opinion dans un éditorial¹⁾, « La tyrannie de la suspicion », diffusé aux avocats de France et, par ailleurs, dans un article publié dans la *Gazette du Palais*²⁾, « Pour certains magistrats, l'honoraire est la rémunération du crime » (pour reprendre l'expression de l'un d'eux lors d'une audience du juge des libertés et de la détention).

30 La saisine du garde des Sceaux consistait, pour ces magistrats, à fustiger l'expression d'une libre pensée par deux avocats du Barreau de Paris à propos de méthodes employées par certains juges d'instruction en nombre restreint (qui depuis, il est vrai, se sont quelque peu améliorés au plan du respect des droits de la défense) et ce, en arguant de l'existence « *d'attaques anti-magistrats* ».

31 Il est précisé que les documents évoqués ci-dessous n'ont jamais été adressés par les magistrats réclameurs à l'auteur, qui en a pris connaissance par un journaliste qui avait reçu (comme 28 autres journalistes) le courriel portant l'objet suivant : « *Message USM. Les attaques anti-magistrats resurgissent. Article Nioré.pdf. Editorial CNB.pdf. Lettre Charrière-Bournazel mise en cause juges d'instruction parisiens. Affaire Tapie février 2013.pdf. Lettre Taubira mise en cause des juges d'instruction parisiens par le président du CNB février 2013.pdf* ».

La première lettre est adressée aux 29 journalistes par l'Union syndicale des magistrats (USM) dans des termes alarmistes (voir annexe I).

Cette lettre était doublée d'une lettre auprès du président du CNB (voir annexe II).

Pour faire bonne mesure, l'USM intervenait le 18 février 2013 auprès du garde des Sceaux pour obtenir de sa part une « réaction » (voir annexe III).

¹⁾ Éditorial du président du Conseil national des barreaux, Christian Charrière-Bournazel, 15 février 2013, « La tyrannie de la suspicion ».

²⁾ *Gazette du Palais*, 3 au 5 février 2013, n° 34 à 36 : « Pour certains magistrats, l'honoraire est la rémunération du crime ».

Depuis, les comportements se sont calmés, étant précisé que l'auteur a répondu que les termes qu'il avait employés étaient une citation des propos de certains juges d'instruction que leur propre « vérité » blessait, qu'il n'a jamais été informé d'une quelconque « réaction » de la Chancellerie et qu'il a pu constater depuis que les perquisitions judiciaires des juges du pôle financier intervenaient dans un climat, en principe, relativement plus respectueux des droits de la personne.

32 Ainsi, demeure d'une vérité criante la devise : « *Face à la machine judiciaire prête à briser : se défendre !* »

Ce credo de l'avocat animé de la passion de défendre, celle que Jacques Vergès décrivait de manière éblouissante : « *Quand on éprouve une passion, il est salubre, il est nécessaire, d'en rechercher la source, d'en connaître le pourquoi. Éprouvant la passion de défendre, j'ai voulu moi aussi savoir pourquoi cette passion ? Et pour cela quoi de plus simple que de consulter les dossiers qui nous sont offerts, les dossiers de justice dont nous avons la charge ? Et là nous découvrons l'évidence, à savoir qu'un dossier de justice, c'est toujours le début d'un roman, le commencement d'une tragédie. Mais ce roman et cette tragédie sont inachevés, et de ce drame en train de se dérouler devant nous, nous sommes, avocats, successivement les spectateurs puis les confidents du personnage principal, celui qui donne son nom à la tragédie ! Macbeth, Othello, Faust ! Et puis, nous sommes les coauteurs quand nous allons aider notre client à vivre le cinquième acte de sa tragédie, à écrire l'épilogue de son roman.* »⁽¹⁾

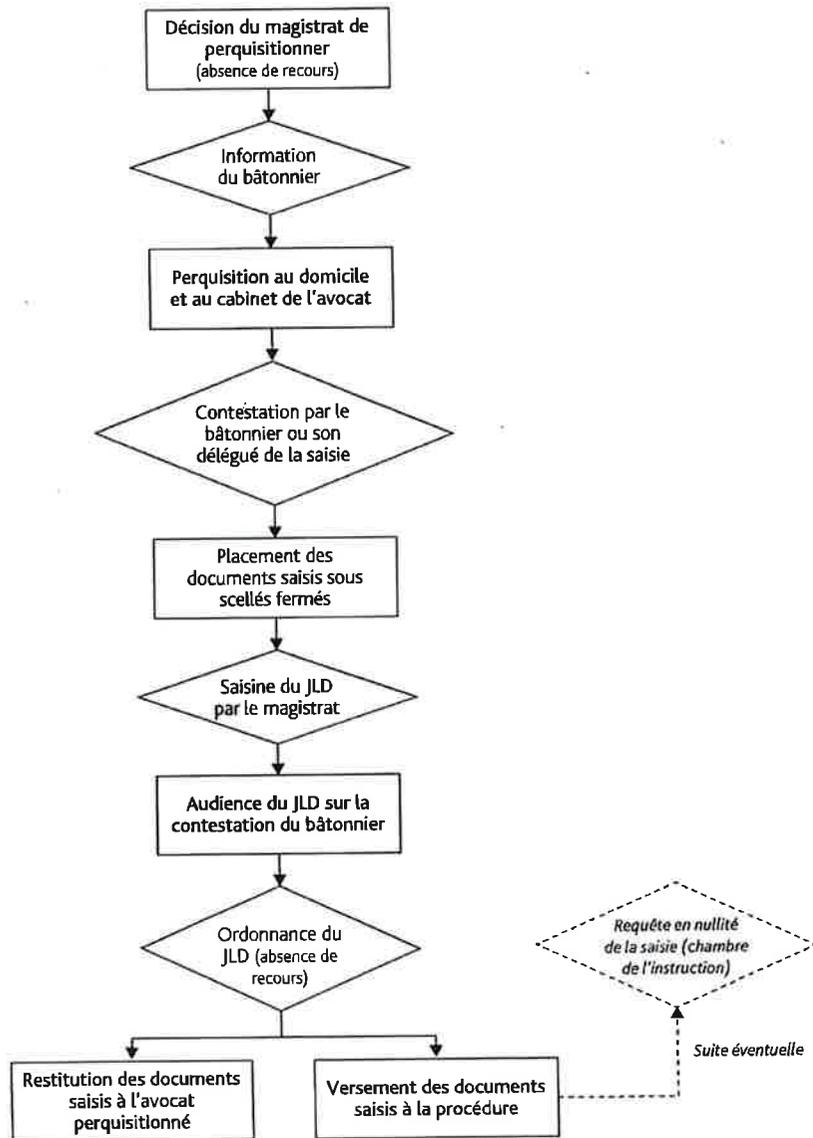
33 C'est pourquoi l'action féroce doit être associée à la réflexion sereine, en tout cas pour la sauvegarde de l'ordre public du secret professionnel de l'avocat dans... un État de droit où doit régner la « prééminence du droit ».

Ce modeste ouvrage n'a d'autre but que de s'inscrire péremptoirement dans le sillage d'une vigilance et d'une résistance sans failles contre l'arbitraire de l'intrusion de l'autorité judiciaire et administrative dans ces sanctuaires que sont, par nature, les cabinets d'avocats.

¹⁾ Site Internet : www.latele.ch/ledroitchemin. Hommage à Jacques Vergès, 1^{re} et 2^e parties.

LE RÉGIME DE DROIT COMMUN DES PERQUISITIONS CHEZ LES AVOCATS

PERQUISITION JUDICIAIRE DE DROIT COMMUN (CPP, art. 56-1)



Les textes régissant le secret professionnel de l'avocat

34 Avant d'aborder le régime des perquisitions au domicile et en cabinet d'avocat et leur contestation, il convient de rappeler quelques règles essentielles relatives au secret professionnel de l'avocat.

35 Bien que le rôle du bâtonnier consiste à défendre le secret professionnel, tous types de secrets protégés par la loi et les droits de la défense, il est essentiel de mettre en exergue le sens du secret professionnel car, en effet, l'autorité judiciaire et l'autorité administrative s'ingèrent dans les cabinets d'avocats pour en subtiliser le contenu.

36 Au secret des sources, devenu moteur décomplexé de l'enquête pénale, trop souvent allié, aliment et relais de la poursuite et des juges, il appartient plus que jamais aux avocats par leur bâtonnier, dont c'est le rôle fondamental, d'opposer la force admirable et momentanée mais tant décriée du... silence, cet « *insupportable manque de paroles* » et encore de « *ces lèvres scellées du confesseur* »... pour reprendre la belle expression du père Emmanuel Boudet à propos du secret de la confession, qu'il présente, à juste titre, comme absolu et qu'il résume par la devise : « *ni disculper, ni dénoncer* »⁽¹⁾.

Le Code de droit canonique institue en effet, à raison, un secret absolu en ce que le « *secret sacramental est inviolable ; c'est pourquoi il est absolument interdit au confesseur de trahir en quoi que ce soit un pénitent, par des paroles ou d'une autre manière, et pour quelque cause que ce soit* » ; le même devoir pesant également sur « *tous ceux qui d'une façon ou d'une autre, ont eu, par la confession, connaissance des péchés* »⁽²⁾.

1) Père Emmanuel Boudet, colloque de l'Institut de droit pénal du Barreau de Paris, 24 septembre 2013.

2) Art. 983 § 1 du Code de droit canonique.

Secret qui s'évince et... silence qui demeure, deux antinomies qui ne manqueront pas de s'affronter en cette matière où tous les coups sont permis, comme toutes les audaces, nul parmi les avocats, bâtonnier compris, n'étant épargné par les coups de force de certains magistrats dont certains se définissent eux-mêmes, et ainsi leurs pairs, avec franchise, comme des « *forceurs officiels de secret, cambrioleurs autorisés de l'espace privé, ramasseurs de confidences, extirpeurs stipendiés de vérités...* »⁽¹⁾.

37 La Cour européenne des droits de l'homme, par son arrêt du 6 décembre 2012, emboitant le pas au législateur, a fait perdre au secret professionnel son caractère absolu en estimant que l'obligation de déclaration de soupçon ne violait pas l'article 8 de la Convention car elle « *ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats* ».

Elle a cependant rappelé de manière expresse que : « *118. Il en résulte que si l'article 8 protège la confidentialité de toute "correspondance" entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients.*

Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre, indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout "accusé" de ne pas contribuer à sa propre incrimination. 119. Cette protection renforcée que l'article 8 confère à la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et les raisons qui la fondent conduisent la Cour à constater que, pris sous cet angle, le secret professionnel des avocats – qui toutefois se décline avant tout en obligations à leur charge – est spécifiquement protégé par cette disposition. »

Elle a toutefois jugé que si le « *secret professionnel des avocats a une grande importance tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la justice. Il s'agit à n'en pas douter de l'un des principes fondamentaux sur lesquels reposent l'organisation de la justice dans une société démocratique* »⁽²⁾, ce secret n'était pas intangible et devait s'effacer devant des objectifs légitimes, rappelant également que cette obligation s'inscrivait dans un ensemble d'instruments internationaux dont l'objectif commun est la prévention d'activités constitutives d'une grave menace pour la démocratie.

1) Jacques Dalles, procureur général de Chambéry, colloque de l'Institut de droit pénal du Barreau de Paris, 24 septembre 2013.

2) CEDH, 6 déc. 2012, Michaud c/ France, requête n° 12323/11.

La Cour suprême européenne ne saurait être critiquée pour ce rappel de l'évidence qui consiste à dire, de manière lancinante et à juste titre, que la corruption et la fraude fiscale constituent une atteinte à la démocratie. La Cour de justice de l'Union européenne définit également le secret professionnel comme une « *garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice* » par son arrêt Wouters (CJCE 19 févr. 2002 Affaire Wouters C-309/99).

38 Il est vrai que « *pour lutter contre l'habileté de l'homme, il n'y a que l'homme* »⁽¹⁾.

Cependant, il faut déplorer qu'un lien soit établi entre la légitimité de la lutte contre ce fléau et l'exercice de la profession d'avocat trop souvent malmené à travers les avocats qui pratiquent la matière pénale pour la défense qu'ils pratiquent et les avocats qui pratiquent la matière fiscale pour les conseils qu'ils donnent.

Or, ce pas a été franchi par le législateur français qui, par la loi n° 2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale du 6 décembre 2013, telle que commentée par son rapporteur, le député Yann Galut, également avocat, part d'un fait divers, « l'affaire Cahuzac », pour prononcer une mise en garde contre l'ensemble des avocats du Barreau de France en assimilant l'optimisation fiscale à l'abus de droit et celui-ci à l'évasion et à la fraude fiscale de la manière la plus décontractée qui soit.

39 En effet, « *l'optimisation est une liberté publique fondamentale. Elle consiste à choisir la voie légale la plus favorable à l'individu et à agir en fonction de ce choix. L'assimiler à la fraude ou l'évasion est dangereux pour la société. Un choix est légal ou il ne l'est pas. Il ne peut y avoir de zone grise* »⁽²⁾.

En sens contraire, les propos de la Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF) relevés dans la presse : « *Cette mobilisation du fisc résulte aussi "de la diffusion des pratiques d'optimisation fiscale des grands groupes qui sont souvent aux limites de la légalité" (...), reconnaît Alexandre Gardette, le grand chef du fisc français (...). Afin de mieux cerner les fraudeurs, la Brigade [BNRDF] entend s'intéresser de près aux "officines" qui les conseillent.* »⁽³⁾

40 La loi nouvelle du 5 novembre 2013 instituait notamment une garde à vue de quatre jours⁽⁴⁾ en matière de fraude fiscale en bande organisée, soit le régime de la criminalité organisée développée de manière extensive à l'encontre des avocats dont le législateur, dans un mouvement hostile, voudrait faire des lanceurs d'alerte, délateurs spontanés à propos de tout, récompensés-immunisés par l'autorité poursuivante.

1) Maurice Rolland, compagnon de la Libération, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en préface de l'ouvrage de Jean Cosson, *Les industriels de la fraude fiscale*, Le Seuil, 1971.

2) Gianmarco Monsellato, avocat associé, directeur général de TAJ, *Les notes stratégiques de l'Institut Choiseul*, avril 2013.

3) *Les Échos*, n° 304, octobre 2013.

4) Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2013-679DC du 4 décembre 2013, a fort heureusement censuré la possibilité de recourir à une garde à vue de 96 heures avec report de la présence de l'avocat à la 48^e heure.

Et summum de l'apothéose ! La récente tentative du législateur de détruire le secret professionnel des avocats annoncés comme les « conseils spécialisés auteurs de fraudes » ou « officines » et dont « le règne de l'impunité serait fini », par la loi de finances pour 2014, qui en son article 60 quinquies, telle que votée par l'Assemblée nationale, prévoyait qu'à compter du 1^{er} janvier 2015, « toute personne commercialisant un schéma d'optimisation fiscale... ou élaborant et mettant en œuvre un schéma d'optimisation fiscale déclare ce schéma à l'administration préalablement à sa mise en œuvre ! ».

41 Le Conseil constitutionnel ⁽¹⁾ a censuré les dispositions de l'article 96 de la loi concernant les schémas d'optimisation fiscale en retenant que « 89. Considérant que le "schéma d'optimisation fiscale" est défini par les dispositions contestées comme "toute combinaison de procédés et instruments juridiques, fiscaux, comptables ou financiers" ayant pour "objet principal" de "minorer la charge fiscale d'un contribuable, d'en reporter l'exigibilité ou le paiement ou d'obtenir le remboursement d'impôts, taxes ou contributions" et "qui remplit les critères prévus par décret en Conseil d'État"; 90. Considérant que toute personne commercialisant ou élaborant et mettant en œuvre un tel schéma doit, en vertu des dispositions contestées, déclarer celui-ci à l'administration avant sa commercialisation ou sa mise en œuvre; que le manquement à ces obligations de déclaration est puni d'une amende égale à 5% du montant des revenus perçus au titre de la commercialisation du "schéma d'optimisation fiscale" ou du montant de l'avantage fiscal procuré par sa mise en œuvre;

91. Considérant qu'eu égard aux restrictions apportées par les dispositions contestées à la liberté d'entreprendre et, en particulier, aux conditions d'exercice de l'activité de conseil juridique et fiscal, et compte tenu de la gravité des sanctions encourues en cas de méconnaissance de ces dispositions, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, retenir une définition aussi générale et imprécise de la notion de "schéma d'optimisation fiscale"; 92. Considérant, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, que l'article 96 doit être déclaré contraire à la Constitution. »

42 Il a également censuré les dispositions de l'article 100 relatives à l'abus de droit dans les termes suivants : « 113. Considérant que, selon les requérants, en définissant l'acte constitutif d'abus de droit comme l'acte ayant pour motif principal celui d'éluider ou d'atténuer l'impôt, les dispositions de l'article 100 méconnaissent "la liberté du contribuable de choisir, pour une opération donnée, la voie fiscale la moins onéreuse"; que serait ainsi méconnue la liberté proclamée à l'article 2 de la Déclaration de 1789; que l'article 100 porterait en outre atteinte aux exigences résultant du principe de légalité des délits et des peines; que les sénateurs requérants soutiennent en outre que

1) Décision n° 2013-685 DC, 29 déc. 2013.

sont méconnus le principe de sécurité juridique, l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et l'article 34 de la Constitution, ainsi que le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (...); 118. Considérant que, compte tenu des conséquences ainsi attachées à la procédure de l'abus de droit fiscal, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, retenir que seraient constitutifs d'un abus de droit les actes ayant "pour motif principal" d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait dû normalement supporter; 119. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 100 doit être déclaré contraire à la Constitution. »

43 Aussi, nonobstant cette décision, l'avenir s'annoncerait sombre aux plans administratif et judiciaire, en vision de cauchemar, tant serait omniprésente la volonté farouche de l'État de mettre au pas les professionnels libéraux, en réprimant tous azimuts, au besoin en sacrifiant au passage quelques-uns d'entre eux pour l'exemple, sur l'autel de la sainte lutte contre la fraude, qui ne serait pas l'objet d'une pénalisation mais d'une judiciarisation, selon les dires d'un haut magistrat ⁽¹⁾.

« Réprimer et dissuader. Nulle personne physique ou morale qui se livre à la fraude de grande ampleur ne doit rester impunie », confie avec l'élégance d'un ministre de l'Intérieur l'actuel ministre délégué au Budget, également avocat, Bernard Cazeneuve ⁽²⁾.

Certes, mais à quel prix lorsque le même ministre loue « le renforcement des moyens d'investigation et la création d'un parquet financier », avec toutes les dérives, débordements, déferlements et intrusions multiples qui y seront nécessairement liés en pratique ?

44 Le secret professionnel des avocats doit être protégé en toutes circonstances, non seulement des intrusions intempestives de certains magistrats, mais également d'esprits polémiques qui, par exemple, à l'occasion du précédent et défunt débat sur « l'avocat en entreprise », ont cru devoir soutenir qu'il relèverait « de préoccupations domestiques » ou encore serait source « de dysfonctionnements au sein de l'entreprise ».

Seul un esprit aussi pervers que diabolique, pour mieux dissimuler ses intentions néfastes, est capable de tenir de tels propos.

En effet, le secret professionnel avait déjà été attaqué de manière officielle par le défunt rapport consacré à « certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris », autrement dénommé rapport Prada, qui avait fait ressurgir, sans le vouloir, la délicate question de la réforme du régime des perquisitions au domicile et en cabinet d'avocats, qui heurte délibérément notre secret professionnel qui, dans ce contexte, présente l'apparence d'un colosse aux pieds d'argile.

1) Yves Charpenel, premier avocat général près la Cour de cassation, colloque du 6 décembre 2013 : « Optimisation fiscale/fraude fiscale : où se situent les limites ? Les objectifs des parquets en matière de lutte contre la fraude fiscale ». Manifestations France-Amériques.

2) Le Figaro Magazine, 6 décembre 2013, p. 54.

45 En effet, le rapport *Prada* partait du postulat selon lequel, en France, « le secret professionnel français, attaché au statut de l'avocat, est très rigide »⁽¹⁾, qui de surcroît constituait une parfaite absurdité.

Le même rapport *Prada* précisait, à propos du secret professionnel en Allemagne, que : « S'agissant des perquisitions dans leurs cabinets, les avocats allemands sont très bien protégés : ces dernières ne peuvent être effectuées que sur la base d'une réquisition à l'encontre de l'avocat et les communications avec ses clients demeurent encore insaisissables. Les perquisitions dans les cabinets d'avocats dirigées contre les clients ne sont pas autorisées. »⁽²⁾

Il eut été préférable que la formule fût mise en exergue de ce rapport dont ce passage démontre qu'il est urgent de renforcer, dans le sens de la protection du secret professionnel, le régime des perquisitions en cabinet d'avocats, qui reste en l'état curieusement et invariablement figé nonobstant les réformes de la procédure pénale et les projets d'évolution de la profession d'avocat.

46 En réalité, le secret professionnel n'est en rien « rigide » dans la mesure où, en pratique, les cabinets d'avocat sont systématiquement perquisitionnés à Paris, par l'autorité judiciaire comme par l'autorité administrative, déterminées, chacune, à le percer coûte que coûte.

Ainsi, le secret professionnel est régulièrement malmené, même s'il présente l'apparence de la « rigidité » pour être « d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps ».

Serait-il au contraire totalement inexistant pour n'être en fait qu'un instrument au service de certains juges et au détriment des avocats devenus collecteurs-ramasseurs, malgré eux, d'informations confidentielles, finalement, pour le compte de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative ?

Pauvres avocats éduqués depuis toujours dans la culture de ce secret professionnel qu'ils croyaient absolu – et dont la violation leur est si souvent reprochée – subitement confrontés à la dictature de la transparence jusqu'à en perdre pied !

47 Comment ne pas citer l'admirable « Avant-propos à l'étude : le droit de savoir » – par extraits choisis et que, notamment, tout acteur du monde judiciaire doit avoir lu – de madame le professeur Agathe Lepage, qui écrit⁽³⁾ : « La transparence est la qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer (...).

Qu'on prenne garde toutefois, tout en étant sensible aux charmes de la transparence, à ne pas se laisser hypnotiser et à faire d'elle une vertu tyrannique. Faut-il

1) Rapport *Prada*, p. 23.

2) Rapport *Prada*, p. 26.

3) In Rapport annuel 2010, Cour de cassation, p. 70 et suivantes, La Documentation française, Paris, 2011, Madame le professeur Agathe Lepage, agrégée des Facultés de droit, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris-II).

toujours, en effet, que le voile soit levé sur tout ? La transparence a vite fait d'évoquer un absolu quand le droit repose sur la mesure, la conciliation des intérêts contraires, donc les demi-teintes (...).

Un des principaux obstacles à la liberté d'expression qui viennent s'ériger contre un droit de savoir tient à l'existence de secrets sanctionnés par le droit. L'évocation du secret paraît celle d'une société passiste, dépassée par l'avènement de la transparence. Voire le secret tend à inspirer la méfiance, comme antithétique des vertus que l'on prête à la transparence. On aurait tort de se fier à ces impressions, qui ne font pas leur part aux nuances qui s'imposent. Une saine transparence ne doit pas avoir pour projet d'anéantir la discrétion, la réserve, la rétention, le secret, mais de se concilier aussi harmonieusement que possible avec eux (...).

La contrainte à laquelle est soumis (...) le dépositaire d'un secret de s'incliner devant le droit de savoir ne se justifie que dans la mesure où l'information convoitée est pertinente au regard de la finalité qu'elle doit servir (...), manifestation de la vérité judiciaire, information du public sur un événement d'actualité, ou un débat d'intérêt général (...). Il s'agit (...) de proportionnalité, source d'équilibre, qui détermine la mesure dans laquelle le droit de savoir peut l'emporter sur le secret. »

Et cet auteur d'ajouter une formidable citation du doyen Carbonnier : « Jean Carbonnier disait que le législateur devrait toujours légiférer avec la main qui tremble. »

La recommandation pourrait être étendue à l'ensemble de la magistrature car, à notre humble avis, tout magistrat ne devrait justement pouvoir perquisitionner un domicile ou un cabinet d'avocat qu'avec seulement cette « main qui tremble », ce que certains d'entre eux ne manquent pas de reconnaître publiquement en annonçant que la perquisition peut être un véritable « séisme » et qu'ils ne perquisitionnent « qu'en tremblant », sentiment que, cependant, les apparences ne semblent pas trahir en temps réel intrusif.

48 À propos du caractère absolu du secret professionnel, rappelons qu'il n'existe évidemment aucune place pour la délation dans le rôle de l'avocat ! À plus forte raison lorsque le législateur, par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, prévoit un système de délation organisée par des « lanceurs d'alerte présumés de bonne foi » pour tout type de crime ou de délit connu dans l'exercice de fonctions salariées, et par le biais des exemptions totales ou des réductions de peine de moitié pour les auteurs ou complices de certaines infractions à caractère économique ou financier qui avertissent l'autorité administrative ou judiciaire et ont permis d'éviter ou de faire cesser l'infraction ou d'identifier les auteurs ou complices. Cela dit, ces « lanceurs » ne sont pas exempts de poursuites du chef de dénonciation calomnieuse ou de diffamation. Comme le dit très justement notre confrère Éric Dezeuze : « Ceux-ci ne bénéficient que d'une immunité ou protection sociale. »

Sont concernées, sur ce point, les infractions de blanchiment, corruption passive et trafic d'influence commises par des personnes exerçant une fonction publique, corruption active et trafic d'influence commises par des particuliers, entraves à l'exercice de la justice, corruption et trafic d'influence passifs et actifs mettant en cause des dépositaires de l'autorité publique ou des fonctionnaires en charge de fonctions juridictionnelles.

La fraude fiscale, dont la lutte est l'objet même de la loi, n'y était pas prévue à l'origine.

49 Cependant, par un nouvel avant-dernier alinéa à l'article 1741 du Code général des impôts, un dispositif de réduction de moitié de peine a été institué en matière de fraude fiscale, selon les modalités suivantes : « *La durée de la peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un des délits mentionnés au présent article est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis d'identifier les autres auteurs ou complices.* »

Il est important de noter que l'exemption légale de peine n'est pas prévue et que la réduction de peine n'est possible que dans l'hypothèse d'une fraude fiscale commise par plusieurs participants qui, dénoncés à l'autorité administrative ou judiciaire, ont été identifiés comme auteurs ou comme complices. La tentative de fraude fiscale n'est pas prévue comme cause d'exemption de peine.

50 Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2013-679DC du 4 décembre 2013, a jugé conformes à la Constitution les dispositions contestées de l'article 5 de la loi concernant les règles pénales particulières applicables aux repentis aux motifs que : « *16. Considérant, d'une part, qu'en retenant une diminution de moitié de la peine encourue, le législateur a entendu favoriser la coopération des auteurs d'infractions ou de leurs complices ; qu'il a également poursuivi l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public et de la recherche des auteurs d'infraction ; que les différences de traitement qui peuvent résulter des dispositions contestées entre des personnes ayant commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, des faits de même nature reposent sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec les objectifs poursuivis ; que, par suite, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe d'égalité.* »

51 Les cabinets d'avocats n'employant que des avocats salariés sont-ils concernés par ce dispositif des lanceurs d'alerte susceptibles de se mobiliser à tout propos, y compris pour tenter de régler des litiges d'ordre personnel ?

L'on protesterait avec la plus grande énergie dans l'hypothèse où un avocat, trahissant nos principes essentiels, entreprendrait de renseigner, au cours de leurs investigations, les enquêteurs, motivant ainsi le déclenchement d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, et qui essaierait de sauver la face en effectuant auprès d'eux – et en

plein accord – des déclarations « *off* » pour mieux dissimuler les traces de sa grave, honteuse et criminelle indélicatesse.

Étant précisé que les juges révèlent toujours l'origine de ce type de sources pour mieux souligner le caractère scélérat d'une telle démarche – crucifier son auteur – qui, certes, leur profite ! Pourquoi se priveraient-ils d'une humiliation supplémentaire ?

Il se pourrait qu'ils relatent – il s'agit d'une fiction – dans un document qu'ils verseraient au dossier que « *au cours des investigations, les enquêteurs ont appris que des éléments en relation avec les faits étaient susceptibles de se trouver dans un cabinet d'avocat...* »

52 Le délateur ne doit pas être confondu avec l'avocat qui effectue de bonne foi une déclaration de soupçon, encore moins avec l'avocat qui décide de pratiquer la connivence, qui suppose la révélation d'une information ou sa confirmation, avec parcimonie et finesse, dans le but de tempérer l'appréhension de la poursuite et, par exemple, d'écourter la durée d'une garde à vue ou d'éviter une mise en examen.

53 Il peut arriver également qu'un avocat, en cours de perquisition, s'oppose au délégué du bâtonnier en croyant utile de marquer son accord pour la remise de documents confidentiels au magistrat saisissant en clamant qu'il y va de son intérêt parce qu'il n'a rien à se reprocher. Une telle démarche est potentiellement dangereuse pour son auteur, qui ignore tout de la poursuite et des éléments recueillis contre lui. Il est vivement recommandé de ne jamais contredire ou contrarier la contestation du bâtonnier ou de son délégué, car nul ne sait à l'avance de quelle façon évoluera et se terminera la perquisition.

54 Ainsi, l'époque actuelle nous oblige à rappeler le noble enseignement de nos anciens maîtres : « *L'avocat est rigoureusement tenu de garder secret ce qui lui a été confié en sa qualité d'avocat : sous aucune forme, sous aucun prétexte, à aucune époque, il ne peut trahir ce secret... Le secret professionnel ne s'applique pas seulement aux confidences que l'avocat a reçues directement de son client. Il s'applique aussi à tout ce qui a pu être révélé à l'avocat par une instruction suivie contre son client... L'obligation du secret étant, pour l'avocat, absolue et d'ordre public, "il ne saurait appartenir à personne de l'en affranchir". Son client, lui-même, ne saurait le délier, ce en quoi les liens de l'avocat et de son client s'apparentent encore à ceux qui unissent le prêtre et le pénitent... L'obligation du secret professionnel, par ce qu'elle est d'ordre public, s'impose à l'avocat même lorsqu'il est régulièrement cité devant la justice et officiellement interrogé à titre de témoin.* »⁽¹⁾

« *L'avocat est tenu au secret professionnel, ce qui veut dire qu'il ne doit révéler à quiconque en aucune circonstance, fût-ce devant une autorité coercitive, les paroles et*

¹⁾ Bâtonnier Jean Lemaire, « Les règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de Paris », *LGDJ*, 1975, n° 458, 460, 461.

les écrits confidentiels qu'il a recueillis dans l'exercice de sa profession et la détermination du caractère confidentiel de ce qu'il sait ou qu'il détient n'est pas soumise au jugement de sa conscience. Pour l'avocat, le secret donc est un devoir autant qu'il est un droit. »⁽¹⁾

55 Un rappel des textes régissant le secret professionnel s'impose : le secret professionnel est absolu et d'ordre public, en tant que l'avocat ne peut en être relevé ni par son client, ni par son bâtonnier (pour de plus longs développements, se reporter à *Le Guide – Profession avocat*, Éditions Lamy, 2011).

ARTICLE 66-5 DE LA LOI DU 31 DÉCEMBRE 1971 (MODIFIÉ PAR LA LOI N° 2011-331 DU 28 MARS 2011, ART. 4)

En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel (texte incomplet, voir RIN et RIBP infra).

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention « officielle », adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L. 222-7 du Code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L. 222-18 du même code.

¹⁾ Boyer-Chammard G., *Les avocats*, PUF, Paris, 1976, p. 76.

ARTICLE 2 DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR NATIONAL

Le secret professionnel (L. 31 déc. 1971, art. 66-5 ; D. 12 juill. 2005, art. 4 ; C. pén., art. 226-13) :

Principes

2.1. L'avocat est le confident nécessaire du client.

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

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

Étendue du secret professionnel

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

- les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ;
- les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle ;
- les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous managements de fonds effectués en application de l'article 27, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971 susvisé ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

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

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

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

Structure professionnelle, mode d'exercice et secret professionnel

2.3. L'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle. Il répond des violations du secret qui seraient ainsi commises.

Lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le secret s'étend à tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun des moyens d'exercice de la profession.

ARTICLE 2 DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR DU BARREAU DE PARIS (LE SECRET PROFESSIONNEL, L. 31 DÉC. 1971, ART. 66-5, D. 12 JUILL. 2005, ART. 4, C. PÉN., ART. 226-13)

2.1 Principes

L'avocat est le confident nécessaire du client.

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

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

2.2. Étendue du secret professionnel

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

- les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ;
- les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle ;
- les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;

- les règlements pécuniaires et tous managements de fonds effectués en application de l'article 27, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

(Alinéa créé – décision à caractère normatif n° 2007-001 adoptée par l'AG du CNB le 28 avril 2007, JORF, 11 août 2007). Dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable. Si le nom donné en référence est celui d'un client qui a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocat dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord exprès adressée à ce client et indiquer dans la réponse à appel d'offres le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise.

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

P.2.2.0.1

(Article créé en séance du Conseil du 28 juin 2011, Bulletin du Barreau, 5 juill. 2011, n° 23/2011)

Par dérogation aux dispositions de l'article 2.2 du RIN, l'avocat peut, dans le cadre de ses activités de représentation d'intérêts (lobbying) auprès des parlements nationaux ou européen ou auprès d'administrations publiques nationales, européennes ou internationales, faire mention, dans les registres de ces institutions ou administrations, après avoir recueilli l'accord exprès de ses clients, de l'identité de ceux-ci et du montant des honoraires perçus au titre de sa mission.

2.3. Structure professionnelle, mode d'exercice et secret professionnel

L'avocat doit faire respecter le secret par les membres du personnel de son cabinet et par toute personne qui coopère avec lui dans son activité professionnelle. Il répond des violations du secret qui seraient ainsi commises.

Lorsque l'avocat exerce en groupe ou participe à une structure de mise en commun de moyens, le secret s'étend à tous les avocats qui exercent avec lui et à ceux avec lesquels il met en commun des moyens d'exercice de la profession.

**ARTICLE 2 BIS: LE SECRET DE L'ENQUÊTE ET DE L'INSTRUCTION
(D. 12 JUIL. 2005, ART. 5, C. PÉN., ART. 434-7-2; CPP, ART. 11)**

L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours.

Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du Code de procédure pénale.

ARTICLE 4 DU DÉCRET DU 12 JUILLET 2005

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

56 Rappelons également les dispositions pénales relatives au respect du secret professionnel.

ARTICLE 226-13 DU CODE PÉNAL

La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

ARTICLE 226-14 DU CODE PÉNAL

L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

1° À celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations

sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire.

EXIGENCE PRATIQUE

Le délégué du bâtonnier doit inlassablement rappeler en pratique au magistrat que le secret professionnel n'est pas réservé à l'activité judiciaire ou de défense, et que la protection liée au secret professionnel s'étend à l'ensemble de l'activité d'avocat, y compris et surtout à celle de conseil, la plus exposée au plan de la « complicité » et du « blanchiment ».

Les pièces apparemment « officielles » associées à un courrier confidentiel sont confidentielles même si les juges peuvent les saisir ailleurs. Elles sont souvent des « pièces du dossier » en tant que telles confidentielles. Et il arrive que les juges souhaitent détacher des pièces dont ils disent qu'elles sont apparemment officielles de leur support confidentiel, si bien que dans ce cas la contestation doit se faire véhémentement.

En effet, trop souvent, certains juges indiqueront ne pas saisir les courriers confidentiels entre avocats auxquels sont annexées en pièces jointes des pièces confidentielles pour détacher ces dernières de leur support confidentiel et tenir en échec la contestation du délégué du bâtonnier.

Il faut faire attention aux pièces « officielles » qui souvent sont des « pièces du dossier » remises à l'avocat par le client ou communiquées par courriers confidentiels entre avocats.

Qu'est-ce qu'une perquisition ⁽¹⁾ ?

57 Une perquisition se ressent comme une atmosphère d'audience pénale, et la perception des intérêts en présence en constitue un élément fondamental du côté du bâtonnier ou de son délégué qui se doit, par sa pratique de la contestation, de connaître les réflexes du magistrat qui perquisitionne : « *A good lawyer knows the law. A great lawyer knows the judge* »...

58 Au plan purement symbolique, la perquisition renvoie instinctivement en fait, dans l'imaginaire de chacun, à la négation de « l'inviolabilité du domicile », dès lors à la pénétration de l'intimité, sans « assentiment », par violence, menaces, contrainte, surprise, donc au viol, et à l'entrée par effraction de jour comme de nuit, dans la maison, ce « lieu de séjour » réceptacle de tous les secrets.

Elle incarne le mythe de la vitre brisée, de la porte fracturée, des volets éventrés, des meubles renversés, l'imposture de la transparence vécue comme une tyrannie, la comédie voire le mensonge de « la maison de verre », tous les cauchemars de l'intrusion dans la sphère normalement indétectable, parce que sacrée, de la stricte intimité de la vie privée et de la vie professionnelle, ce qu'illustre à merveille le bâtonnier Jean Lemaire : « *Au temps où le domicile privé n'était inviolable pour aucun agent de la puissance publique, l'avocat jouissait d'un privilège : son cabinet était un "asile sacré" dans lequel aucun huissier ne pouvait instrumenter aux fins de signification.* » ⁽²⁾

59 La saisie des éléments placés sous scellés fermés est trop souvent irrégulière en tant qu'elle constitue une violation pure et simple des règles régissant le secret professionnel de l'avocat, outre qu'elle est totalement disproportionnée par rapport

1) Pour de plus longs développements sur le droit commun des perquisitions, se reporter, notamment, au *Guide de la défense pénale*, Éditions Guides Dalloz, de François Saint-Pierre, au *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Éditions Dalloz Action, de Christian Guery et Pierre Chambon, au *Précis de procédure pénale*, Édition Dalloz, 2012, de Bernard Bouloc, et au *Manuel de procédure pénale*, Éditions Lexis Nexis, de Serge Guinchard et Jacques Buisson.

2) Bâtonnier Jean Lemaire, « Les règles de la profession d'avocat », *LGDJ*, 1975, p. 455.

au but poursuivi, au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La perquisition au cabinet d'avocat n'est pas seulement une mesure coercitive attentatoire au secret professionnel ; elle constitue en soi et trop fréquemment en pratique une atteinte pure et simple au libre exercice de la profession d'avocat alors qu'elle ne doit aucunement permettre ni à l'autorité judiciaire, ni à l'autorité administrative de « faire son marché ».

Elle ne repose aucunement du côté du juge saisissant, sur un quelconque droit au respect de la dignité comme fondement de l'invocation de l'exercice d'un « droit de savoir » et/ou d'un « droit à l'information » fondé sur un débat d'intérêt général, lesquels n'ont absolument pas leur place en cette matière, pour se heurter à l'ordre public du secret professionnel de l'avocat.

Elle a fréquemment pour but d'obtenir la confirmation d'une information déjà acquise chez le client, si bien qu'elle se révèle être en pratique non pas le point de départ d'une enquête mais son aboutissement, destiné à percer le cœur même du secret professionnel par la captation, par exemple, de projets d'actes et, d'une manière générale, de tous éléments permettant de retracer la maturation du raisonnement de l'avocat pressenti comme « complice ».

Certes, il est parfois fréquent d'entendre que les perquisitions dans les cabinets d'avocats français, parce qu'elles n'auraient pas la brutalité de celles opérées dans les cabinets de nos confrères turcs⁽¹⁾, défenseurs des droits de l'homme, ne devraient pas être critiquées.

Une telle imposture intellectuelle doit être condamnée.

60 Une perquisition, par un juge français, dans un cabinet d'avocats, fût-il luxueusement meublé, n'en perd nullement sa violence, qui reste avant tout psychologique, et il est d'ailleurs piquant de constater que le recours à la perquisition demeure l'arme absolue destinée à violer le secret de l'avocat, en France comme en Turquie, étant précisé que, globalement, les règles des perquisitions chez l'avocat sont à peu près semblables dans ces deux pays (à une exception près, car les poursuites contre un avocat doivent au préalable être autorisées par le ministre de la Justice en Turquie...).

Les avocats devront exercer une vigilance accrue à propos de la conservation de l'ensemble de leurs projets d'actes avec le souci, certes paradoxal, à la fois de conserver les éléments de nature à justifier, dans l'hypothèse d'une recherche de leur responsabilité civile, de leur devoir de conseil, comme de rester lucides en prévision de l'hypothèse d'une mesure intrusive.

1) « Turquie. Les arrestations antiterroristes ciblent d'éminents avocats spécialisés dans la défense des droits humains », 21 janvier 2013. Site Internet : www.bfca.fr

En effet, la perquisition intervient toujours sans le consentement de l'avocat intéressé, sauf en matière d'enquête préliminaire par le parquet (dont nous verrons qu'il n'est pas une autorité judiciaire pouvant perquisitionner).

61 Le bâtonnier est averti dans les jours qui précèdent de l'existence d'une perquisition : rendez-vous lui est donné dans la rue à un endroit précis en sorte qu'il ne connaît le nom de l'avocat perquisitionné qu'au moment de la perquisition elle-même avec la communication de la décision du magistrat : l'effet de surprise est total !

Sauf dans quelques rares cas privilégiés où services de police et/ou du parquet sont suspectés de renseigner le ou les intéressés, comme la presse l'a récemment révélé : « *Le nouveau scandale qui secoue la police : Christian Flaesch, le patron de la PJ parisienne, est sur la sellette : il a averti l'ancien ministre Brice Hortefeux qu'il allait être convoqué par la justice sur le financement de la campagne de Nicolas Sarkozy.* »⁽¹⁾

« *Un nouveau patron au Quai des Orfèvres : (...) Fonctionnaire réputé pour son intransigeance, Christian Flaesch a récemment fait l'objet d'une mise en garde par le procureur général de la Cour d'appel de Paris, François Falletti. Christian Flaesch s'est vu reprocher d'avoir passé trois coups de fil, dont un, au moins, fin novembre, depuis son téléphone mobile à l'ex-ministre de l'Intérieur Brice Hortefeux pour évoquer sa prochaine audition en qualité de témoin dans le cadre d'une procédure judiciaire consécutive à une plainte de l'ancien président Nicolas Sarkozy pour faux et usage de faux visant le site Mediapart. Alors que le juge Cros, en charge du dossier, souhaitait procéder lui-même à l'audition, le patron de la PJ aurait notamment évoqué oralement des questions d'agendas et de carnets de rendez-vous avec son interlocuteur, sans savoir que ce dernier était placé sur écoute sans le cadre d'une autre enquête portant sur le financement de la campagne présidentielle de Nicolas Sarkozy en 2007. Dans l'entourage de Christian Flaesch, qui se cantonne au silence en attendant d'avoir une nouvelle affectation, certains évoquent une "machination" ayant visé à l'écarter définitivement du poste très convoité de directeur central de la police judiciaire.*

Si, par définition, on ne prévient pas à l'avance quelqu'un qui va faire l'objet d'une perquisition à son domicile ou d'une interpellation, il est d'usage de passer un coup de fil de courtoisie à un VIP qui va être entendu comme simple témoin, assure un haut fonctionnaire. Christian Flaesch avait même eu l'extrême prudence de faire préalablement part de sa démarche au préfet de police, Bernard Boucault. »⁽²⁾

« *L'exécutif veut une femme marquée à droite au poste de procureur national financier : (...) la création de ce procureur national avait soulevé quelques doutes ; une future nomination de la candidate provoque des inquiétudes. Dans l'affaire Vivendi, les trois juges d'instruction qui entendaient perquisitionner chez Jean-Marie Messier en*

1) *Le Monde*, 10 décembre 2013, p. 1 et 7.

2) *Le Monde*, 11 décembre 2013, p. 11.

décembre 2002 se méfiaient tellement de Catherine Pignon, alors chargée des affaires financières à Paris, qu'ils avaient refusé de lui communiquer les adresses des perquisitions. »⁽¹⁾

62 Le bâtonnier ou son délégué s'y rendra sans prendre son véhicule personnel pour des raisons de commodité (stationnement impossible, etc.) et sera transporté ou bien par les enquêteurs ou bien par les magistrats avec lesquels il établira un dialogue vigilant. En effet, nul ne sait à l'avance le nom de l'avocat et dans quels lieux se déroulera la perquisition.

63 Une « poussière de rumeur » dans un contexte de délation suffit à légitimer la mesure coercitive que sacralisera ensuite l'appréhension d'éléments couverts par le secret professionnel dont trop souvent le juge des libertés et de la détention, dans son immense sagesse..., ordonnera le versement au dossier de procédure d'enquête ou d'instruction par une décision contestable mais insusceptible de recours et ce, en contradiction formelle avec les dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme instituant un recours effectif.

C'est pourquoi le délégué du bâtonnier ne doit avoir aucun état d'âme, ne doit jamais se laisser impressionner, doit surmonter toutes ses appréhensions et contester par principe sans complaisance, ni connivence, de toutes ses forces la perquisition, en exigeant un placement sous scellés fermés de toutes les pièces couvertes apparemment par le secret professionnel que le magistrat instructeur ou le parquet veulent saisir, et des documents officiels faute de savoir s'ils concernent l'infraction poursuivie.

64 La contestation du délégué du bâtonnier a également pour effet de priver momentanément les enquêteurs du bénéfice des pièces placées sous scellés fermés, et ce, lors de la garde à vue concomitante de l'avocat perquisitionné ou postérieure à la perquisition jusqu'à décision du juge des libertés et de la détention comme de permettre l'ouverture d'un embryon de débat contradictoire dans une enquête inquisitoire.

65 Avant d'en donner les définitions classiques, il faut rappeler qu'elle est une mesure privative de liberté, coercitive, autant qu'une mesure de garde à vue.

Le doyen Comu en donne également une définition dans son ouvrage *Vocabulaire juridique*⁽²⁾ : « Mesure d'investigation effectuée en tous lieux (au domicile de la personne poursuivie ou soupçonnée) et destinée à rechercher, en vue de les saisir, tous papiers, effets ou objets paraissant utiles à la manifestation de la vérité (CPP, art. 56 et 94 et s.) ; Visite domiciliaire : "Mesure d'instruction effectuée au domicile de l'inculpé ou d'un tiers en vue d'y rechercher et recueillir les preuves d'une infraction. Elle diffère de la

1) *Le Figaro*, jeudi 12 décembre 2013.

2) Comu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris.

perquisition en ce qu'elle ne comporte pas nécessairement des investigations mais est entourée des mêmes garanties que celle-ci". »

L'article 60 du Code des douanes assimile la « visite » à la fouille et à la perquisition puisque cette mesure est indifféremment envisagée pour les « marchandises », les « moyens de transport », et les « personnes » dans les termes suivants : « Pour l'application des dispositions du présent code et en vue de la recherche de la fraude, les agents des douanes peuvent procéder à la visite des marchandises et des moyens de transport et à celle des personnes. »

La chambre criminelle de la Cour de cassation décide que « toute perquisition implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction et d'en déterminer l'auteur »⁽¹⁾.

66 Constitue un domicile « un lieu protégé » auquel est assimilé le véhicule qui, par extension, fait l'objet d'une fouille.

En pratique, la fouille du véhicule obéit aux conditions de la perquisition et s'effectuera en présence du délégué du bâtonnier.

Au plan de son caractère coercitif, citons les dispositions de l'article 56, dernier alinéa, du Code de procédure pénale qui prévoient la possibilité pour l'officier de police judiciaire de retenir sur place les personnes présentes : « Si elles sont susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis, les personnes présentes lors de la perquisition peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire le temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces opérations. »

67 Le principe : les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures.

L'article 59 du Code de procédure pénale modifié par la loi 93-1013 du 24 août 1993 prévoit que : « Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures. »

68 Une exception, la criminalité organisée – à l'exception du délit de fraude fiscale aggravée – en matière d'enquête de flagrance, d'enquête préliminaire et d'instruction.

L'article 706-73 du Code de procédure pénale dispose que : « La procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et des délits

1) Cass. crim., 29 mars 1994, Bull. crim., n° 118.

suivants est celle prévue par le présent code, sous réserve des dispositions du présent titre :

1^o Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8^o de l'article 221-4 du Code pénal ;

2^o Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du Code pénal ;

3^o Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du Code pénal ;

4^o Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du Code pénal ;

5^o Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du Code pénal ;

6^o Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du Code pénal ;

7^o Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du Code pénal ;

8^o Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles du Code pénal ;

8^o bis Délit d'escroquerie en bande organisée prévu par le dernier alinéa de l'article 313-2 du Code pénal ;

9^o Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du Code pénal ;

10^o Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du Code pénal ;

11^o Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du Code pénal ;

12^o Délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, prévus par les articles L. 2339-2, L. 2339-3, L. 2339-10, L. 2341-4, L. 2353-4 et L. 2353-5 du Code de la défense ainsi que par les articles L. 317-2, L. 317-4 et L. 317-7 du Code de la sécurité intérieure ;

13^o Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

14^o Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du Code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1^o à 13^o ;

15^o Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du Code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1^o à 14^o et 17^o ;

16^o Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du Code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1^o à 15^o et 17^o ;

17^o Crime de détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport commis en bande organisée prévu par l'article 224-6-1 du Code pénal ;

18^o Crimes et délits punis de dix ans d'emprisonnement, contribuant à la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs entrant dans le champ d'application de l'article 706-167 ;

19^o Délit d'exploitation d'une mine ou de disposition d'une substance concessible sans titre d'exploitation ou autorisation, accompagné d'atteintes à l'environnement, commis en bande organisée, prévu à l'article L. 512-2 du Code minier, lorsqu'il est connexe avec l'une des infractions mentionnées aux 1^o à 17^o du présent article.

Pour les infractions visées aux 3^o, 6^o et 11^o, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII. »

69 L'article 706-89 du Code de procédure pénale dispose en matière d'enquête de flagrance que : « Si les nécessités de l'enquête de flagrance relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser, selon les modalités prévues par l'article 706-92, que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction soient opérées en dehors des heures prévues par l'article 59. »

70 L'article 706-90 du Code de procédure pénale dispose en matière d'enquête préliminaire que : « Si les nécessités de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, selon les modalités prévues par l'article 706-92, que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction pourront être effectuées en dehors des heures prévues à l'article 59, lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation. »

71 L'article 706-91 du Code de procédure pénale dispose en matière d'instruction que : « Si les nécessités de l'instruction relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, selon les modalités prévues par l'article 706-92, autoriser les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction en dehors des heures prévues à l'article 59, lorsque ces opérations ne concernent pas des locaux d'habitation. »

En cas d'urgence, le juge d'instruction peut également autoriser les officiers de police judiciaire à procéder à ces opérations dans les locaux d'habitation :

1° Lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant ;

2° Lorsqu'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels ;

3° Lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73. »

72 L'article 57 du Code de procédure pénale prévoit la présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu et dispose que sous réserve de ce qui est dit à l'article 56 concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense, les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu.

En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire aura l'obligation de l'inviter à désigner un représentant de son choix ; à défaut, l'officier de police judiciaire choisira deux témoins requis à cet effet par lui, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative.

73 Le **procès-verbal de ces opérations**, dressé ainsi qu'il est dit à l'article 66 du Code de procédure pénale⁽¹⁾, est signé par les personnes visées au présent article ; en cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal.

L'article 61, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale dispose que l'officier de police judiciaire peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations.

74. En matière d'enquête préliminaire : nécessité de l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu et règles identiques sur les horaires.

L'article 76 du Code de procédure pénale modifié par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 dispose en enquête préliminaire que : « *Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu. Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment.* »

¹⁾ CPP, art. 66 : « Les procès-verbaux dressés par l'officier de police judiciaire en exécution des articles 54 à 62 sont rédigés sur le-champ et signés par lui sur chaque feuillet du procès-verbal. »

75 Une exception : « *Si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal le justifie.*

Dans ce cas, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu. »

76 À peine de nullité, la **décision du juge des libertés et de la détention précise la qualification de l'infraction** dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées ; cette décision est motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales.

Ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou la saisie des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal. Toutefois, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

77 Pour l'application des dispositions de l'alinéa précédent, est compétent le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dont le procureur de la République dirige l'enquête, quelle que soit la juridiction dans le ressort de laquelle la perquisition doit avoir lieu. Le juge des libertés et de la détention peut alors se déplacer sur les lieux quelle que soit leur localisation sur le territoire national. Le procureur de la République peut également saisir le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la perquisition doit avoir lieu, par l'intermédiaire du procureur de la République de cette juridiction.

S'agissant du rôle du parquet en matière de perquisition, il est renvoyé aux développements du chapitre 5 *infra*.

78 En matière d'instruction

Le Code de procédure pénale range les perquisitions parmi « *les transports, perquisitions et saisies* » régis par les dispositions de l'article 92 du Code de procédure pénale en vertu desquelles : « *Le juge d'instruction peut se transporter sur les lieux pour y effectuer toutes constatations utiles ou procéder à des perquisitions. Il en donne avis au procureur de la République, qui a la faculté de l'accompagner. Le juge d'instruction est toujours assisté d'un greffier. Il dresse un procès-verbal de ses opérations.* »

L'article 56-1 est logé au chapitre 1^{er} des crimes et délits flagrants du titre 2 des enquêtes et des contrôles d'identité.

L'article 96, dernier alinéa, du Code de procédure pénale y renvoie expressément.

Si l'article 56-1 du Code de procédure pénale a fait l'objet de nombreuses évolutions, il est indispensable de le réformer quant à l'introduction dans les textes de la présence de l'avocat de la défense aux côtés du perquisitionné et quant à l'existence d'un recours effectif contre la décision de perquisitionner du juge d'instruction, puis contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention tranchant la contestation soulevée par le délégué du bâtonnier.

SECTION I L'absence de référence par l'article 56-1 du Code de procédure pénale au secret professionnel et aux droits de la défense

79 Cet article dispose que « les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. 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. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. 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 ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet 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 de recours.

À cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention 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, à son contenu ou à cet objet 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.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'Ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

LES EXIGENCES PRATIQUES : VIGILANCE PERMANENTE DU BÂTONNIER OU DE SON DÉLÉGUÉ

L'information du bâtonnier préalable à la perquisition : inexistante hormis le nom et l'adresse du confrère le jour même.

En début de perquisition : prise de connaissance de la décision de perquisitionner

- Nécessité pour le cabinet perquisitionné de libérer une salle de réunion pour y réunir juges, enquêteurs, greffiers...
- Nécessité également de la présence des informaticiens du cabinet dès le début des opérations pour les mettre en contact avec les techniciens en informatique requis ou commis par le juge saisissant : éviter une perturbation excessive du fonctionnement du cabinet.

- Éviter le risque de diabolisation de l'un des avocats associés du cabinet par la participation d'un ou de plusieurs autres avocats associés aux opérations de perquisition.
- Nécessité pour le bâtonnier ou son délégué de mettre en place une stratégie qui puisse permettre de tenir en échec la volonté de diaboliser l'un des avocats associés du cabinet, précisément celui identifié comme étant en relation avec la clientèle, que ce soit au cours de la perquisition ou lors de l'audience du juge des libertés et de la détention, et ce par la participation d'un ou de plusieurs autres associés qui ont eu à connaître de manière directe ou indirecte le dossier concerné par la saisie. En effet, les avocats collaborateurs du cabinet ne seront perçus de la part de l'autorité saisissante que comme des personnes susceptibles de fournir de l'information et ne seront, par principe, pas autrement inquiétés sinon comme source d'information. Ces personnes sont susceptibles d'être entendues comme témoins sur des faits couverts par le secret professionnel et qui ne pourront être révélés qu'avec mesure, en fonction des intérêts en cause.
- Nécessité pour le bâtonnier de s'opposer à toute question qui s'inscrirait dans le cadre d'un interrogatoire au fond, posée par le juge à l'avocat perquisitionné dont le premier réflexe sera d'opposer le silence sur le fond du dossier, pour limiter ses réponses aux seuls éléments permettant d'identifier de manière technique les documents couverts par le secret professionnel. Rappel de l'évidence : nécessité absolue pour l'avocat perquisitionné de se taire.
- Attention à l'avocat pratiquant la matière fiscale désigné comme tiers de confiance, au sens de l'article 170 *ter* du CGI, qui prend le risque d'être assimilé *de facto* à son mandant.
- Absence d'accès au dossier pénal auquel ont seuls accès juge d'instruction, parquet, juge des libertés et de la détention.

En cours de perquisition : la contestation permanente de principe sauf modulation à partir des intérêts en cause

- Négocier avec les juges saisissants la saisie de photocopies des pièces pour laisser à l'avocat perquisitionné les originaux.
- Exiger le placement sous scellés fermés des documents papier et dématérialisés dont les enquêteurs seront privés lors de la garde à vue de l'avocat dans l'hypothèse d'une perquisition et garde à vue concomitantes jusqu'à décision du juge des libertés et de la détention.
- L'investigation informatique en cours de perquisition : le placement sous scellé fermé du disque dur jusqu'à désignation d'un expert par le juge des libertés et de la détention.

L'audience du juge des libertés et de la détention : le juge des libertés et de la détention, juge du secret mais en réalité audience sur la culpabilité
La décision du juge des libertés et de la détention : insusceptible de recours (sauf l'appel du parquet : contradiction des textes). Ses conséquences en cas de restitution des pièces saisies, sur la poursuite de l'enquête : l'opposabilité absolue du secret professionnel au juge d'instruction.

PROJET DE RÉFORME

Doivent être interdites les perquisitions qui permettent d'obtenir « *des éléments de preuve* » alors que l'avocat n'est nullement concerné par la procédure pénale en cours, et qui sont obtenus par des moyens que la CEDH assimile à des procédés de « *contrainte* » ou de « *pressions* » ou comme procédant d'une « *coercition abusive* »¹⁾.

La simple prise de connaissance de la décision de perquisitionner par le délégué du bâtonnier en début de perquisition est insuffisante : le délégué du bâtonnier doit pouvoir avoir accès aux éléments – en tous cas essentiels – de la procédure d'enquête ou d'instruction qui mettent délibérément en cause l'avocat – pour autant que ce soit le cas – et ce, en début de perquisition.

Le délégué du bâtonnier doit, en tout état de cause, avoir accès au dossier de la procédure d'instruction ou au dossier d'enquête lors de l'audience des plaidoiries du juge des libertés et de la détention, qui lui-même se fait communiquer le dossier pénal pour cette audience sans le soumettre au délégué du bâtonnier. Sauf à trois reprises en six ans : d'une part, par le juge des libertés et de la détention de Rennes, magistrat remarquable par sa volonté de respecter la présomption d'innocence et les droits de la défense et qui, pour permettre l'accès au dossier d'instruction en cours au délégué du bâtonnier, avait reporté son audience pour pallier le silence sciemment observé par juge d'instruction saisissant et parquet qui avaient refusé de s'exprimer lors de son audience sur chaque pièce saisie qui, pourtant, devait être contradictoirement discutée comme étant couverte ou non par le secret professionnel comme le prévoit le texte... De l'accès au dossier autorisé par un juge des libertés et de la détention, soucieux de son indépendance, comme un remède au silence aussi obstiné qu'incompréhensible du juge saisissant ! D'autre part, par un magistrat instructeur du pôle financier, soucieux du respect du contradictoire et qui, en 2014, a

¹⁾ Arrêt J. B. c/ Suisse, 3 mai 2001, requête n° 31827/96.

permis au délégué du bâtonnier de prendre connaissance, au cours de la perquisition, du long texte de la commission rogatoire internationale sur le fondement de laquelle il perquisitionnait.

Enfin, par un juge des libertés et de la détention de Paris qui, en 2014 également, a permis au délégué du bâtonnier de prendre connaissance, en début d'audience, du rapport de synthèse d'un enquêteur qui constituait le seul dossier mis à sa disposition par le juge saisissant.

80 Précisions en d'autres matières : l'article 56-2 du Code de procédure pénale régit les perquisitions dans les entreprises de presse, de communication audiovisuelle, de communication au public en ligne, agences de presse, véhicules professionnels, au domicile du journaliste par un texte identique à celui de l'article 56-1 du Code de procédure pénale alors que l'article 56-3 du Code de procédure pénale est plus réducteur et ne prévoit pas une protection identique de la présence du représentant de la profession s'agissant des perquisitions au cabinet du médecin, du notaire, de l'avoué, de l'huissier. L'article 56-4 concerne les perquisitions dans les locaux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

81 La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé par un arrêt rendu le 18 juin 2003 que la protection ne concernait pas les mandataires judiciaires : « *Le juge d'instruction n'est légalement tenu de prévoir l'assistance d'un représentant de l'Ordre ou de l'organisation professionnelle qu'à l'occasion des perquisitions effectuées dans le cabinet d'un membre de l'une des professions énumérées aux articles 56-1 et suivants du Code de procédure pénale : aucune disposition législative ne prévoit de formalité spécifique en matière de perquisition dans les locaux professionnels du mandataire judiciaire* »⁽¹⁾.

82 Enfin, s'agissant des perquisitions chez les ministres du culte, il faut rappeler l'arrêt rendu le 17 décembre 2002 par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui décide que « *l'obligation imposée aux ministres du culte de garder le secret des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur ministère ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction procède à la saisie de tous documents pouvant être utiles à la manifestation de la vérité* » sauf à « *caractériser l'existence d'un artifice ou stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité* »⁽²⁾. Cette solution est d'une importance capitale à l'heure où le législateur et la chambre criminelle de la Cour de

1) Cass. crim., 18 juin 2003, n° 03-81979.

2) Cass. crim., 17 déc. 2002, n° 02-83679.

cassation consacrent comme mode de preuve la remise de documents frauduleusement et illicitement obtenus, et ce pour fonder et valider une perquisition.

En ce sens, est éloquent la prudente circulaire relative au secret professionnel des ministres du culte et aux perquisitions et saisies dans les lieux de culte⁽¹⁾ qui, sous la plume de François Molins, à l'époque adjoint au directeur des affaires criminelles et des grâces, prévoit de rappeler « *aux procureurs de la République de veiller à ce que seuls les documents concernant directement l'enquête soient saisis... que les documents inutiles à la manifestation de la vérité soient restitués aux autorités religieuses propriétaires dans les meilleurs délais* », en précisant que la « *saisie ne soit pas effectuée de manière déloyale* ».

83 L'article 56-1 du Code de procédure pénale a fait l'objet de nombreuses évolutions.

La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire, a permis au bâtonnier d'avoir désormais un rôle « *plus actif, puisqu'il peut s'opposer à ce qu'un document fasse l'objet d'une saisie s'il estime celle-ci irrégulière* »⁽²⁾.

Il a été ainsi prévu que le document litigieux devait être alors « *placé sous scellés fermés* », ce placement faisant l'objet d'un **procès-verbal spécifique distinct du procès-verbal de perquisition**, non versé au dossier et « *transmis au magistrat chargé de statuer sur cette contestation* ».

À compter du 1^{er} janvier 2001, le juge des libertés et de la détention est ainsi devenu le juge du secret professionnel.

84 La loi n° 2005-15-49 du 12 décembre 2005 a renforcé les droits de la défense et la protection du secret professionnel, si bien qu'il a été expressément prévu que les perquisitions, au cabinet ou au domicile d'un avocat, ne pourraient être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

Le magistrat instructeur ou le représentant du parquet en charge de la perquisition (s'il s'agit d'une enquête préliminaire avec autorisation du juge des libertés et de la détention pour la perquisition sans assentiment, article 76, alinéa 3, du Code de procédure pénale), a l'obligation de porter cette décision dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué.

1) Cass. crim., 2004-10 E 1 /11-08-2004, Bulletin officiel du ministère de la Justice, n° 95 (1^{er} juill.-30 sept. 2004).

2) Loi 15 juin 2000, art. 45.

85 Précisons que l'article 706 du Code de procédure pénale prévoit l'exercice des fonctions d'assistant spécialisé (il peut s'agir d'un fonctionnaire ou d'un avocat omis qui participe à la perquisition...) auprès d'un tribunal de grande instance. Ces assistants peuvent notamment assister les juges d'instruction dans tous les actes d'information, les magistrats du ministère public dans l'exercice de l'action publique, les officiers de police judiciaire agissant sur délégation des magistrats. Ils ont accès au dossier de la procédure et sont soumis au respect du secret professionnel.

86 Cet article 56-1 du Code de procédure pénale doit encore être réformé, notamment quant à la présence de l'avocat du perquisitionné et à l'existence d'un recours effectif contre la décision de perquisitionner et l'ordonnance du juge des libertés et de la détention tranchant la contestation.

87 Le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoit expressément les « objections » et la « contestation » du bâtonnier. Il prévoit simplement la faculté, contre laquelle le magistrat ne peut rien tenter, pour le bâtonnier ou son délégué de « s'opposer » à la saisie, s'il l'estime « irrégulière ». Cette opposition est aussi absolue que souveraine.

« Objections, contestation, opposition » du bâtonnier, et ce dans l'hypothèse d'une « estimation » d'« irrégularité » de la saisie.

Aucune perquisition ne peut commencer hors la présence du bâtonnier ou de son délégué et ce, à peine de nullité des articles 56-1, alinéa 1, et 59, alinéa 2, du Code de procédure pénale, de sorte que c'est bien le juge qui est à la disposition du bâtonnier et non le contraire.

SECTION II Application de la protection au domicile, au cabinet, au véhicule et au statut de l'avocat

88 Tous les avocats physiquement présents sur le sol français en bénéficient quel que soit leur statut.

La protection concerne à la fois le lieu d'exercice de l'avocat et le statut d'avocat, qu'elles qu'en soient les déclinaisons.

Le texte semble restreindre la protection à l'avocat en exercice puisqu'il est édicté que la perquisition ne peut pas porter atteinte au libre fonctionnement du cabinet.

Cependant, cette interprétation restrictive doit être condamnée.

89 Tous les avocats en bénéficient, y compris ceux inscrits à un barreau d'un autre État membre de l'Union européenne, exerçant de manière permanente ou occasionnelle, en France et/ou hors de France, en exercice bien sûr ou suspendus, omis, démissionnaires, radiés, en liquidation judiciaire.

En effet, ces derniers – suspendus, omis, radiés, démissionnaires, en liquidation judiciaire – demeurent tenus de manière illimitée au respect du secret pour leur activité passée, si bien que la présence du bâtonnier s'impose pour cette protection relative à l'ancienne activité d'avocat.

Mais une difficulté peut surgir à propos d'une activité postérieure à la cessation des fonctions d'avocat qui, elle, serait sans rapport avec l'activité passée mais pourrait contenir des informations couvertes par le secret professionnel par nature.

L'exemple récurrent est celui de l'avocat omis qui « reste en lien avec le barreau » car il n'est pas démissionnaire, mais « cesse d'être placé sous le contrôle et l'autorité de l'Ordre » et se trouve « privé des droits attachés à sa qualité d'avocat ». Cet avocat bénéficie de « la garantie spéciale de procédure » consacrée par la CEDH.

En effet, l'article 56-1 du Code de procédure pénale n'opère aucune distinction entre les avocats, laquelle en tant que telle serait contraire au principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

90 Le statut de l'avocat et la qualité d'avocat comme le lieu d'exercice présent et passé, cabinet et domicile (résidence secondaire, chambre d'hôtel...) – véhicule et portedocuments aussi – sont protégés par les garanties de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

En ce sens, relevons l'arrêt rendu le 21 janvier 2010⁽¹⁾ par la CEDH à propos d'un avocat inscrit au Barreau de Porto et perquisitionné en France à Chartres, qui n'était pas inscrit à un barreau français : « 41 (...) la Cour relève que le requérant alors qu'il remplissait les conditions prévues par le droit interne pour exercer librement la profession d'avocat en France à titre occasionnel et faire usage de son titre, n'a pas été mis en mesure de bénéficier des dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale auxquelles il pouvait prétendre (...). Les dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne distinguent pas entre les avocats selon qu'ils exercent leur activité à titre principal ou occasionnel... »

Dès lors que les perquisitions (...) visent le domicile ou le cabinet d'un avocat exerçant régulièrement sa profession, à titre principal en qualité d'avocat inscrit à un barreau ou à titre occasionnel dans un autre État membre de l'Union européenne, elles doivent impérativement être assorties de garanties spéciales de procédure, ce qui est notamment le cas lorsqu'elles sont exécutées en présence du bâtonnier de l'Ordre des avocats. »

¹) CEDH, 21 janv. 2010, Xavier Da silveira c/ France, requête n° 43757/05.

91 La CEDH a jugé par cet arrêt que « *les avocats occupent une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice* » et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention au motif que l'avocat qui n'était pas inscrit à un barreau français mais l'était régulièrement au Barreau de Porto remplissait théoriquement les conditions prévues par le droit interne pour exercer librement la profession d'avocat en France à titre occasionnel et faire usage de son titre.

Cependant, en l'espèce, la Cour constatait que l'avocat n'avait pas bénéficié de la présence du bâtonnier lors de la perquisition et surtout n'était pas soupçonné d'avoir participé à une fraude quelconque en lien avec l'instruction si bien que la CEDH retient que : « *Outre le fait que le requérant n'a donc pas bénéficié d'une garantie spéciale de procédure, dont doivent bénéficier les avocats, la Cour constate que la perquisition litigieuse concernait des faits totalement étrangers au requérant, ce dernier n'ayant à aucun moment été accusé ou soupçonné d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude quelconque en lien avec l'instruction.* »

La Cour estimait devoir rechercher si l'avocat perquisitionné avait disposé d'un « *contrôle efficace* » pour contester la perquisition et les saisies dont il a fait l'objet.

Or, elle ajoute que l'avocat n'avait pas qualité en droit français pour invoquer utilement ces griefs dans le cadre de la procédure interne puisqu'il était un tiers à l'information judiciaire.

N'ayant pu bénéficier d'un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter l'ingérence à ce qui était nécessaire dans une société démocratique, la Cour a jugé que l'ingérence litigieuse était **disproportionnée** par rapport au but visé.

92 La protection est attachée à la qualité d'avocat, en exercice ou non, et le rôle du bâtonnier est de protéger les droits de la défense et non pas seulement le secret professionnel.

En pratique, il suffit que le juge saisissant sollicite, fût-ce dans le doute, la présence du bâtonnier pour que la garantie s'applique avec toutes ses conséquences en matière de contestation.

Par ordonnance rendue le 18 novembre 2013, le juge des libertés et de la détention a retenu que « *c'est à bon droit que le délégué du bâtonnier a été associé aux opérations de perquisition et de saisie dès lors qu'elles se déroulaient [au domicile] d'un avocat [omis]* ». Cependant, le juge des libertés et de la détention a estimé que les documents saisis ne concernant « *aucunement l'ancienne activité d'avocat, les saisies opérées relèvent du droit commun des saisies de pièces à conviction effectuées par un magistrat instructeur et ne peuvent être l'objet d'une contestation sur le fondement de l'article 56-1 du Code de procédure pénale* ».

(En fait, il s'agissait de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat et de son client car l'avocat omis correspondait comme client avec d'autres avocats qu'il consultait ou mandatait.)

Cette décision est critiquable dans la mesure où de deux choses l'une, ou bien le juge des libertés et de la détention consacre la présence du bâtonnier et la contestation qui s'ensuit, ou bien le juge des libertés et de la détention se contredit en rejetant la contestation dans son principe alors qu'il consacre la présence du bâtonnier car, en effet, dans ce cas, à quoi sert le bâtonnier ou son délégué s'il ne peut pas contester, sauf à être l'auxiliaire de la poursuite...

ANECDOTE

Le respect de cette règle semble avoir fait difficulté en pratique dans l'affaire dite « *Tapie* » où la Cour de justice de la République a décidé de perquisitionner le domicile de Christine Lagarde, ancienne avocate du Barreau de Paris, en prenant la liberté de ne pas en avertir le bâtonnier de Paris⁶¹.

93 Précisons que dans le cas particulier de la perquisition pratiquée au domicile du conjoint de l'avocat qui est seul visé par la décision de perquisition, les règles de l'article 56-1 du Code de procédure pénale s'appliquent en totalité, s'agissant d'un domicile commun.

Cependant, le délégué du bâtonnier fera preuve de la plus grande vigilance puisqu'il se pourrait que des dossiers professionnels de l'avocat qui n'est pas visé par la décision de perquisition soient occasionnellement entreposés au domicile. Rien n'empêcherait le juge qui perquisitionne de lire ces documents, ou de les saisir s'ils sont en rapport avec la nature de l'infraction poursuivie, si bien que le délégué du bâtonnier organiserait en tout état de cause une contestation générale et systématique.

Des remarques identiques s'imposent pour la perquisition des ordinateurs familiaux entreposés au domicile.

⁶¹ Gazette du Palais, 24 au 26 mars 2013, « *Carton rouge à la brigade financière* », et éditorial du président du Conseil national des barreaux, Christian Charrière-Boumazel, 15 février 2013, « *La tyrannie de la suspicion* ».

SECTION III La mission d'auxiliaire de justice du bâtonnier : protection des droits de la défense, du secret professionnel et de tout type de secret protégé par la loi

94 Le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoit la présence du bâtonnier ou de son délégué, sans autre précision concernant celui-ci.

En pratique, il s'agira de désigner un membre du Conseil de l'ordre ou un ancien membre du Conseil de l'ordre.

De préférence, il faudra désigner un ancien membre du Conseil de l'ordre (ou un membre du Conseil de l'ordre expérimenté) possédant une pratique pénale et de procédure pénale, déontologique et disciplinaire sérieuse, et qui se fera systématiquement accompagner d'un membre du Conseil de l'ordre en exercice, notamment en charge, par ailleurs, d'une mission d'instructeur disciplinaire devant instruire à charge et à décharge.

95 Cette formation d'instructeur est, en pratique, la plus propice à la contestation des perquisitions et doit être préférée à celle de membre de l'autorité de poursuite ou d'une formation de jugement.

En effet, la fonction de délégué du bâtonnier exige de prendre du recul par rapport à la poursuite ou au jugement, outre d'avoir l'expérience tant de la déontologie que de la pratique disciplinaire.

96 En outre, rien ne s'oppose à ce que le bâtonnier de tel barreau de France désigne un délégué d'un autre barreau ; par exemple, un bâtonnier d'un barreau de la grande couronne (d'Île-de-France hors Paris) pourrait désigner un membre du Conseil de l'ordre ou un ancien membre du Conseil de l'ordre de Paris, et inversement, pour autant que les bâtonniers concernés s'accordent sur ce point...

Il est fréquent en pratique que dans le cadre d'une perquisition au domicile personnel du conjoint d'un avocat, le bâtonnier du ressort du domicile désigne un délégué. Il n'existe aucune règle de « postulation » en la matière.

97 Le bâtonnier Jean Lemaire écrivait dans son traité fondamental que « le bâtonnier doit veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense »⁽¹⁾.

1) « Les règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de Paris », LGD], 1975, n° 463.

Georges Boyer-Chammard, dans son ouvrage, soulignait que « le bâtonnier ou son représentant est saisi de toutes réclamations de l'avocat soulevant le secret professionnel. Il doit s'opposer dès lors aux investigations qui compromettraient ses droits et éventuellement faire noter au procès-verbal sa protestation pour permettre à la juridiction d'appel de déterminer si la pièce saisie était ou non couverte par le secret professionnel. La sanction d'une saisie irrégulière est la nullité absolue de l'instruction »⁽¹⁾.

Nos confrères étaient des précurseurs en cette matière, moins pratiquée à leur époque qu'aujourd'hui.

Le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale érige le bâtonnier chef de l'Ordre, ou son délégué, en contestataire : « il parlait trop, n'admirait pas assez : un contestataire » (C. Courchay, *La vie finira bien par commencer*, Gallimard), qui, par sa contestation, honore la justice.

98 Le bâtonnier ou son délégué n'est pas le juge de son confrère. Il en est le protecteur obligé à l'occasion de la défense de l'ordre public du secret professionnel et des droits de la défense.

Nous rappelons qu'il n'est ni auxiliaire de police, ni auxiliaire de la poursuite, qu'elle soit judiciaire ou administrative.

Ce texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne restreint pas la contestation du bâtonnier à la seule protection du secret professionnel.

99 Cela dit, les perquisitions ayant été effectuées par des magistrats soucieux en pratique de s'emparer des éléments couverts par le secret professionnel, la jurisprudence du juge des libertés et de la détention, juge de la contestation, a été historiquement restreinte en fait à cette protection.

Ainsi le législateur est demeuré curieusement silencieux sur le rôle du bâtonnier alors qu'il a pris soin de définir celui de l'officier de police judiciaire (OPJ) et du juge d'instruction !

L'article 56-1 du Code de procédure pénale n'édicte nullement que le bâtonnier est en charge du respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Au contraire, l'article 56, alinéa 3, du Code de procédure pénale fait de l'officier de police judiciaire le garant du respect du secret professionnel et des droits de la défense⁽²⁾.

100 L'article 96, alinéa 3, du Code de procédure pénale exige du magistrat instructeur qu'il provoque, dans le cadre d'une perquisition chez un tiers, préalablement toute

1) Boyer-Chammard G., *Les avocats*, PUF, Paris, 1976, p. 79.

2) CPP, art. 56, al. 3 : « Toutefois, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense. »

mesure utile pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense... En pratique, le rôle du magistrat instructeur est bien différent car il semble que la collecte d'éléments de preuve fasse fi, de manière inhérente, du respect de ces valeurs fondamentales que le juge doit naturellement défendre.

Le bâtonnier n'a donc d'autre choix que de se laisser tenter par un comportement systématiquement « contestataire ».

Qui oserait lui en faire le reproche ? Aucun magistrat digne de ce nom, respectueux des droits de la défense, conscient du rôle de l'avocat dans une société démocratique, ne s'aventurerait à émettre la moindre critique à ce sujet. Il convient en effet de s'attacher au cœur du raisonnement de la CEDH dans son arrêt *Salduz c. Turquie* qui retient que « *c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques* ».

101 Par arrêt rendu le 8 janvier 2013⁽¹⁾, la chambre criminelle de la Cour de cassation, rejetant par ailleurs une QPC, a précisé que le bâtonnier au titre des prérogatives de l'article 56-1 du Code de procédure pénale était en charge d'une mission d'auxiliaire de justice pour la protection des droits de la défense dans les termes suivants : « *Attendu que le bâtonnier de l'Ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du Code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargé de la protection des droits de la défense ; qu'il ne pouvait donc soulever un moyen d'inconstitutionnalité du texte appliqué.* »

Par arrêt rendu le 3 avril 2013⁽²⁾, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « *ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, de ne pas porter atteinte à la libre défense* ».

102 Antérieurement, la chambre criminelle, par un arrêt de cassation du 8 août 2007⁽³⁾, sur le pourvoi du parquet contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention, a consacré la mission du bâtonnier consistant à défendre le secret professionnel et les droits de la défense dans les termes suivants : « *Mais attendu qu'ainsi, le juge des libertés et de la détention, auquel il incombait d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 susvisé, afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense, a méconnu l'étendue de ses pouvoirs.* »

1) Cass. crim., 8 janv. 2013, n° T12-90.063FD.

2) Cass. crim., 3 avr. 2013, n° Y12-88021.

3) Cass. crim., 8 août 2007, n° 07-84.252.

103 C'est donc à tort, et par pure négation de cette jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qu'il est jugé de manière récurrente par certains juges des libertés et de la détention que : « *Aux termes de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, les contestations émises par le bâtonnier ou son délégué à l'encontre de la saisie d'un document ou d'un objet effectuée lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile sont tranchées par le juge des libertés et de la détention qui statue sur le sort de la pièce saisie ; il entre dans ses attributions de vérifier si les documents saisis relèvent de la protection du secret professionnel des avocats tel qu'il résulte des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 7 avril 1997.* »

La mission reconnue au bâtonnier de l'Ordre des avocats lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne s'entend que de la préservation du secret professionnel concernant la relation de l'avocat perquisitionné et son client et encore que la compétence conférée au juge des libertés et de la détention a pour finalité d'assurer le respect du secret professionnel tel que défini à l'article 66-5 modifié de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques couvrant l'activité de conseil et de défense de l'avocat dans sa relation avec ses clients, que dans ce cadre-là, le bâtonnier ou son délégué a la possibilité de soulever des contestations ; qu'en revanche, ni le texte, ni la jurisprudence ne confèrent à ce dernier une mission d'assistance ou de protection des droits de la défense de l'avocat perquisitionné ; que sa mission de protection des droits de la défense ne s'entend que dans la préservation du secret professionnel concernant la relation de l'avocat perquisitionné et son client. »⁽¹⁾

104 À propos du secret, la résistance du bâtonnier a pour socle la protection de l'ordre public du secret professionnel qui s'évincera dans la mesure où il sera démontré qu'il résulte de manière « *intrinsèque* » des documents saisis (dossiers papier, objets, données dématérialisées puisées dans les disques durs d'ordinateurs), couverts par le secret professionnel, l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction comme auteur ou comme complice... à la suite d'un débat devant le juge des libertés et de la détention dont l'ordonnance est insusceptible de recours, et ce en violation caractérisée des dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoient le droit à un « *recours effectif* » : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.* »

1) Ordonnance du JLD du 4 mars 2013.

105 L'appréciation du secret professionnel se fera à partir des éléments que le bâtonnier percevra de la poursuite dont il ne connaît pas le contenu, faute d'avoir accès au dossier d'enquête ou d'instruction, sinon par la seule lecture en début d'opération de la décision de perquisitionner du magistrat.

Ainsi, apprécier si un document est couvert ou non par le secret professionnel revient en pratique à se faire juge du ou des indices de la participation de l'avocat perquisitionné à la commission d'une infraction dans un contexte bouleversant, chargé d'émotion, de tension et de fatigue.

D'où l'impérieuse nécessité pour le bâtonnier d'organiser une contestation générale de principe lors de la perquisition pour anticiper sur l'invocation de nullités futures car la chambre criminelle ne permet nullement au bâtonnier de contester personnellement *a posteriori* une saisie à laquelle il ne s'est pas opposé lors de la perquisition, sauf pour l'avocat mis en cause, devenu partie à la procédure, à soulever la nullité des saisies comme l'article 56-1 du Code de procédure pénale le prévoit.

Le bâtonnier qui ne conteste pas sur place la saisie non seulement se prive de l'audience de contestation du juge des libertés et de la détention mais, en outre, ne laisse au confrère inquiet, bénéficiant de la présomption d'innocence, que l'unique possibilité, pour autant qu'il soit ultérieurement mis en cause par le juge, de saisir la chambre de l'instruction – forte de l'inertie du bâtonnier – d'une requête en nullité !...

106 Précisons qu'en matière de perquisitions par l'Autorité de la concurrence, la chambre criminelle de la Cour de cassation vient de rappeler, par un arrêt du 27 novembre 2013¹⁾, la nécessité pour les avocats du perquisitionné de soulever sur place toute contestation utile sur les documents qui leur paraissent devoir être exclus de la saisie dans les termes suivants : « *Attendu que si c'est à tort que l'ordonnance relève que les avocats de la société objet d'une opération de visite et de saisie ne bénéficient pas des droits reconnus à celle-ci et à ses représentants par l'alinéa 8 de l'article L. 450-4 du Code de commerce, elle n'encourt cependant pas la censure, dès lors qu'il appartenait à la société et à ses conseils, qui sont intervenus dès le début des opérations de visite et avaient nécessairement connaissance des documents susceptibles d'être appréhendés, de soulever toute contestation utile sur les documents qui leur paraissaient devoir être exclus de la saisie.* »

Alors, contestons sans limites puisque la Cour suprême nous y invite !

107 En effet, les dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce prévoient que « *l'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. L'ordonnance comporte la mention de la faculté pour l'occupant*

des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil de son choix. L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et saisie. »

108 Par un deuxième arrêt rendu le 27 novembre 2013, elle a jugé s'agissant de l'assistance du perquisitionné par l'avocat que celui-ci a bien évidemment le droit d'accéder aux bureaux visités et de prendre la parole lors des opérations de perquisition, alors qu'en l'espèce l'avocat avait été tenu à l'écart et réduit au silence par les enquêteurs, étant précisé que l'officier de police judiciaire s'était substitué à l'avocat dans la mission d'assistance au perquisitionné (ce dernier étant investi d'une mission de protection du secret professionnel et des droits de la défense).

C'est ainsi que la chambre criminelle casse l'ordonnance du premier président dans les termes suivants⁽¹⁾ : « *Attendu qu'il résulte de l'ordonnance attaquée que, le 22 janvier 2008, les enquêteurs de l'administration de la concurrence, agissant en vertu d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris, en date du 16 janvier 2008, ont effectué des opérations de visite et de saisie dans les locaux de la société Europcar France, dans le but de rechercher la preuve de pratiques contraires, notamment, aux dispositions de l'article 81 du traité CE ;*

Attendu que, pour rejeter le recours de la société Europcar France tendant à obtenir l'annulation de ces opérations, l'ordonnance attaquée prononce par les motifs repris au moyen ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait la requérante en se fondant sur les mentions portées au procès-verbal de visite, ses conseils ne s'étaient pas vu interdire d'accéder aux bureaux visités et de prendre la parole, le premier président a méconnu le principe ci-dessus énoncé. »

La présence de l'avocat est donc effective et protestataire.

SECTION IV Les deux ordres de contestation du bâtonnier ou de son délégué : défense du secret professionnel et des droits de la défense

109 La protection du secret professionnel de l'avocat qui est d'ordre public, d'une part, et la protection des droits de la défense par la contestation de l'étendue de la saisie, d'autre part.

1) Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-85830.

1) Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-86424.

Ainsi, il appartient au bâtonnier ou à son délégué de fonder sa contestation au cours de la perquisition :

- d'une part, sur le fait que n'ayant pas accès au dossier d'enquête et nonobstant sa prise de connaissance de la décision de perquisitionner, il se trouve dans l'incapacité d'apprécier si les documents couverts par le secret professionnel ou officiels, dont la saisie est envisagée, sont de nature à établir ou non la participation de l'avocat perquisitionné à la commission d'une infraction ;
- d'autre part, sur son rôle qui tend à la protection du secret professionnel, de tous types de secrets protégés par la loi et à la défense des droits de la défense qui implique, par exemple, de contester la possibilité pour le parquet de perquisitionner un cabinet d'avocats avec ou sans l'autorisation du juge des libertés et de la détention ;
- enfin, sur le respect du secret professionnel, en ajoutant des développements particuliers sur la nature des pièces couvertes par le secret (correspondances entre avocats, notes d'honoraires, agendas, pièces du dossier, etc.).

Le bâtonnier doit rappeler au magistrat que le secret professionnel n'est pas réservé à l'activité judiciaire ou de défense et que la protection liée au secret professionnel s'étend à l'ensemble de l'activité de conseil de l'avocat.

Cette règle évidente pour les avocats doit, en pratique, être constamment invoquée précisément au bénéfice de nos confrères spécialisés en « *corporate* » ou en droit fiscal.

110 Le bâtonnier ou son délégué n'est pas le juge de son confrère.

Parce qu'il se retrouve de l'autre côté du miroir et, par la force des choses, au cœur de l'intimité personnelle et professionnelle, il se doit d'observer une distance absolue, avec le souci permanent du respect de la présomption d'innocence face aux suspicions de toutes sortes.

Il n'a pas à être « requis » – contrairement à certaines pratiques – par un magistrat instructeur ou membre du parquet qui souhaite perquisitionner un cabinet d'avocats parce que les investigations ont échoué ailleurs et se révèlent évidemment plus aisées en cabinet d'avocats.

Il n'est ni auxiliaire de police, ni auxiliaire de la poursuite ou du juge, qu'elle soit judiciaire ou administrative, à peine auxiliaire de justice en cette matière... exclusivement pour l'exercice des droits de la défense.

111 N'oublions pas que le bâtonnier dispose lui-même du pouvoir de perquisitionner seul un cabinet d'avocat, comme la Cour suprême lui en reconnaît le droit, si bien que l'intrusion dans un cabinet d'avocat devrait lui être réservée, jusqu'à jouer le rôle de filtre des juges soucieux de saisir et qui, dans ce but, devraient et ne pourraient alors que s'adresser à lui, comme il est prévu en matière de déclaration de soupçon.

Les pouvoirs du bâtonnier lui permettent de procéder à des investigations et vérifications dans le cabinet d'un avocat, fût-ce en son absence et en dehors de l'ouverture d'une procédure disciplinaire⁽¹⁾ : « *Mais attendu que le bâtonnier tient des dispositions de l'article 187 du décret 91-1197 du 27 novembre 1991 la faculté de faire procéder ou de procéder lui-même, de sa propre initiative, à une enquête sur le comportement d'un avocat de son barreau ; qu'après avoir constaté que la visite par M. Y... du cabinet de M. X... avait été motivée par diverses réclamations dont celle du bailleur du local professionnel de ce dernier se déclarant impayé de loyers et charges ainsi que par l'impossibilité de le joindre, la cour d'appel qui a relevé que cette visite constituait la seule manière d'obtenir une information sur la réalité du fonctionnement du cabinet faute de ligne téléphonique a exactement retenu que cette mesure, loin d'être critiquable, constituait pour le bâtonnier un impérieux devoir ; que régulière, l'enquête déontologique n'a pu entacher la validité de la procédure disciplinaire.* »

112 Le bâtonnier est un contestataire au sens textuel du terme, avocat sommé par la récente jurisprudence de la Cour suprême de protester contre la saisie.

Il se doit d'avancer avec force, courage, humanité pour la protection de l'ordre public du secret professionnel face aux initiatives essentiellement des magistrats du pôle financier du tribunal de grande instance de Paris (que la perquisition ait lieu en province ou à Paris) bénéficiant du concours des assistants spécialisés, notamment ceux de l'administration fiscale (ceux de l'article 706 du Code de procédure pénale) dont la présence doit être contestée pour n'être pas prévue par l'article 56-1 du Code de procédure pénale, notamment lors de l'audience de contestation du juge des libertés et de la détention.

113 Le rôle du bâtonnier tend non seulement à la protection du secret professionnel mais aussi, à travers la contestation de l'irrégularité d'une mesure coercitive, à la protection de la présomption d'innocence associée à un devoir universel d'humanité, défenseur de « *tout l'humain vivant* ».

Sur ce plan, la contestation du bâtonnier ou de son délégué consiste simplement à aller vers cet autre, son confrère, exposé à une difficulté extrême, pour mettre en place autour de lui une protection, quelle que soit la gravité des faits à l'origine de la perquisition.

Elle est au premier chef l'expression d'un mouvement fraternel à l'égard de l'avocat inquiété.

N'oublions pas que le bâtonnier ou son délégué – pardon pour ce rappel de l'évidence – est avant tout un avocat en charge d'une mission de défense : *advocatus*, appelé comme conseil ou comme défenseur, qui renvoie à l'adage de Cicéron : « *Non*

1) Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2012, n° 11-17999.

desiderat fortitudo advocatam iracundiam » (« le courage n'a pas besoin d'appeler la colère à son secours »).

114. La contestation doit être impitoyable et totale, y compris pour les documents apparemment officiels car la nature des pièces saisies ne peut être débattue que devant un juge du siège déconnecté (en principe...) de l'enquête : le juge des libertés et de la détention. Et non lors de la perquisition où règne un climat de coercition.

Il arrive en effet que le juge qui perquisitionne décide au final de renoncer à une bonne partie de la saisie devant le juge des libertés et de la détention à la suite du débat qui pourtant n'est pas contradictoire, faute pour le délégué du bâtonnier d'avoir accès au dossier pénal, pourtant posé sur le bureau du juge des libertés et de la détention (lorsque ce dernier n'omet pas de se le faire communiquer).

En cette matière, la résistance s'impose de manière systématique face à l'intrusion – autrement dénommée « *ingérence* » par la Cour européenne des droits de l'homme – délibérée et déculpabilisée de l'autorité judiciaire comme de l'autorité administrative, dans la sphère de la vie privée et du secret professionnel que représentent le domicile privé et le domicile professionnel de l'avocat.

115. Le bâtonnier ou son délégué est le protecteur naturel, notamment, du secret professionnel d'ordre public dont l'appréciation se fera à partir des éléments qu'il percevra de la poursuite dont il ne connaît pas le contenu, faute d'avoir accès au dossier d'enquête ou d'instruction, sinon par la seule lecture en début d'opération de la décision de perquisitionner du magistrat et, lors de l'audience du juge des libertés et de la détention, par la communication de la décision de saisine de ce dernier. Cette audience marque aussi le début d'un débat contradictoire, d'où l'utilité de la contestation systématique.

En effet, l'acte de saisine du juge des libertés et de la détention par le magistrat saisissant est généralement plus complet que le récit contenu dans la décision de perquisitionner, si bien qu'il est indispensable que le bâtonnier ou son délégué se le fasse communiquer, ou bien avant l'audience, ou bien en début d'audience.

116. La résistance du délégué du bâtonnier doit être sans faille, **toute perquisition ou visite domiciliaire étant par nature « irrégulière »** et justifiant le placement sous scellés fermés de l'ensemble des documents saisis jusqu'à saisine, par le magistrat du parquet ou juge d'instruction, du juge des libertés et de la détention, en droit juge du secret professionnel mais en fait souvent juge de la « culpabilité » du confrère perquisitionné, parfois susceptible d'être concomitamment placé en garde à vue par les enquêteurs agissant sur commission rogatoire.

Certes, selon la formule lancinante, les cabinets d'avocats ne seraient pas des « sanctuaires » car il est évident que le secret professionnel n'est jamais destiné à couvrir des agissements frauduleux !

Cela dit, trop souvent, l'ingérence en cabinet d'avocat n'est jamais précédée d'une démonstration préalable et effective de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, sauf la rédaction orientée de la décision de perquisitionner, si bien que tant l'autorité judiciaire que l'autorité administrative se révèlent en pratique avides d'informations qui, parce qu'elles sont logées au domicile ou au cabinet de l'avocat, doivent à raison de leur nature secrète être systématiquement appréhendées.

Préalablement à la perquisition, n'ont été relevés à l'encontre de l'avocat aucune raison plausible, aucun indice simple, aucun indice grave ou concordant laissant penser qu'il aurait pu participer comme auteur ou complice à la commission d'une infraction mentionnée dans la décision de perquisition.

En outre, l'avocat n'est autrement visé par la décision de perquisition que par la seule référence à sa qualité.

Or, sont saisis, au mépris de toutes les règles relatives au secret professionnel, des documents confidentiels concernant l'activité d'avocat. Il est clair que toute pièce, officielle comme confidentielle, devient pièce à conviction, qu'il s'agisse d'une consultation ou par exemple d'une simple carte de visite.

En effet, apprécier si un document est couvert ou non par le secret professionnel revient en pratique à se faire juge du ou des indices de la participation de l'avocat perquisitionné à la commission d'une infraction dans un contexte bouleversant, chargé d'émotions, de tensions et de fatigue.

SECTION V Perquisition et garde à vue concomitantes

117. Il est de prime abord nécessaire de rappeler la jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation selon laquelle une perquisition « *n'exige pas, pour sa régularité, le placement en garde à vue de la personne au domicile de laquelle elle est faite* »⁽¹⁾.

EXIGENCE PRATIQUE

De l'utilité de la contestation : les éléments de preuve ou pièces à conviction échappent momentanément aux enquêteurs.

¹⁾ Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 00-83852.

Que la garde à vue soit concomitante à la perquisition ou la suive (si bien qu'en pratique, l'avocat est gardé à vue entre la perquisition et l'audience du juge des libertés et de la détention), la contestation générale de la saisie par le bâtonnier privera les enquêteurs des pièces placées sous scellés fermés en possession du juge des libertés et de la détention jusqu'à ce que ce magistrat statue sur leur sort.

Dans l'hypothèse d'une perquisition et d'une garde à vue simultanées, il se peut que le port des menottes s'impose pour les enquêteurs agissant sur commission rogatoire du magistrat instructeur, qui de son côté perquisitionne.

Il arrivera que la question soit posée précisément lors du trajet domicile/cabinet. Le délégué du bâtonnier doit évidemment absolument et catégoriquement s'opposer à cette mesure contraignante, qui n'a jamais été pratiquée au cours des six dernières années.

Pour mémoire, l'article 803 du Code de procédure pénale modifié par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, art. 93, JORF, 16 juin 2000 précise : « *Nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite. Dans ces deux hypothèses, toutes mesures utiles doivent être prises, dans les conditions compatibles avec les exigences de sécurité, pour éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel.* »

118 La garde à vue peut être notifiée simultanément au commencement de la perquisition – dès 6 heures (ou 7 h 30) du matin en général, heure du laitier ou de l'écolier – au domicile de l'avocat.

Il est fréquent que la perquisition, qui peut avoir lieu dès 6 heures du matin jusqu'à 21 heures en droit commun (et au-delà si elle est commencée dans ce créneau horaire), s'accompagne d'une notification concomitante par les enquêteurs d'une garde à vue sur place au domicile ou au cabinet.

Le placement en garde à vue intervient lorsque le magistrat instructeur en charge de la perquisition (s'il s'agit d'une instruction) délivre parallèlement une commission rogatoire « de circonstance » aux enquêteurs, notamment de placer en garde à vue l'avocat perquisitionné comme d'ailleurs toute personne présente sur place (souvent le conjoint ou compagnon).

119 Dans ce cas, deux régimes se superposent, celui de la perquisition et celui de la garde à vue, si bien que le délégué du bâtonnier doit faire preuve de la plus grande vigilance car il n'est pas *stricto sensu* l'avocat du confrère perquisitionné mais le protecteur du secret professionnel et des droits de la défense.

Théoriquement, rien ne s'opposerait au plan procédural à ce que l'interpellation d'un avocat s'effectue à son domicile ou à son cabinet par la notification du placement en garde à vue, non associée à une perquisition concomitante. En pratique, une telle hypothèse n'est jamais arrivée. Deux magistrats de tribunaux différents l'ont envisagée pour y renoncer rapidement. Aucun magistrat ne prendrait un tel risque procédural car le souci principal de l'autorité judiciaire est bien de perquisitionner et de saisir des documents en présence du bâtonnier ou de son délégué avec éventuel placement en garde à vue concomitant.

Dans l'hypothèse d'un avocat gardé à vue simultanément perquisitionné (dès lors contre lequel existent des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction), la contestation s'imposera d'autant plus car il appartiendra au juge des libertés et de la détention de dire si les documents saisis contiennent en eux-mêmes l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, et ce par une analyse de chaque pièce.

120 La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé par deux arrêts⁽¹⁾ qu'il se déduisait tant de l'article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'homme que de l'article 63-3-1 du Code de procédure pénale « *que toute personne placée en garde à vue doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès qu'elle en fait la demande* ».

La Cour européenne des droits de l'homme vient de rappeler le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue et la notification du droit de se taire par un arrêt rendu le 24 octobre 2013⁽²⁾. Cette présence de l'avocat ne concerne pas la perquisition, mais se limite à l'assistance pour la garde à vue⁽³⁾ – il est vrai qu'en pratique, les rôles de délégué du bâtonnier et d'avocat de la défense se confondent harmonieusement.

L'entretien confidentiel devra avoir lieu dans une pièce à l'abri des enquêteurs et juges, soit dans une chambre éloignée, voire la salle de bains du domicile...

1) Cass. crim., 5 nov. 2013, n° 13-82682; Cass. crim., 14 déc. 2011, n° 11-81329.

2) CEDH, 24 oct. 2013, Navone et autres c/ Monaco, requêtes n°s 62880/11, 62892/11, 62899/11.

3) *V. infra* : chap. 4. L'assistance par un avocat n'est prévue par aucun texte en matière de perquisition judiciaire sauf la directive UE du 7 octobre 2013 qui, certes, ne vise pas expressément la présence de l'avocat en perquisition mais aux identifications, confrontations et reconstitutions. Cela dit, rien ne s'oppose à cette présence.

SECTION VI La nullité : sanction du non-respect des formalités de l'article 56-1 du Code de procédure pénale

121 La nullité du non-respect des formalités de l'article 56-1 est prévue par l'alinéa 1^{er} de cet article et par l'article 59, alinéa 2, du Code de procédure pénale.

ARTICLE 59 DU CPP, ALINÉA 2 (MODIFIÉ PAR LA LOI N° 93-1013 DU 24 AOÛT 1993, ART. 20, JORF DU 25 AOÛT 1993, EN VIGUEUR LE 2 SEPTEMBRE 1993)

Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures.

Les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité.

ARTICLE 56-1 DU CPP, ALINÉA 1^{er} (MODIFIÉ PAR LA LOI N° 2010-1 DU 4 JANVIER 2010, ART. 3)

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. 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.

Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

SECTION VII L'invocation de la nullité de la saisie postérieurement par l'avocat témoin assisté ou mis en examen

122 Les dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoient que la décision du juge des libertés et de la détention d'ordonner le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure n'excluent 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.

Ce point de l'invocation des nullités textuelles, qui en cette matière font toutes grief, ne sera volontairement pas traité ici.

Il sera renvoyé aux ouvrages usuels en la matière⁽¹⁾.

¹⁾ Pour de plus longs développements sur le droit commun des nullités en matière de perquisition, se reporter notamment au *Guide de la défense pénale*, Éditions Guides Dalloz, de François Saint-Pierre, au *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Éditions Dalloz Action, de Christian Guery et Pierre Chambon, et au *Précis de procédure pénale*, Édition Dalloz, de Bernard Bouloc.

La présence du bâtonnier : garantie spéciale de procédure

SECTION I Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la présence du bâtonnier constitue une garantie spéciale de procédure

123 Le bâtonnier se doit, de manière systématique, de mettre tout en œuvre pour organiser toutes les contestations possibles de cette mesure aussi contraignante qu'une garde à vue, afin d'obtenir un débat contradictoire, de manière embryonnaire, devant le juge des libertés et de la détention faute d'avoir en l'état des textes, carence inadmissible, accès au dossier d'enquête ou d'instruction en cours, au mépris des termes de la directive – certes discutée – du 22 mai 2012 entrée en vigueur le 21 juin 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, et qui doit être transposée « au plus tard le 2 juin 2014 ». ⁽¹⁾

LA DIRECTIVE 2012/13/UE

La directive 2012/13/UE prévoit en son article 7 :
Droit d'accès aux pièces du dossier. Lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités

¹⁾ Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention solent mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat.

2. Les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies, ou leur avocat, aient accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense.

3. Sans préjudice du paragraphe 1, l'accès aux pièces visé au paragraphe 2 est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation.

124 Notons également l'arrêt rendu le 26 novembre 2013 par la CEDH⁽¹⁾ qui retient qu'en interdisant à un avocat de consulter le dossier de son client, pour lequel la prolongation de la détention provisoire était requise, les juridictions roumaines ont violé les dispositions de l'article 5 § 4 de la Convention relatif au droit au recours contre l'arrestation et la détention, et soulignons les jugements rendus les 30 décembre 2013 et 3 janvier 2014 par la 23^e chambre du tribunal correctionnel de Paris qui, sur les écritures des secrétaires de la Conférence, appuyés par le bâtonnier de Paris, ont annulé une garde à vue au motif que l'avocat du gardé à vue n'avait pas eu accès au dossier de son client au cours de l'exécution de cette mesure coercitive.

C'est à juste titre que la 23^e chambre du tribunal correctionnel a décidé au nom du droit « à une défense effective » que « l'obligation de communiquer à la personne gardée à vue ou à son conseil les pièces du dossier est inhérente aux droits de la défense et s'impose aux autorités d'enquête et de poursuite sans même devoir être sollicitée ».

125 C'est seulement par la contestation que se renforcent les droits de la défense. Alors contestons ! Protestons de toutes nos forces ! Pour que le contradictoire s'installe définitivement dans notre procédure inquisitoire.

Le combat des secrétaires de la Conférence et de l'Ordre des avocats de Paris, pour ne citer qu'eux, a été permanent et déterminant de l'évolution du régime juridique de la garde à vue.

1) CEDH, 26 nov. 2013, Emilian-George Igne c/ Roumanie (requête n° 21249/05), Dalloz Actualité, édition du 27 novembre 2013.

Ainsi, il faut rendre hommage au bâtonnier Christian Charrière-Boumazel, précurseur, qui, par deux éditoriaux des 25 septembre 2009⁽¹⁾ et 21 octobre 2009⁽²⁾, avait transmis aux avocats du Barreau de Paris les arrêts de la CEDH, Salduz du 27 novembre 2008 et Dayanan du 13 octobre 2009, pour ce dernier en temps réel, parce qu'ils nous avaient été communiqués à l'époque directement par Vincent Berger, juriste de la Cour européenne des droits de l'homme.

Au constat de l'inégalité des armes à l'occasion de cette mesure « arbitraire », intrusive, coercitive et privative de liberté susceptible de caractériser un traitement inhumain et dégradant⁽³⁾, il est vital d'opposer la férocité de la défense du chef de l'Ordre qui, s'il ne respectait pas cette exigence de résistance, trahirait et pervertirait sa mission et manquerait à ses tous devoirs, précisément – ceux non écrits – de force, de courage et d'humanité.

126 Le législateur a prévu l'hypothèse d'une perquisition au domicile ou au cabinet du bâtonnier ou dans les locaux de l'Ordre des avocats, dont le bureau du bâtonnier, ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA), qui engendre l'application de règles identiques sauf à confier au président du tribunal de grande instance le rôle du juge des libertés et de la détention (JLD).

Le premier devoir – en forme de réflexe – du bâtonnier sera bien évidemment de faire preuve d'exemplarité dans le respect de nos principes essentiels, notamment de dignité et d'honneur : donc de claquer ou de verrouiller sa porte, en tout cas jusqu'à dédramatisation de la situation, instauration d'un dialogue avec le juge saisissant, avec l'exigence d'une renonciation de sa part à la mesure intrusive.

Après 30 années de pratique pénale, nous sommes enclins à considérer que la procédure pénale est le lieu de toutes les contestations procédurales jusqu'aux plus vives, mais aussi de toutes les ententes, connivences, de tous les « deals » dont enquêteurs, parquetiers et juges raffolent – mais qui ne peuvent être que le résultat d'un rapport de forces et d'une préservation des intérêts en cause appréciée *in concreto*.

La contestation du bâtonnier ou de son délégué ne correspond en rien à une volonté d'obstruer l'enquête, mais constitue un mode de régulation destiné à encadrer la mesure intrusive dans l'exercice général des droits de la défense que, certes, les juges saisissants n'invoqueront que pour simplement sécuriser leur procédure en observant un équilibre entre fermeté de leurs investigations et purge des vices susceptibles de les affecter.

Ne nous y trompons pas ! La bienveillance n'est pas de mise en cette matière.

127 Rappelons que par arrêt du 23 février 2013, la CEDH a jugé avec panache que « la répression [contre la fraude fiscale] ne doit pas avoir pour effet de justifier, en

1) *Bulletin du Barreau de Paris*, n° 29, 25 septembre 2009, « La Cour de Strasbourg et la garde à vue ».

2) *Bulletin du Barreau de Paris*, n° 32, 21 octobre 2009, « Garde à vue, la Cour de Strasbourg vient de récidiver ! ».

3) CEDH, 4^e section, 15 oct. 2013, Gutsanovi c/ Bulgarie, requête n° 34529/10.

matière de liberté, le recours à l'arbitraire »⁽¹⁾, comme le rappelle la CNCDH dans son avis sur la probité de la vie publique du 31 juillet 2013.

PROJET DE RÉFORME

Toute visite ou intrusion de l'autorité judiciaire ou administrative ne peut avoir lieu, à quelque titre que ce soit, dans un cabinet d'avocat sans présence du bâtonnier ou de son délégué investi d'un rôle de protection de l'ordre public du secret professionnel de l'avocat et des droits de la défense, particulièrement la présomption d'innocence, voire de tout type de secret protégé par la loi (du secret professionnel de l'avocat en passant par le secret des arbitres, le secret de l'expert-comptable, le secret-défense, etc.).

SECTION II Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la perquisition en cabinet d'avocat constitue une « ingérence » dans le « domicile »

128 Pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la perquisition en cabinet d'avocat constitue une « *ingérence* » dans le « *domicile* » que constitue le cabinet d'avocat destinée à permettre d'apporter la preuve de la commission par l'avocat d'une infraction et dès lors de porter atteinte au secret professionnel dont le bâtonnier ou son délégué est le garant par sa présence, qualifiée par la CEDH de « *garantie spéciale de procédure* ».

Elle doit être « *proportionnée* » au but poursuivi ainsi que le juge la CEDH, qui distingue contrairement au droit interne l'avocat contre lequel n'existe antérieurement à la perquisition aucun indice de sa participation à la commission d'une infraction de celui contre lequel existent ces mêmes indices.

Par arrêt rendu le 22 octobre 2013, la chambre criminelle a jugé que l'ingérence dans la vie privée de la personne concernée était proportionnée au but poursuivi,

¹⁾ CEDH, 23 févr. 2013, Creanga c/ Roumanie, requête n° 12323/11. Avis CNCDH, 31 juill. 2013, texte n° 99, p. 2, JORF, n° 0176.

s'agissant d'une association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme portant gravement atteinte à l'ordre public, et qu'elle était nécessaire au sens de l'article 8 § 2 de la Convention⁽¹⁾.

129 Ainsi, une perquisition doit obéir au critère de proportionnalité par rapport au but poursuivi pour ne pas être jugée contraire à l'article 8 de la Convention.

En effet, l'article 56-1 du Code de procédure pénale matérialise une ingérence au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au visa de l'article 8 de la Convention, lequel dispose : « *Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale : 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

130 Des trois arrêts Rapon, Canal Plus et Primagaz, nous pouvons conclure que, tant en matière fiscale qu'en matière de concurrence, avant la réforme des dispositions des articles L. 16B et L. 450-4 du Code de commerce, un contrôle des opérations effectué par le juge des libertés et de la détention qui a autorisé visite et saisie ne signifie nullement que puisse exister « *un contrôle juridictionnel effectif* » de la régularité de la décision d'autorisation.

La Cour retient en effet l'idée d'un « *contrôle juridictionnel effectif* » dont les requérantes ont été privées, ne disposant, sous l'empire des textes anciens, que de la seule faculté de former un pourvoi en cassation pour contester le bien-fondé et la régularité de l'ordonnance d'autorisation du juge des libertés et de la détention, à l'époque insusceptible d'appel.

Les requérantes se plaignaient de ce qu'elles n'avaient pas eu accès à un recours effectif pour contester la régularité des visites et saisies domiciliaires dont elles avaient fait l'objet sur le fondement des dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales et ce, en violation des dispositions des articles 6 § 1, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

131 Cependant, il est profondément regrettable de constater que les débats qui agitent les esprits à l'occasion de telle réforme de la procédure pénale pour la lutte contre la fraude fiscale ne concernent jamais le sujet de l'indispensable harmonisation des législations fiscales et pénales en matière de visites, saisies fiscales et de perquisitions judiciaires entreprises au domicile ou en cabinet d'avocat.

¹⁾ Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 13-81945.

En effet, si les dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010) ont été réformées récemment, en revanche, elles ne l'ont pas été en harmonie avec celles de l'article 56-1 du Code de procédure pénale (loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010), auxquelles elles ne renvoient pas – et qui doivent aussi être réformées sur l'absence de recours effectif – si bien que les dispositions protectrices de ces différents articles ne contiennent pas des garanties identiques octroyées aux « visités » ou « perquisitionnés ».

L'ARRÊT ANDRÉ DU 24 JUILLET 2008 (REQUÊTE N° 18603/03)

Par l'arrêt André (affaire André et autre c/ France, requête n° 18603/03) du 24 juillet 2008, la CEDH juge que « des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. D'ailleurs, la protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé ».

L'ARRÊT RAVON DU 21 FÉVRIER 2008 (REQUÊTE N° 18497/03)

Par l'arrêt Ravon rendu le 21 février 2008, la Cour retient au visa de l'article 6 § 1 que « lorsque, comme en l'espèce, l'article 6 § 1 s'applique, il constitue une lex specialis par rapport à l'article 13 : ses exigences, qui impliquent toute la panoplie des garanties propres aux procédures judiciaires, sont plus strictes que celles de l'article 13, qui se trouvent absorbées par elles... ».

Il y a lieu en conséquence d'examiner le présent grief sur le terrain de l'article 6 § 1 uniquement, et donc de vérifier si les requérants avaient accès à un "tribunal" pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de cette disposition, une décision sur leur "contestation" ».

« La Cour rappelle à cet égard que seul mérite l'appellation de "tribunal" un organe répondant à une série de critères – telle l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties – et jouissant de la plénitude de juridiction, et que, pour qu'un tel "tribunal" puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec cette disposition, il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait ou de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi... ».

Par ailleurs, à l'instar des autres droits garantis par la Convention, le droit d'accès aux tribunaux doit être concret et effectif...

28. Selon la Cour, cela implique en matière de visite domiciliaire que les personnes concernées puissent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement ; le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié.

29. Il ressort de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales que les ordonnances autorisant les visites domiciliaires ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation.

La Cour a eu l'occasion, dans le contexte de l'article 5 § 3 de la Convention et du contrôle du délai raisonnable dans lequel une personne arrêtée ou détenue doit être soit jugée, soit libérée durant la procédure, de dire que le pourvoi en cassation est un recours interne utile et qu'il doit être épuisé sous peine d'irrecevabilité de la requête devant la Cour...

Toutefois, il ne s'ensuit pas nécessairement que ce pourvoi constitue une voie de recours effective aux fins du contrôle de la régularité, en droit et en fait, des ordonnances autorisant les visites domiciliaires sur le fondement de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales.

Il incombe donc à la Cour d'examiner concrètement si, dans ce cadre, le contrôle de la Cour de cassation, statuant sur pourvoi du requérant, apporte des garanties suffisantes au regard de l'équité du procès, exigée par l'article 6 de la Convention.

Or elle considère qu'à elle seule, la possibilité de se pourvoir en cassation – dont les requérants ont d'ailleurs usé – ne répond pas aux exigences de l'article 6 § 1 dès lors qu'un tel recours devant la Cour de cassation, juge du droit, ne permet pas un examen des éléments de fait fondant les autorisations litigieuses.

30. La circonstance que l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires est délivrée par un juge – de sorte qu'à première vue, un contrôle juridictionnel incluant un examen de cette nature se trouve incorporé dans le processus décisionnel lui-même – ne suffit pas à combler cette lacune. En effet, si, comme la Cour l'a jugé sur le terrain de l'article 8 de la Convention dans l'affaire Keslassy à laquelle le gouvernement se réfère, cela contribue à garantir la préservation du droit au respect de la vie privée et du domicile, l'on ne saurait considérer que l'instance au cours de laquelle le juge examine la demande d'autorisation est conforme à l'article 6 § 1 alors que la personne

visée par la perquisition projetée – qui ignore à ce stade l'existence d'une procédure intentée à son encontre – ne peut se faire entendre.

31. Certes, l'article L. 16B prévoit en outre que les opérations s'effectuent sous le contrôle du juge qui les a ordonnées, de sorte que, pendant leur déroulement, les personnes dont les locaux sont concernés ont la possibilité de le saisir en vue notamment d'une suspension ou de l'arrêt de la visite. Cependant, s'il s'agit là aussi d'une garantie que la Cour prend en compte dans le contexte de l'article 8 de la Convention (ibidem) et dans laquelle on peut voir une modalité propre à assurer un contrôle de la régularité des mesures prises sur le fondement de l'autorisation délivrée par ledit juge, cela ne permet pas un contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même. Par ailleurs, l'accès des personnes concernées à ce juge apparaît plus théorique qu'effectif.

En effet – cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation – les agents qui procèdent à la visite n'ont pas l'obligation légale de faire connaître aux intéressés leur droit de soumettre toute difficulté au juge (et ils ne l'ont pas fait en l'espèce), lequel n'est tenu de mentionner dans l'ordonnance d'autorisation ni la possibilité ni les modalités de sa saisine en vue de la suspension ou de l'arrêt de la visite ; la présence des intéressés n'est d'ailleurs pas requise (il suffit que deux témoins tiers soient présents) et la loi ne prévoit pas la possibilité pour ceux-ci de faire appel à un avocat ou d'avoir des contacts avec l'extérieur ; en outre, en l'espèce en tout cas, les coordonnées du juge compétent ne figuraient pas sur les ordonnances d'autorisation et n'ont pas été fournies aux requérants par les agents qui ont procédé aux visites.

De surcroît, en raison d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation, les intéressés n'ont plus la faculté de saisir le juge qui a autorisé les opérations après l'achèvement de celles-ci : il ne peut plus connaître a posteriori d'une éventuelle irrégularité entachant ces opérations, une telle contestation relevant, selon la Cour de cassation, du contentieux dont peuvent être saisies les juridictions appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents appréhendés.

32. Quant à l'accès à ces dernières juridictions, en tout état de cause, il suppose que des poursuites soient subséquentement engagées contre les intéressés, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce.

34. Il résulte de ce qui précède que les requérants n'ont pas eu accès à un "tribunal" pour obtenir, à l'issue d'une procédure répondant aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention, une décision sur leur "contestation". »

SECTION III L'arrêt Canal Plus du 21 décembre 2010

132 Par cet arrêt (requête n° 29408/08), la Cour retient une solution identique en matière de concurrence s'agissant de visites entreprises sur le fondement des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence qui a modifié les voies de recours contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé les visites domiciliaires et saisies.

L'ARRÊT CANAL PLUS DU 21 DÉCEMBRE 2010

Par une motivation identique, la Cour retient que « selon le régime prévu à l'article L. 450-4 du Code de commerce – quasiment identique à celui fixé à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales – les requérantes n'ont également disposé que d'un pourvoi en cassation pour contester la régularité et le bien-fondé de l'ordonnance du 8 février 2005.

Néanmoins, il y a lieu de relever qu'après l'introduction de la requête, une réforme du système de contrôle des opérations de visite et de saisie prévu à l'article L. 450-4 du Code de commerce a été effectuée, afin d'offrir de nouvelles voies de recours. La Cour constate que les autorités, souhaitant tirer les conséquences de l'arrêt Rapon et autres dans le domaine du droit de la concurrence, ont modifié le droit interne par une ordonnance du 13 novembre 2008, afin de permettre aux personnes ayant fait l'objet de visite domiciliaire d'interjeter appel de l'ordonnance d'autorisation du juge des libertés et de la détention devant le premier président de la cour d'appel.

Cette ordonnance contient également des dispositions transitoires rétroactives pour les opérations de visite et saisie effectuées avant son adoption. Son article 5, alinéa IV, prévoit notamment que si l'autorisation de visite et saisie a fait l'objet d'un pourvoi en cassation ayant donné lieu à un rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l'autorisation est ouvert devant la cour d'appel de Paris saisie dans le cadre de l'article L. 464-8 du Code de commerce. La Cour relève que les requérantes sont susceptibles d'être concernées par ces dispositions transitoires, comme le soutient le gouvernement, puisque l'instruction menée par l'Autorité de la concurrence est toujours en cours (§ 19 ci-dessus).

Cependant, elle constate que l'action ne pourra être exercée que si un recours au fond est formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence, ce qui rend

nécessairement l'accessibilité de cette voie de recours incertaine, compte tenu de l'exigence préalable à la fois d'une décision au fond et d'un recours contre celle-ci. Par ailleurs, la décision au fond de l'Autorité de la concurrence, qui n'est pas toujours rendue à ce jour, n'interviendra donc que plusieurs années après les décisions de 2005. Or, la Cour rappelle qu'en plus d'un contrôle en fait et en droit de la régularité et du bien-fondé de la décision ayant prescrit la visite, le recours doit également fournir un redressement approprié, ce qui implique nécessairement la certitude, en pratique, d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse et ce, dans un délai raisonnable.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le recours en contestation prévu par l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne répond pas, en l'espèce, aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention ».

L'ARRÊT FRANCE MOULIN DU 23 NOVEMBRE 2010

Par un arrêt rendu le 23 novembre 2010⁽¹⁾, la CEDH a estimé au visa de l'article 8 de la Convention qu'en l'occurrence : « *La perquisition au domicile professionnel de la requérante n'était pas, dans les circonstances particulières de l'espèce, disproportionnée par rapport au but visé et elle ne relève aucune apparence de violation des dispositions de l'article 8 de la Convention.* »

Ainsi, la Cour (qui ne pose pas la question de l'assistance de l'avocat perquisitionné par un conseil) « *constate d'emblée que la perquisition effectuée au domicile professionnel de la requérante constitue une ingérence de l'État dans le droit au respect de la vie privée et du domicile du requérant (Niemietz c/ Allemagne, 16 déc. 1992, § 30, série A, n° 251-B, Roemen et Schmit c/ Luxembourg, n° 51772/99, § 64, CEDH 2003-IV, André et autre c/ France, n° 18603/03, § 36-37, CEDH 2008-..., et Xavier Da Silveira c/ France, n° 43757/05, 21 janv. 2010).*

La Cour observe par ailleurs que l'ingérence avait une base légale et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir celui de la défense de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales. La requérante ne le conteste d'ailleurs pas.

Quant à la question de la "nécessité" de cette ingérence, la Cour rappelle que "les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et [que] leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante" (Crémieux c/ France, 25 févr. 1993, § 38,

série A, n° 256-B, Roemen et Schmit, précité, § 68, et André et autre, précité, § 40).

Elle rappelle également que des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client (André et autre, précité, § 41). Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans un cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients.

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

En l'espèce, la Cour note qu'il existait des raisons plausibles de soupçonner la requérante d'avoir commis ou tenté de commettre, en sa qualité d'avocate, une ou plusieurs infractions. Lors de la notification de la garde à vue, elle était soupçonnée de faits de révélation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours.

Par ailleurs, la perquisition s'est accompagnée d'une garantie spéciale de procédure, puisqu'elle fut exécutée en présence du bâtonnier de l'Ordre des avocats, et que les observations formulées par celui-ci ont pu être ensuite discutées devant le juge des libertés et de la détention.

La Cour relève en outre qu'il ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 2006 que les saisies effectuées étaient en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, étaient destinées à apporter la preuve de la participation éventuelle de la requérante à cette seule infraction et étaient limitées aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité. »

(1) CEDH, 23 nov. 2010, Moulin c/ France, requête n° 37104/06.

133 L'arrêt Compagnie Primagaz du 21 décembre 2010 (requête n° 29613/08).

Solution identique en matière de concurrence.

134 L'arrêt Robathin c/ Autriche du 3 juillet 2012 (requête n° 30457/06).

La saisie de documents et de l'ensemble des données électroniques de l'avocat soupçonné d'infractions de vol, de malversation et de fraude commises à l'égard de ses

clients constitue une violation de l'article 8 de la CEDH dès lors qu'elle n'est pas limitée aux dossiers des seuls clients concernés par les infractions⁽¹⁾.

En effet, la saisie se doit d'être sévère et ne peut concerner que les seuls documents en relation avec la nature de l'infraction poursuivie.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme doit être prise en considération par le délégué du bâtonnier qui devra la rappeler le cas échéant, non seulement lors de la perquisition, mais également lors de l'audience de contestation du juge des libertés et de la détention.

SECTION IV La présence du bâtonnier consacrée par la Cour de cassation

135 Par un arrêt rendu le 3 avril 2013⁽²⁾, la chambre criminelle de la Cour de cassation dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portée par un avocat perquisitionné puis mis en examen au motif que la QPC ne présente pas à l'évidence de caractère sérieux dès lors que la disposition contestée de l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoit des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat dans les termes suivants: *« Et attendu que la question posée ne présente pas à l'évidence de caractère sérieux dès lors que la disposition contestée prévoit des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat ; qu'en effet, la perquisition dans le cabinet ou au domicile d'un avocat est exécutée par un magistrat à la suite d'une décision motivée indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations ainsi que les raisons et l'objet de la mesure, le contenu de cette décision étant, dès le début de son exécution, communiqué au bâtonnier ou à son délégué dont l'assistance obligatoire à la perquisition se déroule ainsi en connaissance de cause ;*

Que, par ailleurs, la confidentialité des documents susceptibles d'être saisis est assurée par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat et au bâtonnier ou à son délégué, et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation à cet égard étant alors soumise au juge des libertés et de la détention ; qu'en outre, ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, de ne pas porter atteinte à

1) Code de déontologie, Ordre des avocats de Paris, annoté par Thierry Revet, éditions Lamy.

2) Cass. crim., 3 avr. 2013, n° Y12-88021.

la libre défense ; qu'enfin, la décision de verser des pièces saisies au dossier de la procédure n'exclut pas la possibilité pour les parties de demander ultérieurement la nullité de la saisie ou de solliciter la restitution des pièces placées sous main de justice. »

La présence du bâtonnier est ainsi, en elle-même, consacrée par la chambre criminelle comme constituant cette garantie spéciale de procédure.

L'absence de dispositions relatives à la présence de l'avocat lors de la perquisition

136 L'assistance de l'avocat perquisitionné par un avocat de la défense n'est prévue par aucun texte en matière de perquisition judiciaire, sauf la directive UE du 7 octobre 2013 qui ne l'interdit pas.

PROJET DE RÉFORME

Il doit être précisé dans le texte de l'article 56-1 que l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un conseil lors de la perquisition et en tout cas lors de l'audience du juge des libertés et de la détention.

137 Le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne prévoit pas l'assistance d'un avocat au cours de la perquisition ni devant le juge des libertés et de la détention et ce, contrairement aux textes régissant les visites domiciliaires fiscales, celles de l'Autorité de la concurrence ou encore celles de l'Autorité des marchés financiers.

Est significatif l'arrêt rendu récemment par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 3 avril 2013⁽¹⁾ qui consacre l'absence de droit à l'assistance d'un avocat au cours de la perquisition au motif que « l'article 6 § 3 de la Convention n'exige pas que la personne ayant reçu notification officielle du fait qu'elle est suspectée d'avoir commis

¹⁾ Cass. crim., 3 avr. 2013, n° 12-88428.

une infraction soit assistée d'un avocat lorsqu'elle est présente à des actes au cours desquels elle n'est ni privée de liberté ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés ».

138 Cette solution a été maintenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation par un arrêt du 22 octobre 2013 dans les termes suivants⁽¹⁾ : « *Attendu que, pour rejeter le moyen de nullité pris des réponses faites par M. X..., hors la présence de son avocat, aux questions qui lui étaient posées par les officiers de police judiciaire durant la perquisition, l'arrêt retient que l'assistance de l'avocat, au cours de la garde à vue, n'est prévue par le Code de procédure pénale que pour les auditions et confrontations ; que les juges ajoutent que l'absence de l'avocat lors de la perquisition n'a pas porté atteinte au droit de M. X... à un procès équitable, les objets saisis ne lui ayant été représentés qu'en vue d'une reconnaissance et non à l'occasion d'un interrogatoire et qu'il avait été informé de son droit de se taire ;*

Attendu qu'en prononçant ainsi, conformément à l'article 54, dernier alinéa, du Code de procédure pénale, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application des textes visés au moyen, lequel, dès lors, ne saurait être accueilli. »

139 Or, en pratique, lors de la perquisition, la personne est empêchée d'aller et venir et souvent interrogée au fond alors qu'elle ne bénéficie nullement de l'assistance d'un avocat, si bien que par un raisonnement *a contrario*, une perquisition privative de liberté et marquée par un interrogatoire – ce qui est souvent le cas – sans l'assistance d'un avocat se trouve frappée de nullité.

La directive du 22 octobre 2013⁽²⁾, troisième de la série, depuis la feuille de route du 30 novembre 2009 visant à renforcer les droits des personnes suspectées ou poursuivies en matière pénale, constitue une remarquable avancée en termes d'harmonisation des législations nationales, eu égard aux huit millions de procédures pénales ouvertes chaque année dans l'ensemble des 28 États membres.

La directive a été publiée le 6 novembre 2013 au Journal officiel de l'Union européenne, et les États membres disposent d'un délai de trois ans pour la transposer dans leur ordre juridique interne.

140 Après la feuille de route de 2009, trois directives complémentaires auront donc été adoptées : la première portait sur le droit à la traduction et l'interprétation (2010), la deuxième sur le droit à l'information (2012). Avec cette troisième directive sur le droit d'accès à un avocat (2013), plusieurs principes sont affirmés ou confirmés :

- l'accès à un avocat dès le **premier stade des auditions** et durant toute la procédure pénale « *sans retard indu* » ;

¹⁾ Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 13-81945. Anne Portmann, « L'avocat, indésirable en perquisition », *Daloz Actualité*, 5 novembre 2013.

²⁾ Directive UE 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013.

- des **rencontres confidentielles** suffisantes entre la personne suspectée et son avocat afin que les droits de la défense soient effectivement exercés ;
- le rôle actif, « **participation effective** » de l'avocat pendant les auditions, identifications, confrontations et reconstitutions ;
- l'information et la communication avec les proches ;
- le droit pour les personnes suspectées se trouvant à l'étranger de **prendre contact avec le consulat de leur pays** et de recevoir des visites ;
- le droit des personnes visées par un mandat d'arrêt européen de bénéficier d'une **assistance juridique tant dans le pays où l'arrestation a lieu que dans celui où le mandat est émis**.

141 La France devra tirer les conséquences de cette nouvelle avancée européenne, en prenant position sur les lacunes actuelles, notamment sur le rôle actif de l'avocat du gardé à vue, amené à poser des questions et formuler des observations, le droit de la personne suspectée de communiquer directement avec ses proches, la durée de l'entretien avec l'avocat, ainsi que sur l'épineux problème de l'audition libre.

142 Rappelons également la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), qui retient que le droit d'avoir une assistance juridique doit être respecté dès le stade de l'enquête préalable.

La chambre criminelle⁽¹⁾ décide notamment au visa des articles 6 §1 et 8 de la Convention et L. 450-4 du Code de commerce, en matière de concurrence, que : « *Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait la requérante en se fondant sur les mentions portées au procès-verbal de visite, ses conseils ne s'étaient pas vu interdire d'accéder aux bureaux visités et de prendre la parole, le premier président a méconnu le principe ci-dessus énoncé. »*

143 Quoi qu'il en soit, rien ne s'oppose, en pratique, lors d'une perquisition en cabinet d'avocat, à ce que l'avocat de la défense soit présent dans les murs du cabinet perquisitionné (cabinets de moyenne ou grande superficie) et livre ses conseils à distance et en toute discrétion, en liaison avec le délégué du bâtonnier présent sur place et le ou les avocats du cabinet assistant à la perquisition.

¹⁾ CJCE, 17 oct. 1989, Dow Chemical Iberica aff. 97, 98 et 99-87, cité par Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-86424.

L'exigence de la présence de l'autorité judiciaire pour perquisitionner

144 Les perquisitions, au cabinet ou au domicile d'un avocat, ne peuvent être effectuées que par un magistrat, c'est-à-dire un juge du siège, à l'exclusion du parquet qui n'est pas une autorité judiciaire.

EXIGENCE PRATIQUE

Le bâtonnier devra soulever l'illicéité de la présence du ministère public, que celui-ci soit l'auteur principal ou l'auteur accessoire de la perquisition.

Le bâtonnier devra s'opposer de toutes ses forces à la présence du parquet en tant qu'auteur d'une perquisition ou participant accessoire, en faisant des réserves au procès-verbal de perquisition et au procès-verbal de scellés fermés.

145 Seul un magistrat peut perquisitionner et ce, en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. En pratique, il s'agit d'un juge d'instruction. Ou d'un parquetier, il est vrai de manière plus rare. Il pourrait aussi s'agir du juge des libertés et de la détention (JLD) sous les réserves précisées *infra*.

Il peut s'agir enfin d'un magistrat d'un pays étranger qui agit dans le cadre d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère, précisément d'une commission rogatoire internationale dont l'exécution sera confiée à un ou plusieurs magistrats instructeurs agissant en co-saisine.

En revanche, il arrive plus souvent que le parquet soit présent lors d'une perquisition pratiquée par un magistrat instructeur et s'associe *de facto* aux opérations de perquisition alors qu'il n'est pas l'autorité judiciaire auteur de la mesure intrusive.

146 Le procureur est-il un magistrat ?

De prime abord, il ne s'agit pas ici de faire le procès du parquet, qui connaîtrait un état de « paupérisation », selon les dires de madame la procureure de Créteil, tels que rapportés par *Le Figaro* du 18 décembre 2013, mais simplement d'évoquer son statut en matière de perquisitions.

147 La réponse est négative, le parquet n'est pas une autorité judiciaire. Le parquet ne saurait être « juge et partie ». Il est clair que le parquet est avant tout une partie au procès.

La question concerne également le procureur de la République financier à compétence nationale, créé par la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 et qui exercera une compétence concurrente de celle du procureur de la République de Paris pour la poursuite de faits d'une grande complexité, si bien que nous assisterons à une division de l'action publique et à la présence de deux autorités de poursuite pour une même qualification, sauf la réserve de l'arbitrage du procureur général. La création du procureur national financier ne s'accompagne pas de la création d'une juridiction nationale financière. Cette situation de double intervention de l'autorité de poursuite à propos d'un même délit, est présentée par certains magistrats du siège comme « *un coup très important porté au statut du Parquet* » (cf. circulaire de politique pénale du 31 janvier 2014 n° Crim/2014).

La Commission de modernisation de l'action publique, sous la présidence de Jean-Louis Nadal, procureur général honoraire près la Cour de cassation, préconise dans son rapport du 28 novembre 2013, « Refonder le ministère public », de « *rapprocher le statut des magistrats du parquet de celui des magistrats du siège, une telle évolution n'étant en rien incompatible avec l'obligation pour le ministère public de mettre en œuvre la politique pénale déterminée par le gouvernement et conduite par le garde des Sceaux... aux fins de garantir l'indépendance statutaire du ministère public... et de dissiper complètement le soupçon du manque d'indépendance* ».

Dans chacune des hypothèses où le parquet souhaiterait réaliser une perquisition au domicile ou en cabinet d'avocats, il serait indispensable que le juge des libertés et de la détention non seulement autorise la perquisition, mais procède à celle-ci en présence du parquet, qui ne pourrait pas perquisitionner et, dès lors, ne pourrait ni consulter ni saisir les éléments dont la consultation serait faite uniquement par le juge des libertés et de la détention et le bâtonnier ou son délégué (en aucun cas par les enquêteurs).

Ce serait au juge des libertés et de la détention de consulter et d'organiser sur place un débat avec le bâtonnier ou son délégué en présence du parquet, sur la saisie des documents ou objets litigieux avec pouvoir de contestation du bâtonnier, à charge pour le parquet de saisir le juge des libertés et de la détention qui tranchera lors d'une audience ultérieure en présence de toutes les parties.

Cette double présence du juge des libertés et de la détention sur place lors des opérations de perquisition et ultérieurement en tant que juge du contrôle suite à la contestation du bâtonnier était prévue aux dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales qui renvoyaient aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale avant censure du Conseil constitutionnel de l'article 38 de la loi du 5 novembre 2013. Elle l'est déjà par les dispositions de l'article 76 du Code de procédure pénale.

SECTION I L'absence de statut d'autorité judiciaire du parquet : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

148 Pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le parquet n'est pas une « autorité judiciaire ».

En effet, le ministère public ne remplit pas au regard de l'article 5 § 3 de la CEDH les garanties d'indépendance – à l'égard de l'exécutif et des parties – exigées par la jurisprudence de la Cour pour être qualifié de « *juge* » ou « *autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ».

Il faut retenir essentiellement les arrêts Medvedyev, France Moulin et Vassis contre la France.

AFFAIRE MEDVEDYEV ET AUTRES C/ FRANCE, 10 JUILLET 2008

« *Force est cependant de constater que le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire" au sens que la jurisprudence de la cour donne à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* » (voir Schiesser c/ Suisse, arrêt du 4 décembre 1979, série A, n° 34, § 39-30).

CEDH, 10 juill. 2008, Medvedyev et autres c/ France.

**GRANDE CHAMBRE – AFFAIRE MEDVEDYEV ET AUTRES C/ FRANCE,
29 MARS 2010**

« Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention. »

CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, Medvedyev et autres c/ France.

AFFAIRE FRANCE MOULIN C/ FRANCE

« Dès lors, la Cour estime que le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires". En conséquence, la Cour constate que la requérante n'a été présentée à un "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires", en l'espèce les juges d'instruction d'Orléans, en vue de l'examen du bien-fondé de sa détention, que le 18 avril 2005 à 15 h 14, soit plus de cinq jours après son arrestation et son placement en garde à vue.

Or, la Cour rappelle que, dans l'arrêt Brogan, elle a jugé qu'une période de garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire allait au-delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3, même quand elle a pour but de prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme, ce qui n'était au demeurant pas le cas en l'espèce (Brogan et autres, précité, § 62, et Medvedyev et autres, précité, § 129).

Partant, il y a eu violation de l'article 5 § 3 de la Convention. »

CEDH, 23 nov. 2010, Moulin c/ France, requête n° 3704/06.

149 Cette dernière jurisprudence engendre pour conséquence de rendre impossible l'intervention d'un magistrat dépendant de l'exécutif et des parties – qui n'est pas une autorité judiciaire au sens de la jurisprudence de la CEDH – pour veiller au respect des garanties attachées à toute privation de liberté – tel est le cas de la mesure de garde à

vue entreprise sous contrôle du parquet –, si bien que les décisions prises par le ministère public – avisé du placement en garde à vue – quant à la privation de liberté représentée par la garde à vue en tant qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, portent atteinte aux droits et aux libertés fondamentales du « suspect » et justifient l'annulation de la procédure.

150 La jurisprudence de la CEDH a été récemment réitérée par l'arrêt Vassis c/ France du 27 juin 2013⁽¹⁾ et par l'arrêt Gustanovi c/ Bulgarie, rendu le 15 octobre 2013. Pour la doctrine⁽²⁾, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) constate une violation du droit à la sûreté, en ce que le suspect n'a pas été présenté à un juge dès le lendemain de son arrestation, et du droit au respect du domicile, dès lors que la perquisition menée chez ce suspect n'a pas donné lieu à un contrôle judiciaire effectif.

La CEDH a jugé que « les conditions dans lesquelles la perquisition fut planifiée puis exécutée suffisaient à caractériser un traitement dégradant ».

151 Elle a également renforcé l'exigence de contrôle juridictionnel effectif a posteriori à l'égard des perquisitions et des privations de liberté au visa de l'article 8 de la Convention : « La Cour considère qu'en l'absence d'une autorisation préalable d'un juge et d'un contrôle effectif a posteriori de la mesure d'instruction contestée, ces garanties procédurales [présence, lors de la perquisition, de l'avocat, de deux autres témoins et d'un expert] n'étaient pas suffisantes pour prévenir le risque d'abus de pouvoir de la part des autorités de l'enquête pénale (...) avant ou après la perquisition (...) », si bien que la perquisition au domicile ayant été opérée par les policiers en présence de M. Gustanovi, de son avocat, de deux témoins et d'un expert est considérée comme « arbitraire » et privative « de la protection nécessaire contre l'arbitraire que (...) conférerait le principe de la prééminence du droit dans une société démocratique (...). Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention ».

1) CEDH, 27 juin 2013, Vassis c/ France, requête n° 62736/09.

2) CEDH, 4^e section, 15 oct. 2013, Gustanovi c/ Bulgarie. Bachelet O., « La garantie judiciaire, la garde à vue et les perquisitions », Dalloz Actualité, 30 octobre 2013.

SECTION II L'absence de statut d'autorité judiciaire du parquet : la jurisprudence de la Cour de cassation

152 En ce sens, mérite une attention particulière l'arrêt rendu le 15 décembre 2010 par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁽¹⁾ qui, de nouveau, consacre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant du statut du parquet cette fois-ci, en décidant que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention, faute de présenter les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et d'impartialité compte tenu de son statut de partie poursuivante.

Cela dit, par un raisonnement dont ni le paradoxe, ni la subtilité ne sont absents, la chambre criminelle qui censure la chambre de l'instruction à raison du statut du parquet rejette le pourvoi dès lors que le demandeur à la nullité, mis en examen, « a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ledit texte conventionnel ».

Le texte de l'article 5.3 de la CEDH auquel la chambre criminelle fait référence prévoit que « toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt traduite » devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires.

En l'état, la difficulté n'a pas encore été soulevée par le jeu d'une requête en nullité d'une perquisition pratiquée par un membre du parquet.

153 Par deux arrêts rendus le 22 octobre 2013⁽²⁾ au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle a jugé que le magistrat du parquet n'est pas un juge car il ne peut autoriser seul une mesure de géolocalisation, laquelle « constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité » nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge qui doit être un contrôle judiciaire effectif *a posteriori* :

« Vu l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu qu'il se déduit de ce texte que la technique dite de "géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge ;

Attendu que, pour écarter le moyen de nullité pris du défaut de fondement légal de la mise en place, par les opérateurs de téléphonie, d'un dispositif technique, dit de

"géolocalisation", permettant à partir du suivi des téléphones de M. A., de surveiller ses déplacements en temps réel, au cours de l'enquête préliminaire, l'arrêt retient, notamment, que les articles 12, 14 et 41 du Code de procédure pénale confient à la police judiciaire le soin de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, sous le contrôle du procureur de la République ; que les juges ajoutent que les mesures critiquées trouvent leur fondement dans ces textes, et qu'il s'agit de simples investigations techniques ne portant pas atteinte à la vie privée et n'impliquant pas de recourir, pour leur mise en œuvre, à un élément de contraire et de coercition ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a méconnu le texte conventionnel susvisé ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef. »

Cette solution a été maintenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation par un arrêt rendu le 14 janvier 2014 (n° 13-84909) par lequel elle a décidé que : « Attendu que, si c'est à tort que, pour refuser d'annuler les réquisitions délivrées au cours de l'enquête préliminaire aux fins de "géolocalisation", la chambre de l'instruction s'est déterminée par les motifs repris au moyen, la mise en œuvre de ce moyen technique de surveillance ne pouvant, en raison de sa gravité, être réalisée que sous le contrôle d'un juge, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure dès lors qu'à défaut d'exécution effective de ces réquisitions dans le délai qu'elles prévoyaient, ainsi que la Cour de cassation est en mesure de s'en assurer par le contrôle des pièces de la procédure, le demandeur n'a subi aucune ingérence dans sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

154 La doctrine⁽¹⁾ pose la question de savoir « si l'on peut continuer à admettre que, sauf exceptions (en cas, par exemple, de perquisitions coercitives menées dans le cadre d'une enquête préliminaire ; CPP, art. 76, al. 4), les perquisitions menées dans l'enquête soient placées sous le contrôle du parquet ? Au regard de la gravité de l'atteinte ainsi portée au droit au respect de la vie privée, dont le domicile constitue le bastion, il est permis d'en douter. D'autant plus que dans un arrêt récent, la Cour de Strasbourg a confirmé sa jurisprudence selon laquelle l'exigence de légalité des ingérences étatiques opérées dans le droit au respect du domicile implique l'obligation... de prévoir l'intervention d'un juge chargé d'autoriser préalablement la perquisition ou à, défaut, d'en contrôler *a posteriori* la régularité de manière effective. Dès lors que, dans les arrêts commentés, la chambre criminelle exige que la géolocalisation dynamique, qui constitue une atteinte à la vie privée dans la sphère publique, soit placée sous le contrôle d'un juge en raison de sa gravité, nonobstant l'existence d'un contrôle judiciaire *a posteriori*, il semble difficilement concevable qu'une telle exigence ne soit pas

1) Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674.

2) Cass. crim., 22 oct. 2013, n°s 13-81.945 et 13-81.949.

1) Commentaire d'Olivier Bachelet, magistrat, dans *Gazette du Palais*, 15-16 novembre 2013, n°s 319-320, p. 19-22.

également imposée en matière de perquisitions, puisque celles-ci portent atteinte à la vie privée dans la sphère purement privée ».

155 Une réforme urgente du statut du parquet s'impose car, en effet, dans le cas précis prévu par l'article 76, alinéa 3, du Code de procédure pénale, à savoir l'hypothèse d'une perquisition « coercitive » sans assentiment, avec autorisation préalable du juge des libertés et de la détention pour la poursuite des infractions punies d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à cinq ans, il va de soi que le critère de l'exécution sous le contrôle d'un juge entraîne pour conséquence que l'exécution de la mesure intrusive ne peut se faire qu'en présence d'un juge du siège qui perquisitionne et saisit aux lieux et places du parquet et en présence de celui-ci.

Le contrôle par le juge de la perquisition sans assentiment ne saurait être un contrôle à distance, mais un contrôle sur place en temps réel, d'autant que le juge des libertés et de la détention a la possibilité de se rendre sur les lieux de la perquisition comme le prévoit l'article 76, alinéa 3, du Code de procédure pénale précité.

Il est clair que l'audience du juge des libertés et de la détention sur la contestation du bâtonnier ne caractérise pas ce contrôle effectif *a posteriori* qui, nous nous permettons d'insister, n'a de sens que s'il s'effectue en temps réel lors de la perquisition.

Dans tous les autres cas, le parquet ne peut plus perquisitionner.

156 Et pourtant, il est vrai que le parquet dispose du privilège de l'opportunité des poursuites et que le magistrat instructeur, selon les dires de l'un d'eux, se situe dans une position d'attente, exprimée comme suit : « *Je reçois des affaires qui me sont confiées par le procureur et ne fais que les attendre à mon cabinet (...) jusqu'à les soumettre au juge des libertés et de la détention (...) par la contestation du bâtonnier.* »

Sur ce point du statut du parquet, par ordonnance rendue le 18 novembre 2013, en réponse à la contestation du délégué du bâtonnier sur le rôle du parquet selon laquelle « *la saisie dans son ensemble serait entachée d'irrégularité, la perquisition ayant été effectuée sous le contrôle d'un représentant du ministère public* », le juge des libertés et de la détention a jugé qu'il « *n'appartient pas au juge des libertés et de la détention de se prononcer sur la régularité de la procédure, ce contentieux relevant exclusivement de la chambre de l'instruction ou de la juridiction de jugement* ».

157 Par ordonnance du 11 décembre 2013, le juge des libertés et de la détention a de nouveau décidé qu'« *il n'appartient pas au juge des libertés et de la détention de se prononcer sur la régularité de la procédure puisque ce contentieux est exclusivement dévolu à la chambre de l'instruction ou à la juridiction de jugement, étant ici observé que le juge des libertés et de la détention ne s'est pas fait communiquer l'ensemble du dossier et n'a eu à sa disposition, tout comme les parties, qu'un procès-verbal de synthèse (...).* »

Attendu que si le secret ainsi défini ne peut avoir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du Code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogation que lorsque les documents saisis sont susceptibles dans le cadre de l'enquête préliminaire d'établir ou non à l'encontre de M. X... les infractions visées, qu'elles aient été commises en qualité d'auteur ou de complice par ce dernier ».

158 Ainsi, est délibérément nié le rôle de protecteur des droits de la défense dont le bâtonnier est investi car, en effet, le délégué du bâtonnier s'est limité à évoquer à travers la protection des droits de la défense les réserves qu'il convenait de faire à propos de la régularité de la procédure comme motif de sa contestation qui permet d'aboutir à une audience du juge des libertés et de la détention lors de laquelle s'ouvrira un débat de débat contradictoire à propos de la connaissance du dossier d'enquête.

Il ne s'agit pas d'assimiler le juge des libertés et de la détention à la chambre de l'instruction mais de faire acter devant lui des réserves quant à la nullité de certains actes pour évincer l'éventuel reproche – de mauvaise foi – de l'inertie du bâtonnier face à la saisie.

159 Enfin, est inopérant l'argument de certains juges tentés de reprocher au bâtonnier ou à son délégué de contester la saisie de documents officiels sans rapport avec la profession d'avocat, appartenant, par exemple, à un ancien fonctionnaire devenu fraîchement avocat au motif que le secret professionnel ne peut en aucun cas s'appliquer à l'activité passée, antérieure à l'inscription au tableau.

160 Certes ! Mais la contestation s'imposera quand même car dans chaque cas, en pratique, outre le domicile, c'est toujours le cabinet d'avocat qui est systématiquement perquisitionné si bien que, par-delà la saisie de pièces officielles, le secret professionnel est malmené, ne serait-ce que par la lecture par les juges des dossiers s'y trouvant, y compris de ceux sans rapport avec l'infraction poursuivie.

La contestation se justifiera de plus fort au nom de l'exercice des droits de la défense, malmené lui aussi comme le secret.

La simple énumération de raisons plausibles dans la décision de perquisition

161 Pour la chambre criminelle, il suffit que le magistrat énumère de manière détaillée et précise la nature des infractions objets de l'instruction et les raisons justifiant la perquisition.

PROJET DE RÉFORME

Une perquisition en cabinet d'avocat ne devrait pouvoir être effectuée que pour autant qu'existent des indices graves ou concordants antérieurs à la décision du magistrat de perquisitionner, de la participation de l'avocat à une infraction ainsi que le juge la CEDH, et la saisie possible autant que les documents papiers ou informatiques contiennent en eux-mêmes ces indices.

162 Le bâtonnier ne connaît jamais ni le nom, ni les références, ni les coordonnées de l'avocat concerné préalablement à la perquisition (contrairement à la matière du placement de l'avocat sur écoutes téléphoniques, d'ailleurs fréquemment notifiées avec retard au bâtonnier) – sauf exception, lorsque le magistrat instructeur décide de révéler le nom de l'avocat, antérieurement à la perquisition, ce qui est arrivé deux fois en six ans.

163 Il n'en prend connaissance qu'au début de la perquisition avec la lecture de la décision de perquisition. Il suffit qu'il résulte de la seule rédaction de l'ordonnance

l'existence d'indices plausibles de participation de l'avocat à la commission de l'infraction pour que les raisons et l'objet des perquisitions soient déterminés.

164 En effet, au premier chef, pour la chambre criminelle de la Cour de cassation⁽¹⁾, point n'est besoin pour le magistrat (juge d'instruction) qui perquisitionne de mettre en examen préalablement l'avocat perquisitionné, car le constat de simples raisons plausibles décrites de manière banale dans l'ordonnance de perquisition, simple acte d'administration judiciaire insusceptible de recours, « acte en forme juridictionnelle qui n'a pas de caractère juridictionnel », suffit à valider cette mesure intrusive, aussi coercitive et privative de liberté en fait qu'une garde à vue (certaines perquisitions sont aussi le lieu de véritables « interrogatoires » avant la lettre) :

« Attendu que, pour dire régulière la décision du juge d'instruction de procéder à des perquisitions au domicile et au cabinet de M. X..., l'arrêt énonce que dans sa décision d'effectuer ces actes d'instruction, le magistrat a énuméré de manière très détaillée et précise la nature des infractions sur lesquelles portaient les investigations ainsi que les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, M. X... paraissant être intervenu dans le montage des dossiers litigieux ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, desquelles il résulte qu'il existait des indices plausibles de participation de l'avocat à des infractions et que les raisons et l'objet des perquisitions étaient déterminés, la chambre de l'instruction a justifié sa décision. »

165 La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé par son arrêt précité du 25 juin 2013 que le juge d'instruction a la faculté de ne mettre en examen l'avocat qu'après s'être éclairé, notamment en faisant procéder à son audition en qualité de témoin sur sa participation aux agissements incriminés, dans des conditions susceptibles d'établir sa responsabilité pénale.

¹⁾ Cass. crim., 25 juin 2013, n° 12-88021.

La restriction de la prise de connaissance des documents au bâtonnier et au magistrat

166 Seuls le bâtonnier, ou son délégué, et le magistrat ont le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents, objets, et données dématérialisées se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie, à l'exclusion des enquêteurs qui, pourtant, font l'enquête.

167 Les enquêteurs sont totalement exclus des opérations de recherche et de saisie des objets et documents et de tous indices au domicile et en cabinet d'avocat.

Leur présence est passive. Ils ne peuvent et ne doivent ni fouiller ni interroger (ce qui pour eux est un exercice impossible).

Ils sont en état de fossilisation procédurale momentanée (ils doivent faire preuve d'une patience à toute épreuve et subir la contestation du bâtonnier ou de son délégué alors que leur premier mouvement instinctif, est de vouloir saisir et interroger la personne perquisitionnée).

168 Doit être contestée la prise de photographies par les enquêteurs, par exemple, des meubles meublants du domicile personnel d'un avocat. En effet, dans les cas de poursuites des chefs de corruption et de blanchiment de ce délit, une telle démarche reviendrait à réaliser une « saisie photographique » d'éléments de nature à intéresser l'enquête. L'article 56-1 du Code de procédure pénale ne prévoit nullement cette possibilité, qu'il n'interdit pas non plus.

Aussi, pour respecter la lettre et l'esprit de ce texte, le délégué du bâtonnier devra exiger des enquêteurs qui, sur commission du juge, photographient, qu'ils impriment sur place les photographies réalisées ainsi que leur placement sous scellés fermés au cas par cas, par une appréciation des intérêts en cause.

169 La contradiction sur le rôle de l'officier de police judiciaire se renforce dans la mesure où, dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, il ne peut en aucun cas consulter ou prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie alors que, dans le cas de l'application des dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales, aucune interdiction n'est faite à l'officier de police judiciaire de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets, bien au contraire, ce dernier étant expressément chargé de veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense.

En matière non judiciaire, le rôle de l'officier de police judiciaire, qui est aussi de représenter le juge des libertés et de la détention, est certes actif mais généralement taisant, sauf rares exceptions.

Au contraire, en matière judiciaire, alors que les enquêteurs ne peuvent consulter les documents – consultation réservée au magistrat ou au délégué du bâtonnier –, ces derniers sont passifs avec la volonté d'être actifs...

170 Lorsque les juges perquisitionnent à plusieurs et précisément à deux endroits différents du domicile ou du cabinet, le délégué du bâtonnier sollicitera du confrère perquisitionné qu'il se positionne à un endroit précis aux côtés de l'un des juges, en lui demandant de se taire sur le fond du dossier car il ne saurait être entendu hors la présence de son avocat.

EXIGENCE PRATIQUE

Il est recommandé de débarrasser le cabinet de ses archives qui ne sont plus d'utilité au plan légal, lorsque, notamment, le délai de prescription de l'action en responsabilité professionnelle de l'avocat est acquis.

En pratique, les enquêteurs, qu'il s'agisse de ceux de la brigade financière ou des officiers fiscaux judiciaires (OFJ) lorsque l'administration fiscale est partie civile ou des officiers douaniers judiciaires (ODJ), souhaitent systématiquement consulter les éléments dont la saisie est envisagée, pour la simple raison qu'ils sont en charge de l'enquête.

Le bâtonnier ou son délégué doit s'opposer de manière aussi catégorique que courtoise à une telle dérive compte tenu de la mission de contrôle du juge des libertés et de la détention.

Le bâtonnier doit veiller à ce que les scellés fermés fassent l'objet d'un procès-verbal distinct du procès-verbal de perquisition concernant les scellés ouverts. Les pièces sous scellés fermés ne doivent être mentionnées que sur le procès-verbal de scellés fermés et non au procès-verbal de perquisition ou de scellés ouverts car si le JLD donne raison au bâtonnier, ces documents devront être restitués à l'avocat perquisitionné avec cancellation de toute référence.

Pour le cas où un désaccord opposerait le bâtonnier au juge saisissant sur ces points, le bâtonnier devra refuser de signer les procès-verbaux, en y mentionnant « *refus de signer* » avec le motif du refus.

Il est rappelé que le bâtonnier doit signer ces procès-verbaux et en assurer une lecture vigilante avant signature et ne pas hésiter à faire noter toutes ces observations et remarques auprès du greffier dont c'est le rôle et ce, sans subir aucune pression psychologique de quiconque.

L'exigence d'un lien de causalité direct entre la saisie et la nature de l'infraction poursuivie

171 La perquisition incidente est prohibée. À peine de nullité des articles 56-1, alinéa 1, et 59, alinéa 2, du Code de procédure pénale, la saisie ne peut concerner que des documents, objets, ou données dématérialisées en rapport avec la nature de l'infraction poursuivie. Le délégué du bâtonnier doit faire preuve d'une vigilance particulière sur ce point, qui suppose de sa part une connaissance de la procédure pénale, dans la mesure où son rôle consiste à contester la saisie s'il l'estime irrégulière.

172 Il doit donc contester la saisie de documents qui ne sont pas en rapport direct avec l'infraction mentionnée dans l'ordonnance de perquisition. Cette exigence est à peine de nullité. Prenons l'exemple d'un juge d'instruction agissant sur commission rogatoire internationale d'un juge étranger, sur des poursuites ouvertes du chef de corruption, et qui entreprendrait de saisir des pièces relatives à une autre infraction non mentionnée dans l'ordonnance de perquisition, par exemple, de blanchiment. Dans cette hypothèse, le délégué du bâtonnier devra contester, ne serait-ce que pour ouvrir un débat contradictoire – certes à caractère embryonnaire –, devant le juge des libertés et de la détention. Cette contestation se fera au nom de l'exercice des droits de la défense.

SECTION I L'exigence du lien de causalité directe

173 Par arrêt rendu le 25 juin 2013 (précité), la chambre criminelle a jugé que : « *Attendu que, pour rejeter le moyen de nullité pris de ce que certains documents saisis étaient sans rapport avec l'objet de l'information, l'arrêt énonce que le bâtonnier ne s'est opposé qu'à la saisie de trois objets, à savoir, l'ordinateur portable de M. Y..., l'ordinateur portable de M. X... et un disque externe ; que les juges ajoutent qu'en ce qui concerne l'agenda Oxford et le cahier de prise de notes saisis, aucune disposition légale n'interdit péremptoirement une telle mesure si des éléments qu'ils contiennent peuvent intéresser l'information ;*

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans répondre au mémoire du mis en examen qui faisait notamment valoir qu'un document saisi était une note relative à sa propre défense, que l'agenda saisi contenait des informations sur des clients non concernés par la procédure et qui contestait la saisie de certains autres documents comme étant sans rapport avec l'objet de l'information, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision. »

174 Mais cette solution ne règle pas la question de l'étendue de la saisie informatique qui emporte par définition au plan technique la saisie de données couvertes par le secret et nécessairement sans rapport avec la nature de l'infraction poursuivie, si bien que la saisie générale sans discernement d'éléments couverts par le secret professionnel sans rapport avec la nature de l'infraction est dès lors susceptible d'être entachée de nullité : « *Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher si les pièces et supports informatiques dont la saisie était contestée par la société étaient ou non couverts par le secret professionnel entre un avocat et son client, et sans annuler la saisie de correspondances dont il a constaté qu'elles relevaient de la protection de ce secret et alors enfin que la violation dudit secret intervient dès que le document est saisi par les enquêteurs, le premier président a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ;*

Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans prononcer l'annulation de la saisie des documents dont il constatait qu'ils relevaient de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client et des droits de la défense, le premier président a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé. »⁽¹⁾

La saisie informatique est ainsi nécessairement sécable.

¹⁾ Cass. crim., 24 avr. 2013, n°s 12-80331, 12-80332 et 12-80336.

175 Cependant, par un arrêt récent rendu le 27 novembre 2013⁽¹⁾, au visa notamment des articles 6 et 8-1 de la Convention et L. 450-4 du Code de commerce, en matière de perquisitions de l'Autorité de la concurrence, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu une solution inverse et décidé que la présence de pièces insaisissables ne pouvait invalider la saisie d'autres documents dans les termes suivants : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que ces fichiers informatiques étaient susceptibles de contenir des éléments intéressant l'enquête, et dès lors que la présence, parmi eux, de pièces insaisissables ne saurait avoir pour effet d'invalider la saisie de tous les autres documents, le juge a justifié sa décision sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées. »*

SECTION II La désignation d'une mesure d'expertise par le juge des libertés et de la détention

176 Pour la chambre criminelle (arrêt du 25 juin 2013 précité), c'est au juge des libertés et de la détention, et à lui seul, que revient la décision de désigner une mesure d'expertise pour investiguer sur les éléments dématérialisés placés sous scellés fermés par le juge d'instruction lors de la perquisition sur la contestation du bâtonnier ou de son délégué à la suite d'un débat où il sera discuté des mots clés comme moteurs de recherches à intégrer dans la mission de l'expert : « *Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au juge des libertés et de la détention, fût-ce en recourant lui-même à la mesure technique envisagée, de prendre personnellement connaissance des documents saisis et de décider s'ils devaient être restitués ou versés dans le dossier de la procédure, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé. »*

177 Pour ce qui concerne la saisie informatique, devant le juge des libertés et de la détention, il appartiendra au délégué du bâtonnier de solliciter la désignation d'un expert avec une mission précise relative au respect du secret professionnel.

Il appartiendra au juge des libertés et de la détention de bien intégrer dans la mission de l'expert la formule suivante : « *En toute chose, respecter la confidentialité des documents notamment le secret des affaires, le secret des correspondances d'avocats et le secret de la vie privée. »*

Il conviendra de spécifier que la mission de l'expert ne pourra concerner les dossiers couverts par le secret professionnel sans aucun rapport avec l'enquête. L'expert travail-

¹⁾ Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-85830.

lera sur la copie du disque dur. Il appartiendra à l'expert de déposer un rapport en faisant la part des données couvertes par le secret professionnel de celles qui ne le sont pas.

Il n'existe pas d'autre solution que de s'en remettre à l'intégrité de l'expert lors de ces opérations.

178 Il est arrivé que le juge des libertés et de la détention, dans le souci de respecter le contradictoire, dans le cadre de la désignation d'une mesure d'expertise, renonce à ouvrir des scellés fermés contenant les documents papier saisis et contestés, et décide de reporter leur ouverture au dépôt du rapport de l'expert à propos de la saisie informatique.

Ainsi, l'avocat perquisitionné n'est plus exposé à subir la pression du juge saisissant compte tenu du placement sous scellés fermés des pièces considérées comme « à conviction », dont le juge saisissant se trouve momentanément privé.

Le débat devant le juge des libertés et de la détention est donc susceptible de permettre de dédramatiser le dossier.

Il faut bien sûr se féliciter de cette démonstration de loyauté du juge des libertés et de la détention.

179 Par une ordonnance rendue le 21 janvier 2014, le juge des libertés et de la détention constatant être dans l'impossibilité matérielle de prendre connaissance directement des documents contenus dans la copie des disques durs placés sous scellés fermés a décidé de désigner avant dire droit une expertise avec une mission établie à partir d'une liste de mots clés, consistant notamment à procéder exclusivement à l'édition papier des documents concernés, sans possibilité d'interprétation des documents sélectionnés par mots clés.

Il est désormais acquis qu'il revient au seul juge des libertés et de la détention de désigner un expert.

180 Une précision : l'expert devra déposer un rapport et le juge des libertés et de la détention convoquera de nouveau les parties prenantes lors d'une nouvelle audience, parfois éloignée de plusieurs mois de la perquisition.

181 Si par extraordinaire, l'avocat anciennement perquisitionné était entre-temps mis en examen, le délégué du bâtonnier devra veiller à ce qu'il ne soit pas traité en « mis en examen » lors de cette nouvelle audience car il s'agira de discuter, en présence de l'expert, de pièces saisies à une époque où il ne l'était pas.

Ainsi, le juge des libertés et de la détention devra être invité, comme le juge saisissant et le parquet, à ne pas faire état des éléments du dossier pénal recueillis après la perquisition mais uniquement de ceux antérieurs et contemporains de la perquisition, et à se replacer dans le contexte précédant l'exécution de cette mesure.

Loyauté du débat oblige à... remonter dans le temps... judiciaire, en l'occurrence.

La saisie informatique

182 En pratique, une vigilance accrue s'impose au bâtonnier ou son délégué à propos de la saisie informatique.

Quel que soit le régime de la visite domiciliaire ou perquisition, force est de constater qu'en réalité, ces mesures coercitives concernent essentiellement le matériel informatique.

183 En matière judiciaire, le magistrat instructeur sera souvent accompagné de techniciens spécialisés en informatique de la BEFTI (Brigade d'enquête sur les fraudes aux technologies de l'information) ou de l'IRCGN (Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale).

184 En cabinet d'avocat, il arrive que les ordinateurs soient en réseau. Aussi, la perquisition au plan informatique est-elle susceptible d'entraîner la paralysie du cabinet puisque le réseau dans son ensemble sera atteint en fait.

En effet, les enquêteurs, experts en informatique commis par le juge, sont susceptibles d'effectuer leurs opérations par balayage et mots clés.

Un mot clé est susceptible de renvoyer à une multitude de documents et dossiers logés en informatique, y compris ceux n'intéressant aucunement l'enquête.

Les dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne sont plus respectées puisque, selon le texte, seuls le magistrat ou le bâtonnier peuvent consulter les documents.

Il y a ainsi matière à faire réserver une cause de nullité.

185 Mais les contraintes liées à la recherche informatique imposent trop souvent que ce soient les techniciens présents sur place qui procèdent aux opérations de balayage par mots clés, munis d'un logiciel spécifique, ce qui suppose de démonter le disque dur, de le copier pour éviter de détériorer l'original et de procéder aux opérations de balayage sur place.

Il arrive aussi que le magistrat qui perquisitionne décide de copier le contenu du téléphone portable de l'avocat. Dans cette hypothèse, il appartiendra au délégué du

bâtonnier de faire noter des réserves au procès-verbal de perquisition en indiquant que les opérations de copie, qui généralement durent plusieurs heures (trois à quatre heures en pratique), portent atteinte au libre fonctionnement du cabinet.

Il arrive que le juge d'instruction procède de lui-même à cette recherche en imprimant simplement les documents qui l'intéressent.

186 Dans tous les cas, le bâtonnier doit être constamment présent pour surveiller ces opérations et ne doit jamais céder aux demandes des juges ou des enquêteurs de réaliser eux-mêmes, sans le concours d'un expert désigné par le juge des libertés et de la détention, les opérations d'investigation dans les ordinateurs.

Ces opérations relatives à la saisie d'éléments dématérialisés supposent une présence et un dialogue permanent avec les informaticiens du cabinet perquisitionné, dont la présence est fondamentale.

À plus forte raison lorsque les serveurs du cabinet sont logés à l'étranger et que s'impose la nécessité d'un rapatriement de l'information dématérialisée, par exemple dans le cas où celle-ci a été archivée et doit être transférée par courriel en France.

Il s'agit d'opérations délicates, parfois d'une longueur exceptionnelle, qui impliquent une patience exemplaire.

187 Mérite de nouveau une attention particulière l'arrêt rendu le 14 novembre 2013⁽¹⁾ par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, en matière de droit de la concurrence, au visa des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce, à propos d'une saisie globale de données informatiques lors d'une opération de visite et de saisie par l'Administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en vue de recherche de preuves de pratiques anticoncurrentielles, retient : « *Que d'une part, il résulte des énonciations de l'ordonnance que les fichiers saisis ont été identifiés, puis inventoriés, et que les sociétés demanderesse, qui en ont reçu copie et ont ainsi été mises en mesure d'en connaître le contenu, n'ont formulé aucune observation au moment où les opérations ont été effectuées et n'ont invoqué, devant le premier président, aucun élément de nature à établir que certains des documents ne pouvaient, en raison de leur objet, être saisis ;*

Que, d'autre part, le premier président a souverainement constaté que les pièces appréhendées n'étaient pas étrangères au but de l'autorisation accordée ;

Qu'enfin, la confection de scellés provisoires est une faculté laissée à l'appréciation des enquêteurs, agissant sous le contrôle du juge. »

Ainsi, il faut retenir essentiellement de cet arrêt la nécessité de formuler des observations et d'organiser toutes contestations à propos des saisies, d'une manière générale.

¹⁾ Cass. crim., 14 nov. 2013, n° 12-87346. *Daloz Actualité*, 27 nov. 2013.

SECTION I La protection du lieu de stockage des données confidentielles externalisées

188 Précisions sur la protection du secret professionnel et sur le régime des perquisitions dans les hypothèses d'externalisation des prestations informatiques par les avocats (*cloud computing*).

189 Est posée la question du secret professionnel de l'avocat lors des perquisitions dans le cas du recours par les avocats à des prestations informatiques externalisées telles que précisément en « *cloud computing* ».

Le « *cloud computing* » consiste à recourir à des prestataires de services aux fins d'externalisation des traitements des données soit en mode de sauvegarde, soit en mode de production (ex. : traitement de texte, gestion d'agenda, contacts, base clients, etc.), soit les deux (rien de limitatif).

190 Les avocats sont susceptibles de se heurter à deux types de difficultés.

La première concerne la protection par nos règles d'ordre public régissant le secret professionnel des données dans leur ensemble externalisées chez un prestataire, notamment en « *cloud computing* », c'est-à-dire dans un lieu physiquement distinct du cabinet d'avocat, soit en France, soit hors de France, soit hors de la Communauté européenne.

SECTION II Les perquisitions informatiques à distance

191 La deuxième difficulté concerne le régime des perquisitions informatiques à distance.

Il est indispensable de légiférer sur la question du transfert des données dans un lieu autre que le cabinet d'avocat et d'inscrire dans la loi que la protection du secret professionnel s'applique dans ce cas.

192 À titre d'exemple, le législateur a d'ores et déjà par le passé soumis des prestataires informatiques au secret professionnel.

Tel est précisément le cas dans le domaine de la santé : l'article R. 1111-12 du Code de la santé publique contraint le prestataire hébergeur de prendre des dispositions pour

assurer la sécurité des données et la garantie des secrets protégés par la loi. Le prestataire est tenu de veiller au respect du secret professionnel (décret n° 2006-6 du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel et modifiant le Code de la santé publique).

Article R. 1111-12 du Code de la santé publique : « *Le dossier de demande d'agrément comprend les éléments suivants :*

1° *L'identité et l'adresse du responsable du service d'hébergement et, le cas échéant, de son représentant ; pour les personnes morales, les statuts sont produits ;*

2° *Les noms, fonctions et qualifications des opérateurs chargés de mettre en œuvre le service, ainsi que les catégories de personnes qui, en raison de leurs fonctions ou pour les besoins du service, ont accès aux données hébergées ;*

3° *L'indication des lieux dans lesquels sera réalisé l'hébergement ;*

4° *Une description du service proposé ;*

5° *Les modèles de contrats devant être conclus, en application du 2^e alinéa de l'article L. 1111-8, entre l'hébergeur de données de santé et les personnes physiques ou morales qui sont à l'origine du dépôt des données de santé à caractère personnel ; ces modèles sont établis conformément aux dispositions de l'article R. 1111-13 ;*

6° *Les dispositions prises pour assurer la sécurité des données et la garantie des secrets protégés par la loi, notamment la présentation de la politique de confidentialité et de sécurité prévue au 2° de l'article R. 1111-9 ;*

7° *Le cas échéant, l'indication du recours à des prestataires techniques externes et les contrats conclus avec eux ;*

8° *Un document présentant les comptes prévisionnels de l'activité d'hébergement et, éventuellement, les trois derniers bilans et la composition de l'actionnariat du demandeur, ainsi que, dans le cas d'une demande de renouvellement, les comptes de résultat et bilans liés à cette activité d'hébergement depuis le dernier agrément.*

L'hébergeur déjà agréé informe sans délai le ministre chargé de la Santé de tout changement affectant les informations mentionnées ci-dessus et de toute interruption, temporaire ou définitive, de son activité. »

193 En l'état, il semble que nous nous heurtions à un vide juridique qui constitue un risque majeur pour tous les cabinets d'avocats qui ont recours à de tels traitements.

L'enjeu est d'autant plus grand que les données du cabinet d'avocat sont susceptibles, chez le prestataire, d'être mutualisées au sein des mêmes moyens techniques que ceux d'une agence immobilière, d'une grande surface...

PROJET DE RÉFORME

Aussi, il faut inscrire dans la loi que le secret professionnel d'ordre public s'applique impérativement aux données transférées du cabinet d'avocat quels que soient les moyens et le lieu du traitement, y compris dans l'hypothèse où la convention de prestations de services ne mentionne pas l'obligation au respect du secret professionnel.

SECTION III L'atteinte aux droits de la défense par l'« interception » et la « captation » de correspondances électroniques

194 S'agissant de la deuxième difficulté, nous tenons à rappeler que la loi du 14 mars 2011⁽¹⁾ permet aux officiers et agents de police judiciaire agissant sur commission rogatoire dans le domaine de la criminalité organisée de mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données ou telles qu'il les y introduit par saisie de caractères.

195 Article 706-102-1 du Code de procédure pénale : « *Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données ou telles qu'il les y introduit par saisie de caractères. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. »*

¹⁾ Loi du 14 mars 2011, n° 2011-267.

196 Cependant, la mise en place de ce dispositif technique ne peut concerner les systèmes automatisés de traitement des données se trouvant dans les lieux visés notamment aux articles 56-1 (cabinet et domicile avocat) ni être réalisée dans le véhicule d'un avocat.

Article 706-102-5 du Code de procédure pénale: « *En vue de mettre en place le dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1, le juge d'instruction peut autoriser l'introduction dans un véhicule ou dans un lieu privé, y compris hors des heures prévues à l'article 59, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur celui-ci. S'il s'agit d'un lieu d'habitation et que l'opération doit intervenir hors des heures prévues à l'article 59, cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction.*

Ces opérations, qui ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif technique, sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. Le présent alinéa est également applicable aux opérations ayant pour objet la désinstallation du dispositif technique ayant été mis en place.

En vue de mettre en place le dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1, le juge d'instruction peut également autoriser la transmission par un réseau de communications électroniques de ce dispositif. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. Le présent alinéa est également applicable aux opérations ayant pour objet la désinstallation du dispositif technique ayant été mis en place.

La mise en place du dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1 ne peut concerner les systèmes automatisés de traitement des données se trouvant dans les lieux visés aux articles 56-1, 56-2 et 56-3 ni être réalisée dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes visées à l'article 100-7. »

197 Ainsi, doit être, à notre avis, radicalement prohibée la perquisition à distance de l'ordinateur de l'avocat contenu à son cabinet ou à son domicile.

Un magistrat instructeur qui entreprendrait d'informer le bâtonnier de ce qu'il envisage d'intercepter les courriels d'un avocat en organisant délibérément une confusion entre l'interception d'une ligne téléphonique et la captation de données informatiques, commettrait une violation de la loi et s'exposerait au risque d'une annulation de cette mesure intrusive illicite.

198 En effet, une telle démarche, condamnable à tous égards, reviendrait à contourner le dispositif protecteur de l'article 56-1 du Code de procédure pénale. En effet, les articles 100 et 100-7 du Code de procédure pénale prévoient l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications, à savoir les conversations téléphoniques, les télécopies.

Certes, le Code des postes et des communications électroniques régit les communications électroniques, donc l'échange de courriels, si bien qu'une analyse rapide des textes pourrait permettre de conclure à l'interception de courriels parce qu'ils constituent des communications électroniques échangées par la voie des télécommunications.

Insistons sur ce point sur l'arrêt précité rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 22 octobre 2013 (n° 13-81.945) qui retient que « *pour rejeter le moyen de nullité pris de l'irrégularité, au regard des dispositions de l'article 34-1, VI, du Code des postes et télécommunications électroniques, des réquisitions délivrées aux fins d'obtenir des renseignements relatifs à des adresses électroniques en ce qu'il était demandé également aux détenteurs des données de fournir le contenu des messages envoyés et reçus, l'arrêt retient que, selon les mentions des procès-verbaux, et en l'absence de transcription d'un quelconque message en procédure, ce contenu n'a pas été porté à la connaissance des enquêteurs ; que les juges ajoutent qu'ainsi, il n'a pas été porté atteinte ni à la vie privée, ni au secret des correspondances à l'égard de M. X... Attendu qu'en statuant de la sorte et dès lors que l'irrégularité invoquée n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, la chambre de l'instruction a justifié sa décision.*

En effet, le texte de l'article 34-1 VI du Code des postes et télécommunications électroniques prévoit que « *les données permettant de localiser l'équipement terminal de l'utilisateur (...) ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications* » et ce dans l'hypothèse de la délivrance d'une réquisition dans le cadre « *d'une enquête judiciaire* ».

199 À notre avis, l'interception de courriels reviendrait en fait également à accéder à des données informatiques qui s'affichent sur un écran et devrait être prohibée au visa de l'article 706-102-5 du Code de procédure pénale. En effet, le courriel obéit à un régime particulier puisque, par définition, la captation d'un courriel permet d'en capter toute la lignée.

En outre, l'article 706-102-1 du Code de procédure pénale évoque « *l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données* » (STAD). Or, il n'existe aucune définition précise du STAD, qui peut s'appliquer indifféremment au réseau France Telecom, au réseau carte bancaire, à un disque dur, à un radiotéléphone, à un ordinateur isolé ou en réseau, à un ordinateur portable, à un téléphone portable, à un serveur...

200 En conclusion, les textes doivent être clarifiés mais il est certain que la correspondance téléphonique ne peut s'entendre que de la conversation au téléphone et de la communication des télécopies.

Doivent faire exception les courriels et les SMS qui, par définition, constituent des « *données informatiques (...) telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur*

d'un système de traitement automatisé de données ou telles qu'il les y introduit par **saisie de caractères** », si bien que leur saisie à distance chez l'avocat doit être prohibée puisque la loi pénale est d'interprétation stricte.

Bien sûr, une telle hypothèse d'intrusion par un magistrat instructeur ne s'est jamais réalisée en pratique...

201 Rappelons pour mémoire les dispositions de l'article 100 du Code de procédure pénale : « *En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.*

La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. »

202 Et celles de l'article 100-7 du Code de procédure pénale : « *Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction.*

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité. »

203 Toutefois, l'article 706-102-1 du Code de procédure pénale permet aux enquêteurs de mettre en place un dispositif technique pour accéder « *en tous lieux* ».

Or, le lieu d'un prestataire de traitement de données, notamment en « *cloud computing* », qui détiendrait des informations externalisées par le cabinet d'avocats ne bénéficie d'aucune protection en droit positif au plan du respect du secret professionnel puisque seul le cabinet d'avocat est protégé en tant que tel.

Il est donc nécessaire d'étendre la protection de l'article 56-1 du Code de procédure pénale **aux lieux** d'externalisation du traitement des données.

204 Nous suggérons également que l'avocat déclare à son Ordre le recours à des prestataires informatiques pour le traitement des données du cabinet d'avocats, notamment en « *cloud computing* ».

205 Enfin, la protection du secret professionnel doit également s'appliquer lorsqu'une perquisition a lieu au plan informatique dans les locaux du client de l'avocat,

si bien que doit être inscrit dans la loi que de telles pièces ou données saisies ou bien par un juge ou bien par une autorité administrative doivent être d'office placées sous scellés fermés jusqu'à ce que la contestation soit tranchée par le juge de la liberté et de la détention.

En sens contraire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a validé la saisie chez un tiers non avocat de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat⁽¹⁾.

¹⁾ Cass. crim., 17 déc. 2013, n° 13-85717.

Le respect du libre exercice de la profession d'avocat par le magistrat

206 Le magistrat qui effectue la perquisition doit veiller – il s'agit d'une obligation à peine de nullité de l'article 59, alinéa 2, du Code de procédure pénale – à ce que les investigations conduites « ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat ».

207 Par son arrêt du 25 juin 2013 précité, la chambre criminelle a jugé que : « Attendu qu'il résulte de ce texte que, d'une part, le magistrat qui effectue une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile doit veiller à ne pas porter atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et que, d'autre part, le juge des libertés et de la détention ne peut qu'ordonner la restitution immédiate des documents pour lesquels il estime qu'il n'y a pas lieu à saisie, ou, dans le cas contraire, ordonner le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. »

208 En pratique, la perquisition porte toujours atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, qui est empêché de travailler, de recevoir ses clients, de prendre ses appels téléphoniques lorsque le juge d'instruction manipule son téléphone portable.

Prenons l'exemple de la retenue en fait par le magistrat du téléphone portable pour en consulter les numéros, l'avocat en étant privé au cours de la perquisition.

EXIGENCE PRATIQUE

Le bâtonnier devra tenir en échec le discours du magistrat qui menace de saisir le téléphone portable s'il ne peut le retenir pour une durée qu'il souhaite pour le consulter, et ce en faisant des réserves au procès-verbal de perquisition et au procès-verbal de scellés fermés.

Il en est de même au plan de la saisie informatique qui empêche le libre fonctionnement du cabinet et qui doit engendrer des réserves identiques au procès-verbal de perquisition et de scellés fermés.

Chapitre 11

La perquisition à l'ancien cabinet d'avocat hors la présence de l'avocat mis en examen concerné

209 De même, lorsque la perquisition a lieu, par exemple, dans l'ancien cabinet d'un avocat qui a conservé dans ses archives informatiques des éléments susceptibles d'intéresser l'enquête, il appartient au bâtonnier de contester avec force ce détournement de procédure.

L'avocat déjà mis en examen intéressé par la perquisition et dont seul le cabinet « dématérialisé » est perquisitionné – logé géographiquement dans un autre cabinet d'avocats – est en effet empêché de participer par la force des choses à la contestation et se trouve privé de l'audience du juge des libertés et de la détention.

210 Les dispositions de l'article 96 du Code de procédure pénale prévoient que : « Si la perquisition a lieu dans un domicile autre que celui de la personne mise en examen, la personne chez laquelle elle doit s'effectuer est invitée à y assister. Si cette personne est absente ou refuse d'y assister, la perquisition a lieu en présence de deux de ses parents ou alliés présents sur les lieux ou, à défaut, en présence de deux témoins. Le juge d'instruction doit se conformer aux dispositions des articles 57 (alinéa 2) et 59.

Toutefois, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Les dispositions des articles 56 et 56-1 à 56-4 sont applicables aux perquisitions effectuées par le juge d'instruction. »

211 Se pose donc la question de savoir si le bâtonnier doit avertir son confrère – qui n'est pas convié par le juge à y participer – de la perquisition et/ou de l'audience du juge des libertés et de la détention au nom de l'exercice des droits de la défense qui constitue un fait justificatif de la violation du secret professionnel.

En effet, en pratique il est arrivé que le juge d'instruction intime au bâtonnier, au mépris du respect de toutes les règles procédurales et de courtoisie, de ne rien révéler au confrère indirectement perquisitionné à son ancien cabinet, déjà mis en examen et défendu par un conseil, si bien que ce confrère concerné se trouve empêché de participer sur place à la contestation du bâtonnier.

Il appartient au bâtonnier d'émettre des réserves quant à la violation des droits de la défense au procès-verbal de perquisition et au procès-verbal de placement sous scellés fermés, ainsi que lors de l'audience du juge des libertés et de la détention, en début d'audience et au cours de l'audience, pour chacune des pièces examinées.

212 Le bâtonnier, qui n'a de leçon à recevoir de quiconque – même s'il doit aux magistrats « *de justes égards* »⁽¹⁾ –, doit faire preuve de la plus grande fermeté et de la plus grande prudence à l'égard de celui qui s'institue « *donneur d'ordres* » car il pourrait – de la manière la plus injuste et irrégulière qui soit – être éventuellement exposé à l'application des dispositions de l'article 434-7-2 du Code pénal : « *Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du Code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.*

Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

213 En effet, certains juges d'instruction, fort peu nombreux, ont parfois un comportement aussi irascible qu'imprévisible et sont susceptibles de trouver par ce biais le moyen d'éliminer un bâtonnier ou un délégué trop contestataire.

Il appartiendra ultérieurement à l'avocat déjà mis en examen et perquisitionné à son insu de déposer une requête en nullité en mettant en exergue la volonté du magistrat instructeur de tenir en échec l'exercice des droits de la défense.

1) Jean Lemaire, *op. cit.*, n° 365.

ANECDOTE

Un juge d'instruction a mis en garde un bâtonnier de ne rien révéler à l'avocat déjà mis en examen et perquisitionné à son ancien cabinet. Dans ce cas, des réserves s'imposent avec la plus grande fermeté quant à la violation délibérée de l'exercice des droits de la défense, que le juge doit d'ailleurs faire respecter (CPP, art. 96, al. 3).

Le juge des libertés et de la détention, juge du secret ou de la « culpabilité » : Docteur Jekyll et Mister Hyde ?

214 « *Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus.* »⁽¹⁾

Devant le juge des libertés et de la détention, le débat est nécessairement tronqué. Un seul d'entre eux – magistrat remarquable – a rappelé dans son ordonnance, au cours de ces six années, que le principe de la présomption d'innocence profitait aussi... aux avocats.

215 Le « *juge de l'enquête* » existerait de « *manière embryonnaire chez le juge des libertés et de la détention* », selon certains magistrats.

Certes ! Mais pour autant que le juge des libertés et de la détention, juge du siège, prenne la mesure de son autorité et de son indépendance à l'égard de toutes les personnes présentes devant lui lors de l'audience sur la contestation.

216 Comme l'a justement et éloquemment invoqué le procureur général près la Cour de cassation, Jean-Louis Nadal, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire de la Cour de cassation du 7 janvier 2011 à propos de « *l'indépendance de la justice* », par des mots qui concernent tous les acteurs du monde judiciaire, magistrats

¹⁾ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XII, chap. II.

du siège et du parquet, avocats⁽¹⁾ : « L'indépendance, sera (...) quelque chose de plus que la liberté, la liberté perfectionnée. Car être indépendant, c'est savoir défendre son opinion, sa croyance et ses actes contre les attaques du dehors, contre tous ceux qui, sans en avoir le droit, font effort sur notre volonté pour nous imposer la leur ; en un mot, c'est savoir être soi, dans la pureté de sa conscience et de sa conviction... »

Formule admirable qui méritait d'être soulignée précisément à propos du rôle du juge des libertés et de la détention, magistrat du siège.

217 Le juge des libertés et de la détention, ce juge du siège, qui, en effet, doit dans chaque cas faire la démonstration de son autorité et de son indépendance à l'égard des plaideurs sur leurs actes devant lui que sont les juges saisissants face au bâtonnier rugissant, seul compétent pour trancher la question de l'application ou non de l'opposabilité notamment du secret professionnel, des droits de la défense et de tout type de secret protégé par la loi.

218 L'objectif du bâtonnier ou de son délégué, n'est pas de « gagner » à tout prix devant le juge des libertés et de la détention pour obtenir une restitution des éléments contestés mais, avant tout, de permettre par sa contestation de complexifier la poursuite autour de deux axes : **faire échapper à la garde à vue les éléments contestés** (qui, placés sous scellés fermés, sont chez le juge des libertés et de la détention), d'une part, **ouvrir « un début de contradictoire »**, pour reprendre l'expression du bâtonnier Jean-Yves Leborgne, dans une procédure inquisitoriale qui se doit d'être « équitable, contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties », d'autre part.

219 En effet, cette audience du juge des libertés et de la détention, essentiellement à charge nonobstant l'élégance du débat, est aussi le lieu d'une discussion qui permet d'obtenir de la part du juge saisissant des informations, malgré lui, lorsqu'il défend la saisie qu'il a pratiquée, déjà par la lecture de l'acte de saisine du juge des libertés et de la détention, généralement rédigé à charge, et ensuite par les propos d'audience.

Rappelons que, comme l'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation, le juge des libertés et de la détention « ne peut refuser de statuer sur la contestation faisant suite à l'opposition du bâtonnier de l'Ordre des avocats à la saisie de documents ou de données informatiques effectuée au cabinet ou au domicile d'un avocat » (Cass. crim., 8 août 2007, n° 07-84.252).

¹⁾ *Le droit de savoir*, La Documentation française, 2011, p. 61.

EXIGENCE PRATIQUE

Avant l'audience, le délégué du bâtonnier doit se faire communiquer la décision de saisine du juge des libertés et de la détention par le magistrat qui poursuit ou par le greffe du juge des libertés et de la détention car ce document constitue un recueil d'un ensemble de charges contre l'avocat perquisitionné.

Pendant l'audience, il doit en outre faire noter par le juge des libertés et de la détention toutes les causes de nullité possibles, soit le non-respect des formalités de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Or, la contestation concerne aussi l'étendue de la saisine du juge et il appartient au délégué du bâtonnier de se faire communiquer la période de prévention (souvent conservée secrète) et de bien vérifier que la saisie n'est pas relative à d'autres infractions non visées dans la décision de perquisitionner – à peine de nullité (56-1, al. 1).

Il arrive que le juge des libertés et de la détention ne se fasse pas remettre le dossier pénal. Comment peut-il alors appréhender les faits sinon sur les seules indications du magistrat ? Il appartient au délégué du bâtonnier de se faire donner acte de cette cause de nullité. Cette remise se fait par la présentation du dossier papier ou par un cédérom, pour autant que le juge des libertés et de la détention puisse le lire dans son cabinet, ce qui n'est pas certain car en fait, il n'en a pas le temps ou ne dispose pas du matériel adéquat.

Lors de l'audience du juge des libertés et de la détention, le bâtonnier devra veiller à ce que chaque pièce placée sous scellé fermé fasse l'objet d'une analyse au cas par cas et que les pièces ne soient pas analysées « en vrac » et ce, quelle que soit la durée de l'audience.

Il devra demander (et obtenir) le départ des assistants spécialisés de l'administration fiscale, soucieux d'assister à l'audience, car leur présence n'est pas prévue par les textes.

De même, il s'opposera avec fermeté à la présence à l'audience – comme non prévue par les textes – des enquêteurs en charge de la garde à vue du confrère (qui se poursuit), également perquisitionné, et dont les déclarations pourraient être interprétées à charge dans le cas inverse.

L'audience fait l'objet d'un procès-verbal (signé ou non par le délégué du bâtonnier et les autres personnes présentes). Le bâtonnier doit faire noter toutes ses observations mais ce procès-verbal équivaut, en pratique, à des notes d'audience qui devront être détruites ou annulées dans l'hypothèse d'une restitution des pièces à l'avocat et conservées pour rejoindre le dossier pénal dans le cas contraire. À la fin de l'audience, il devra relire le « procès-verbal » dressé par le greffier, également intitulé « notes d'audience », et envisager ou non de le signer en

fonction des intérêts en cause et d'exiger des magistrats présents qu'ils le signent également. Il n'existe aucune règle impérative en cette matière à l'égard de toutes les personnes présentes.

En cas de non-restitution, il est habituel que ce procès-verbal de l'audience du juge des libertés et de la détention ne rejoigne pas le dossier pénal d'instruction, ce qui est inadmissible car aucun texte n'interdit cette communication. Cette omission caractérise une atteinte délibérée à l'exercice des droits de la défense. S'il s'agit de notes d'audience, elles doivent être communiquées, sauf la réserve de l'hypothèse de la cancellation après ordonnance favorable de restitution du juge des libertés et de la détention.

Pour éviter cet écueil, le délégué du bâtonnier doit donc veiller, sur place, à faire des observations complètes au procès-verbal de perquisition et de scellés fermés en cours de perquisition et à la fin de la perquisition, en rappelant qu'il se trouve dans l'impossibilité d'apprécier si l'avocat a pu, ou non, participer à la commission d'une infraction faute d'avoir accès au dossier pénal, et que précisément, s'agissant des pièces saisies placées ou non sous scellés fermés, contestées ou non, il se trouve dans l'incapacité de dire si elles contiennent, ou non, l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction ou sont « utiles », ou non, à la recherche de la manifestation de la vérité.

Il peut aussi exiger du juge des libertés et de la détention qu'il reprenne dans le texte de son ordonnance toutes ses observations à propos de chacun des scellés, ce que certains juges des libertés et de la détention acceptent bien volontiers.

220 Le juge des libertés et de la détention est un magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président. Il est désigné par le tribunal de grande instance. Lorsqu'il statue à l'issue d'un débat contradictoire, il est assisté d'un greffier⁽¹⁾.

221 Nous avons vu à propos du statut du parquet que le juge des libertés et de la détention devait autoriser la perquisition, y assister et en être le juge du contrôle, sans oublier que le juge des libertés et de la détention est aussi le juge de la détention provisoire (au cours de ces six dernières années, trois avocats ont été placés en détention provisoire après une perquisition, étant précisé que pour l'un d'eux, poursuivi en matière de fraude fiscale, des instructions précises auraient été données au directeur de la maison d'arrêt pour qu'il ne soit pas placé en cellule individuelle, se retrouvant ainsi logé dans une cellule peuplée de cinq détenus de droit commun).

¹⁾ CPP, art. 137-1.

Le juge des libertés et de la détention se fait remettre par le magistrat qui perquisitionne l'original ou une copie du dossier de la procédure qu'il possède sur son bureau sans le communiquer au délégué du bâtonnier ou à l'avocat du perquisitionné⁽¹⁾.

Il doit statuer dans les cinq jours de la réception des documents ou objets placés sous scellés fermés, soit en pratique à compter de sa saisine par le juge saisissant.

Le respect de ce délai est à peine de nullité au sens des dispositions de l'article 59, alinéa 2, du Code de procédure pénale.

222 Le délégué du bâtonnier peut déposer des conclusions au plus tard la veille de l'audience du juge des libertés et de la détention au visa de la jurisprudence et des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'il fera viser par le greffier en indiquant que l'ordonnance, dite de perquisition, ne contient aucunement l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction et que tous les documents ou objets saisis – et placés sous scellés fermés comme ceux placés sous scellés ouverts car non contestés – sont tous d'ordre public couverts par le secret professionnel.

223 Lors de l'audience, c'est d'abord au magistrat qui perquisitionne de prendre la parole, ensuite au parquet s'il est présent, à l'avocat perquisitionné et enfin au délégué du bâtonnier.

En pratique, l'avocat perquisitionné qui n'a pas été gardé à vue ou n'est pas déjà partie à la procédure se présentera sans robe et sans avocat et ne s'exprimera que pour permettre la compréhension de la relation avocat/client, avocat/tiers, avocat/avocat dans le but de l'invocation du secret, sans faire état des confidences de son client, ni s'auto-incriminer.

224 L'ordre de parole prévu par le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale consiste pour le juge des libertés et de la détention à faire intervenir d'abord le magistrat, le cas échéant le procureur de la République, l'avocat perquisitionné et ensuite le bâtonnier ou son délégué.

Cet ordre n'est pas impératif ; il est à la discrétion du juge des libertés et de la détention et rien n'est dit sur la présence de l'avocat de l'avocat perquisitionné.

225 La présence de l'avocat de la défense n'est pas prévue à l'article 56-1 du Code de procédure pénale et ne s'imposera que lorsque l'avocat perquisitionné est déjà mis en cause en matière pénale, qu'il soit gardé à vue, témoin assisté ou mis en examen.

226 L'audience du juge des libertés et de la détention n'est pas le lieu d'un interrogatoire de première comparution. Elle est secrète. Le délégué du bâtonnier doit veiller à

¹⁾ CPP, art. 56-1.

demander au juge des libertés et de la détention d'inviter magistrat instructeur et parquet présents à l'audience à détruire les notes manuscrites qu'ils ont prises à partir des propos du confrère, que les pièces soient restituées ou non ; il ne faut pas que les informations échangées lors de l'audience soient par ailleurs exploitées dans le cadre de l'instruction.

227 Il appartient au juge des libertés et de la détention d'examiner dans chaque document – et non pas « en vrac » – s'il existe ou non, de manière intrinsèque, l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction poursuivie dans le cadre de l'instruction. Mais ce critère est souvent écarté – au profit d'un autre critère, en réalité inapplicable, celui du caractère « utile » à la recherche de la manifestation de la vérité – lors d'une audience où règne un climat trop souvent tendu empreint de violence psychologique, et à laquelle le délégué du bâtonnier se présentera armé de son Code de déontologie et d'un Code de procédure pénale.

Le discours lancinant des juges d'instruction face aux contestations du délégué du bâtonnier consiste à se positionner en victimes d'une impossibilité de perquisitionner les cabinets d'avocats.

228 Il est clair que le juge des libertés et de la détention n'est pas en charge de contrôler la régularité de la procédure et qu'il n'est pas juge des nullités, contentieux qui ressort évidemment de la compétence de la chambre de l'instruction ou de la juridiction de jugement, si bien que les réserves du bâtonnier ou de son délégué à propos de l'absence d'accès au dossier, du statut du parquet par exemple, constituent une simple anticipation des nullités que l'avocat perquisitionné, éventuellement ultérieurement mis en cause, pourra invoquer en se réclamant notamment du soutien de son bâtonnier sur ce point précis.

229 Paradoxalement, l'audience du juge des libertés et de la détention concerne nécessairement la défense au fond de l'avocat perquisitionné, nécessité que traduit l'ordonnance du juge des libertés et de la détention rendue le 18 janvier 2013 dans les termes révélateurs suivants : « *Attendu que si, comme il l'a été rappelé ci-dessus, le secret professionnel, inhérent à la profession d'avocat, doit être apprécié de manière stricte, il y a lieu en l'espèce de prendre en considération la complexité du contentieux, dont la jurisprudence est fluctuante et dont la preuve de l'infraction supposée est très difficile à rapporter, s'agissant de la mise en œuvre de montages sophistiqués mis en place nécessairement par des professionnels dont l'expertise est reconnue.* »

230 Par ordonnance du 1^{er} février 2013, le juge des libertés et de la détention a retenu une solution quasiment identique en jugeant que : « *Attendu que si le secret professionnel, inhérent à la profession d'avocat doit être apprécié de manière stricte, il y a lieu en l'espèce de prendre en considération la complexité du contentieux, son*

ancienneté ; que la preuve de l'infraction supposée est très difficile à rapporter, s'agissant de faits susceptibles d'avoir été commis sous la forme d'une action concertée (...).

Attendu que s'il est patent qu'il s'agit d'un projet de note interne au cabinet, ce document (...) est au centre de l'information dont est saisi le magistrat (...), qu'il y a lieu de faire application des principes de nécessité et de proportionnalité qui gouvernent la procédure de perquisition ; que ce document couvert certes par la protection du secret professionnel serait susceptible de se rattacher directement à la commission d'une infraction de nature à rendre le cas échéant vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés en qualité de complice supposé. »

231 Le rôle de conseil de l'avocat est systématiquement mis en exergue, si bien que la contestation des soupçons de « complicité » doit être formulée avec force lors de cette audience.

Inversement, une décision favorable de restitution au confrère est en principe susceptible de paralyser l'enquête, voire d'y mettre un terme en fait pour ce qui concerne le confrère qui n'a rien à se reprocher puisque, si le secret s'applique, c'est à partir du constat de l'absence d'indices de la commission d'une infraction dans les documents saisis (en pratique, il arrive que juges d'instruction et juges des libertés et de la détention ignorent délibérément cette conséquence).

L'autorité absolue de la chose jugée de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention

232 Un juge d'instruction avait apostrophé un délégué du bâtonnier qui avait obtenu gain de cause devant le juge des libertés et de la détention en lui criant : « *Maître ! Vous avez tué mon enquête !* »

233 L'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui restitue à l'avocat les documents saisis par le juge a autorité de la chose jugée sur l'absence d'indice de la commission d'une infraction.

Lorsque le juge des libertés et de la détention estime que les documents ne sont pas couverts par le secret professionnel, il les restitue au magistrat (précisément, ce sont les scellés qui seront restitués mais ouverts).

Dans le cas contraire, il les restitue au confrère.

La décision de restitution des pièces à l'avocat par le juge des libertés et de la détention a pour conséquence de faire juger de manière définitive que les faits imputés au confrère perquisitionné sont couverts par le secret professionnel d'ordre public.

234 Précisons que l'article 56-1 alinéa 6 du Code de procédure pénale dispose que « *s'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention 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, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure* ». Ne faut-il pas

en déduire qu'ayant le pouvoir d'ordonner la destruction du procès-verbal des opérations et la cancellation de toute référence aux pièces saisies restituées, le juge des libertés et de la détention dispose de pouvoirs aussi forts que ceux du juge de l'annulation des actes de la procédure ?

Ajoutons au plan de l'importance de principe de la contestation qu'une ordonnance favorable de restitution du juge des libertés et de la détention (juge du siège), non susceptible de recours, passe en force de chose jugée sur la question du secret professionnel, si bien qu'il est ainsi définitivement jugé qu'il ne résulte aucunement des pièces saisies l'indice de participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

En application des dispositions de l'article 6 du Code de procédure pénale, l'autorité de la chose jugée devrait alors entraîner extinction de l'action publique en toute bonne logique juridique... et, en tous cas, s'opposer à toute mise en examen postérieure...

Aucun plaideur n'a encore invoqué cet argument de l'autorité de la chose jugée par le juge des libertés et de la détention, en l'état, devant les juges d'instruction et chambres de l'instruction, et pourtant... « *la chose jugée est tenue pour vérité* ». Elle s'impose de manière absolue au juge d'instruction et à toutes les parties à la procédure à propos des documents saisis, placés sous scellés fermés à l'initiative du bâtonnier ou de son délégué et restitués à l'avocat sauf, du côté du magistrat saisissant, à vouloir nier délibérément la souveraineté du juge des libertés et de la détention es qualités de juge du siège.

L'absence de recours contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention

235 L'ordonnance du juge des libertés et de la détention est insusceptible de recours.

PROJET DE RÉFORME

L'ordonnance de versement des pièces couvertes par le secret professionnel, prise par le juge des libertés et de la détention à l'issue du débat sur l'ouverture des scellés, doit pouvoir être frappée d'appel devant le premier président de la cour (et non pas la chambre de l'instruction) dont l'ordonnance doit être susceptible de pourvoi en cassation (de la même manière que le premier président de la cour d'appel connaît des recours contre le déroulement des opérations de visite ou de saisie : articles L. 16B du Livre des procédures fiscales, L. 450-4 du Code de commerce et L. 621-12 du Code monétaire et financier).

236 Ce texte central de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, considéré par la CEDH comme comportant « *une garantie spéciale de procédure* », est imparfait puisque la présence du bâtonnier aboutira à la saisine par le magistrat qui perquisitionne du juge des libertés et de la détention dont cependant l'ordonnance « *motivée* » est **insusceptible de recours** et ce, en violation caractérisée des dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoient le droit à un « *recours effectif* » : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance* ».

nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

237 L'exigence d'une décision motivée du juge des libertés et de la détention, formulée par l'article 56-1 du Code de procédure pénale, est aberrante dans la mesure où l'ordonnance du juge des libertés et de la détention est insusceptible de recours (sauf l'appel du parquet) et il faudra que l'avocat mis en cause – déjà mis en examen et devenu partie à la procédure – entreprenne de soulever la nullité de la procédure pour qu'enfin il soit statué sur la régularité de la perquisition pratiquée.

Mais rien n'est dit dans le texte lorsque l'avocat, objet de la perquisition, n'est pas mis en cause et dès lors n'a pas accès au dossier d'instruction (sauf les conséquences à tirer de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 8 janvier 2013 précité⁽¹⁾).

L'article 567-1 du Code de procédure pénale rappelle que le président de la chambre criminelle rend une ordonnance de non-admission du pourvoi lorsqu'il constate qu'il a été formé un pourvoi contre une décision qui n'est pas susceptible de voie de recours.

238 Reste à envisager le recours en excès de pouvoir contre la décision du juge des libertés et de la détention (aucune décision connue en l'état) ou la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de la violation des articles 6 § 1, 8 et 13 de la Convention (sauf la réserve de l'irrecevabilité du recours de l'avocat non partie à l'instruction ou du recours du bâtonnier).

239 Une réserve cependant: l'article 185, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République a le droit d'interjeter appel de toute ordonnance du juge des libertés et de la détention, donc en toute logique de celle « non susceptible » de recours rendue en cette matière. Alors pourquoi une telle différence de traitement entre parquet et avocats ?

240 Un appel – notion de recours effectif – doit être possible devant le premier président de la cour contre la décision du juge d'instruction de perquisitionner (cette décision est tantôt qualifiée de « procès-verbal de transport sur les lieux », tantôt d'« ordonnance de perquisitionner » !) ou du juge des libertés et de la détention en matière d'enquête préliminaire pour les infractions d'une certaine gravité, comme le permettent dans d'autres matières les dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales, celles de l'article L. 450-4 du Code de commerce et celles de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier, s'agissant de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

¹⁾ Cass. crim., 8 janv. 2013, n° T12-90.063FD.

La jurisprudence en matière de secret professionnel de l'avocat

SECTION I La notion de « documents utiles » selon la jurisprudence de la Cour de cassation

241 S'agissant de la jurisprudence de la chambre criminelle qui n'existe pas en cette matière à proprement parler, faute de recours contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, il faut retenir cependant quelques décisions, dont certaines sont anciennes et anachroniques.

242 En effet, la chambre criminelle a jugé en 1975⁽¹⁾, bien avant les réformes successives de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, que le rôle du juge d'instruction consiste à rechercher et saisir dans le cabinet d'un avocat « des documents utiles à l'information » : « *Il appartient au juge d'instruction seul et non au bâtonnier de l'Ordre des avocats ou à son représentant de rechercher et de saisir dans le cabinet d'un avocat des documents utiles à l'information. Le pouvoir du juge d'instruction ne trouve sa limite que dans le principe de la liberté de la défense qui commande de respecter les communications confidentielles de l'avocat avec ses clients. Le secret professionnel ne peut couvrir des documents tels que ceux qui ont été saisis en l'espèce et qu'un avocat avait été amené à recueillir dans des activités qui ont motivé sa propre inculpation des chefs de complicité d'escroquerie et de complicité d'abus de confiance.* »

¹⁾ Cass. crim., 5 juin 1975, n° 74-92.792.

243 Cette solution semble être en contradiction totale avec la jurisprudence dominante du juge des libertés et de la détention car le critère de la saisie de documents « utiles » à l'information est supplanté par celui de la recherche et de la saisie de documents susceptibles de contenir l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction qui d'ailleurs, certes plus exigeant, est susceptible d'entraîner des conséquences redoutables quant à la démonstration d'une « culpabilité » au stade du juge des libertés et de la détention !

244 D'ailleurs, le secret professionnel de l'avocat ne s'évince que lorsque l'avocat est convaincu d'avoir participé à la commission d'une infraction, si bien que c'est ce critère que le juge des libertés et de la détention a entériné à propos des perquisitions, même s'il tend à s'en éloigner depuis peu au profit de celui de l'utilité (plus aisé dans le raisonnement de certains juges des libertés et de la détention) qui, pris en soi, est d'une parfaite absurdité et en tous cas d'un arbitraire absolu.

245 Relevons un courant jurisprudentiel isolé qui permet, cependant, de ne pas « incriminer » (au plan du style) l'avocat perquisitionné :

« Les dispositions de l'article 66-5 modifiées de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prévoient qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception, pour ces dernières, de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel, que peuvent cependant être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficieraient pas de la protection du secret professionnel, d'autre part, ceux qui, couverts par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice.

Cependant, le principe énoncé par ce texte ne saurait faire obstacle au pouvoir que détient le juge d'instruction des dispositions de l'article 96 du Code de procédure pénale de procéder à la saisie, à titre exceptionnel, de correspondances entre un avocat et son client ainsi que des pièces précédemment énumérées si celles-ci sont en relation directe avec les infractions, objets de la poursuite et si elle est limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité. »⁽¹⁾

246 Cependant, une lecture attentive de l'arrêt précité laisse apparaître clairement que la Cour suprême confond le caractère « utile » avec le constat de ce que le secret

1) Ord. JLD, 7 févr. 2013.

professionnel ne peut couvrir les documents relatifs à des activités qui ont motivé la mise en cause de l'avocat. En d'autres termes, il ne peut s'agir nécessairement que de documents contenant par eux-mêmes l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

En ce sens, en matière de complicité de chantage reprochée à un avocat sur le fondement notamment de courriels échangés avec son client et saisis lors d'une enquête, la chambre criminelle retient le critère de l'examen du contenu des courriels litigieux.

247 L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 27 septembre 2011⁽¹⁾ casse et annule l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la requête en annulation des pièces de procédure relatives à des correspondances fondée sur l'atteinte au secret professionnel, se borne à relever que les questions posées par le juge d'instruction au requérant, lors de l'interrogatoire de première comparution : *« attestent que le contenu des courriels litigieux constitue pour ce magistrat un des indices d'une complicité de l'avocat dans le chantage imputé à son client, indice qui devra être soumis à l'appréciation des juges du fond dans l'hypothèse où l'affaire serait renvoyée devant eux ».*

En effet, la Cour suprême casse au motif : *« Qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher elle-même si le contenu des correspondances litigieuses permettait de faire présumer la participation du requérant à une infraction, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés, et le principe sus-énoncé. »*

248 S'agissant précisément de la protection des pièces jointes à une correspondance protégée, la 1^{re} chambre civile par un arrêt rendu le 2 octobre 2007⁽²⁾ a jugé que ces pièces jointes étaient également couvertes par le secret dans les termes suivants : *« Vu l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n° 97-308 du 7 avril 1997 ;*

Attendu que le secret professionnel couvre l'ensemble des documents faisant l'objet d'une même correspondance échangée entre avocats (...). Attendu qu'en opérant ainsi une distinction entre la lettre elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

249 S'agissant des échanges avec un avocat étranger, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 3 mai 2012⁽³⁾ que ces échanges sont protégés par le secret professionnel dans les termes suivants (à propos d'une saisie par l'administration fiscale dans le cadre d'une perquisition sur le fondement de l'article L. 16B du Livre des

1) Cass. crim., 27 sept. 2011, n° 11-83.755 FD.

2) Cass. crim., 2 oct. 2007, n° 04-18726.

3) Cass. crim., 3 mai 2012, n° 11-14008.

procédures fiscales): «*Attendu que pour rejeter le recours de la société contre le déroulement des opérations de visite et de saisies, l'ordonnance retient que les courriels à l'en-tête de l'avocat luxembourgeois de la société, pourvus d'un avis de confidentialité, se rapportaient non à des activités de défense mais de gestion relatives à la domiciliation des installations de la société au Luxembourg, à son raccordement téléphonique, à l'établissement de son bilan, aux retards de paiement de l'impôt au Luxembourg et au paiement des honoraires du commissaire aux comptes, qui auraient dû être exercées par un autre mandataire non protégé. Attendu qu'en statuant ainsi, le premier président a violé le texte susvisé.*»

250. Soulignons également l'arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2007⁽¹⁾ qui a jugé que les échanges avec un avocat américain étaient protégés: «*Mais attendu qu'après avoir constaté que l'écrit litigieux qui n'était pas destiné à être ultérieurement rendu public, en l'état, en justice, M. X... faisait, à la demande de son confrère américain et pour l'information de celui-ci, le point sur la situation financière de M. Z... en France et que si cette lettre avait été ensuite rendue publique du fait de sa production devant la Grand Court des Îles Caïman, cette divulgation était imputable à l'avocat américain ayant manqué à ses propres engagements, la cour d'appel a exactement jugé que les propos tenus dans cette correspondance entre avocats à caractère confidentiel ne constituaient pas l'infraction disciplinaire poursuivie.*»

251. Enfin, s'agissant de la saisie d'échanges entre un avocat et son client dans le cadre d'une défense civile, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 13 décembre 2006⁽²⁾, a jugé que ces échanges étaient protégés par le secret professionnel, qu'ils interviennent dans le cadre d'une défense civile ou d'une défense pénale, dans les termes suivants: «*Attendu que le pouvoir, reconnu à l'officier de la police judiciaire par les articles 56 et 76 du Code de procédure pénale et au juge d'instruction par l'article 96 dudit code, de saisir les objets et documents utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense;*

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que les policiers, au cours de la perquisition effectuée en enquête préliminaire au domicile de Robert X..., ont saisi, notamment, une correspondance que lui avait adressée son avocat ainsi qu'un brouillon manuscrit de réponse de l'intéressé;

Attendu que pour écarter le moyen tiré de l'annulation de la saisie de ces documents, présenté par la personne mise en examen, la chambre de l'instruction relève que

1) Cass. crim., 14 juin 2007, n° 04-20397.

2) Cass. crim., 13 déc. 2006, n° 06-87169.

ces lettres, qui concernaient les réparations civiles au paiement desquelles Robert X... avait été condamné dans une instance pénale distincte, n'intéressaient pas les droits de la défense dans le dossier soumis à la chambre de l'instruction ni dans toute autre procédure;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que les courriers en cause, qui portaient sur l'exécution d'une condamnation pénale, en l'espèce un suivi socio-judiciaire, n'étaient pas dépourvus de tout lien avec l'exercice des droits de la défense la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et du principe énoncé ci-dessus.»

SECTION II La particularité de la jurisprudence du juge des libertés et de la détention

§1 Le secret professionnel

252. La jurisprudence protectrice du secret professionnel du juge des libertés et de la détention ne constitue pas nécessairement une application stricte de ces décisions.

EXIGENCE PRATIQUE

Attention au maniement de ces critères devant le juge des libertés et de la détention dont la décision constatant l'existence d'indices dans les pièces revient à donner à l'avocat en fait un statut de mis en examen ou de témoin assisté (alors que les avocats perquisitionnés ne sont pas ultérieurement nécessairement l'objet de poursuites) et à faire peser sur eux une véritable présomption de culpabilité.

253. Il est constamment rappelé par le juge des libertés et de la détention que peuvent être saisis au cabinet d'un avocat:

- d'une part, les documents qui ne bénéficieraient pas de la protection du secret professionnel (n'oublions pas que l'article 56-1 du Code de procédure pénale vise aussi les « objets », dont par exemple le téléphone portable, dont il faut demander le placement sous scellés fermés tout en invitant le juge à ne pas le saisir);

– d'autre part, ceux qui, couverts par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement (« de manière intrinsèque ») à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice : « *Les atteintes au secret professionnel, lequel est inhérent à l'exercice de la mission d'avocat et constitue une norme européenne, ne sauraient être entendues que de façon restrictive, ce qui autorise la saisie des consultations des correspondances échangées entre un avocat et son client que si celles-ci révèlent de façon intrinsèque la commission par l'avocat d'une infraction en qualité d'auteur principal et de complice ou sa participation à l'infraction reprochée à son client* » ;

– enfin, dans l'hypothèse d'un avocat gardé à vue simultanément perquisitionné (dès lors contre lequel existent des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction), la contestation s'imposera de plus fort car il appartiendra au juge des libertés et de la détention de dire si les documents saisis contiennent en eux-mêmes l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, et ce par une analyse de chaque pièce.

L'existence de raisons plausibles antérieures ne permet nullement d'écarter la condition de la révélation intrinsèque à partir des pièces saisies.

Certes, ne perdons pas de vue que ce critère évolue au gré du constat de la gravité apparente des dossiers.

254 La jurisprudence favorable (désormais ancienne, voire lointaine...) du juge des libertés et de la détention qui restitue à l'avocat gardé à vue la totalité des pièces saisies emporte pour conséquence qu'une telle restitution pose la **question ultérieure de la nullité des procès-verbaux de garde à vue et de mise en examen comme procédant d'une violation du secret professionnel** implicitement actée par l'ordonnance de restitution du juge des libertés et de la détention.

255 En cas de placement en garde à vue et de perquisition simultanés, deux régimes procéduraux vont se superposer, si bien que le délégué du bâtonnier exigera la présence d'un avocat sur le lieu de perquisition pour qu'ait lieu le plus rapidement possible l'entretien de trente minutes, et veillera à organiser une contestation et un placement sous scellés fermés de l'ensemble des documents saisis dont les enquêteurs, en charge de la garde à vue, seront privés puisque ces éléments seront par définition en la possession du juge des libertés et de la détention.

256 Doit être soulignée la jurisprudence communément appelée « jurisprudence Magendie », illustrée par l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris de l'époque, Jean-Claude Magendie, en date du 2 octobre 2000 (et ce, avant la création du juge des libertés et de la détention comme juge du secret professionnel à

compter du 1^{er} janvier 2001), dont la solution, constamment reprise ultérieurement par les décisions de restitution du juge des libertés et de la détention, **retient le critère de la révélation intrinsèque par les pièces saisies de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction** : « *Attendu qu'il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 7 avril 1997 que sont couvertes par le secret professionnel les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier* ;

Attendu qu'en dépit de la généralité de ce texte, le secret professionnel dont bénéficie l'activité tant juridique que judiciaire de l'avocat ne peut être entendu comme ayant un caractère absolu, sauf à rendre inopérantes les dispositions prises dans le cadre de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, sur le fondement desquelles est examinée la présente procédure ;

Attendu qu'en l'espèce, l'ensemble des documents saisis est susceptible de bénéficier de la protection prévue par l'article 66-5 de la loi du 7 avril 1997, à l'exception des pièces ayant perdu leur confidentialité à raison de ce qu'elles sont également détenues par des tiers auxquels elles ont été transmises par l'avocat lui-même ;

Attendu que, s'agissant des pièces couvertes par le secret professionnel par application de l'article 66-5 susvisé, il importe d'examiner si elles sont susceptibles d'établir la preuve de la participation éventuelle de l'avocat à une infraction ;

Attendu que les pièces saisies étant susceptibles de se rapporter à l'incrimination de trafic d'influence, l'examen de la nature exacte des rapports qui se sont noués entre tous ceux qui sont suspectés d'avoir participé à des sollicitations illicites ou d'y avoir cédé se révèle dès lors nécessaire. »

257 À titre d'exemple, relevons :

ORDONNANCE DE RESTITUTION DU JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION DU 11 NOVEMBRE 2006

Attendu au cas particulier que les documents saisis dans les bureaux de maître X..., avocat associé au cabinet Y..., sont constitués de courriels, de télécopies et de notes manuscrites ou dactylographiées échangés entre avocats ou avec leurs clients ou encore internes aux cabinets concernés ; que dans ces conditions, ces documents ne peuvent être saisis par les magistrats instructeurs ; qu'il convient en conséquence de dire n'y avoir lieu à saisie des 13 documents dont s'agit et d'en ordonner la restitution.

**ORDONNANCE DE RESTITUTION TOTALE DU JUGE DES LIBERTÉS
ET DE LA DÉTENTION DU 23 JANVIER 2007**

Attendu, au cas particulier, que les documents saisis au cabinet de maître X..., avocat, sont constitués de statut d'une société et d'un bail commercial; qu'il n'existe aucun élément dans le dossier permettant de considérer que ces documents sont susceptibles de constituer des indices graves et concordants, rendant vraisemblable l'implication de l'avocat dans le cabinet duquel ils ont été découverts.

Que cette protection ne trouve ses limites que si les matériels saisis rendent vraisemblable l'implication directe de l'avocat dans la commission d'une infraction en relation avec les faits instruits par le magistrat instructeur concerné, sauf, sous les mêmes restrictions, à procéder de manière incidente.

**ORDONNANCE DE RESTITUTION TOTALE DU JUGE DES LIBERTÉS
ET DE LA DÉTENTION DU 27 MARS 2007**

Que cependant les atteintes au secret professionnel de l'avocat, lequel constitue une norme européenne, ne sauraient être entendues que de façon restrictive, ce qui n'autorise la saisie des consultations et correspondances échangées entre un avocat et son client que si celles-ci révèlent de façon intrinsèque la commission par l'avocat d'une infraction en qualité d'auteur principal ou de complice.

**ORDONNANCE DE RESTITUTION TOTALE DU JUGE DES LIBERTÉS
ET DE LA DÉTENTION DU 5 MARS 2010**

Par suite, l'établissement des trois pièces revendiquées, de même que leur utilisation sont couvertes par le secret professionnel de l'avocat, non susceptible de pouvoir être levé puisque l'autorité de poursuite compétente nous a expliqué que l'intervention de l'avocat n'est pas constitutive d'une infraction quelconque, en action, co-action, complicité ou recel.

**ORDONNANCES DE RESTITUTION PARTIELLE DU JUGE DES LIBERTÉS
ET DE LA DÉTENTION DU 15 AVRIL 2009 ET DU 19 OCTOBRE 2010**

Attendu qu'il résulte notamment des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations, les correspondances échangées entre l'avocat et son client ou entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier de l'avocat sont couvertes par le secret professionnel; que la protection de ce secret, inhérent à l'exercice de la mission de l'avocat, doit être appréciée de manière stricte;

Que toutefois, parallèlement, ce secret ne saurait être entendu de manière absolue, dans la mesure où il ne saurait faire échec aux dispositions du Code de procédure pénale relatives à la recherche des preuves dans le cadre d'une enquête pénale;

Qu'il résulte de la combinaison de ces deux exigences que peuvent être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficieraient pas de la protection du secret professionnel et, d'autre part, ceux qui, couverts par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice.

**ORDONNANCE DE RESTITUTION PARTIELLE DU JUGE DES LIBERTÉS
ET DE LA DÉTENTION DU 3 JANVIER 2011**

Attendu qu'il résulte notamment des dispositions de l'article 66-5 modifié de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception, pour ces dernières, de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel; que la protection de ce secret, inhérent à l'exercice de la mission de l'avocat, doit être appréciée de manière stricte;

Attendu que le secret professionnel dont bénéficie l'activité tant juridique que judiciaire de l'avocat ne peut être entendu comme ayant un caractère absolu,

sauf à rendre inopérantes les dispositions prises dans le cadre de la loi du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, sur le fondement desquelles est examinée la présente procédure ;

Attendu qu'en particulier, la mise en cause de l'avocat, au cabinet duquel ont été saisies des pièces litigieuses, peut entraîner la levée du secret professionnel, lorsqu'il apparaît que ces pièces révèlent de façon intrinsèque la commission, par l'avocat, d'une infraction en qualité d'auteur principal ou de complice ; que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit explicitement l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsqu'elle est « nécessaire à la prévention des infractions pénales ».

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces deux exigences que peuvent être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficieraient pas de la protection du secret professionnel, d'autre part, ceux qui, couverts par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice.

ORDONNANCE DE RESTITUTION TOTALE DU JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION DU 14 FÉVRIER 2011

Attendu que si, en vertu de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toute matière, couvertes par le secret professionnel, leur saisie ne peut, à titre exceptionnel, être ordonnée et maintenue que si les documents saisis ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel ou, s'ils sont couverts par cette protection, sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction, ou de se rattacher directement à la commission de ladite infraction ou à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés en qualité d'auteur ou de complice ;

Attendu que l'ensemble des documents saisis (lettres de maître X... à son client monsieur Y..., datées du 28 juin 2010, 3 septembre 2010, 19 novembre 2010, et 9 février 2011, ainsi que la facture d'honoraires du 3 septembre 2010, la lettre de monsieur Y adressée à son avocat et datée du 4 septembre 2010, l'agenda et la note manuscrite) sont tous couverts par la protection du secret professionnel ;

Attendu qu'à leur lecture, il apparaît que les lettres de maître X... à monsieur Y... ont pour but d'informer son client sur l'état et le déroulement de la procédure pénale et de lui apporter un réconfort moral et des conseils (dans cette affaire, l'avocat avait été gardé à vue puis mis en examen avant la perquisition).

258 Par ordonnance rendue le 20 juin 2011, le juge des libertés et de la détention a accueilli la contestation du délégué du bâtonnier et restitué à l'avocat perquisitionné des notes d'honoraires, conventions d'honoraires et justificatifs de paiement d'honoraires au motif que « ces documents sont par nature soumis au secret professionnel » et que dans la procédure pénale instruite, ils n'étaient pas « de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés en qualité d'auteur ou de complice ».

259 Par trois décisions rendues le 16 mars 2012 et le 16 juin 2012, le juge des libertés et de la détention, qui a tenu en échec sur la contestation du bâtonnier deux perquisitions chez trois avocats fiscalistes pratiquées par un magistrat instructeur, a repris ces principes et décidé que les documents saisis : « ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice, qu'ils seront donc restitués », et précisé que « attendu qu'il résulte notamment des dispositions de l'article 66-5 modifié de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception, pour ces dernières, de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ; que peuvent cependant être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, celles qui, couvertes par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ».

260 Précisément, le juge des libertés et de la détention a jugé le 16 mars 2012 par une première ordonnance que constituaient des pièces couvertes par le secret professionnel des relevés bancaires remis par le client à son avocat dans le cadre notamment de sa défense pénale et qu'ils étaient donc couverts par le secret professionnel, et ce dans les termes suivants : « Attendu que pour solliciter le versement au dossier de ces documents, le juge d'instruction fait valoir qu'ils sont utiles pour

connaître l'étendue des revenus et du patrimoine de M. X... et que M. X... a régularisé sa situation fiscale dans le courant du mois de janvier 2012 mais que les avoirs susceptibles de faire l'objet d'une imposition ne paraissent pas déclarés en totalité, le montant éludé apparaissant supérieur à celui déclaré détenu à l'étranger ;

Attendu que pour s'opposer au maintien sous scellé de ces documents, le représentant du bâtonnier fait d'abord valoir qu'ils sont couverts par le secret professionnel ; qu'il ajoute qu'il n'est pas démontré qu'ils se rattachaient directement à la commission des infractions dont est saisi le juge d'instruction et qu'ils ne seraient pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en tant qu'auteur ou complice ;

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

Attendu que les relevés bancaires ont été remis à son avocat, dont il n'est pas contesté qu'il a effectué une déclaration de régularisation auprès de l'administration fiscale en janvier 2012, dans le cadre notamment de sa défense pénale, qu'ils sont donc couverts par le secret professionnel. »

261 Par une deuxième ordonnance du 16 mars 2012, le juge des libertés et de la détention a jugé que : « Attendu qu'il résulte, pour ces documents, de la description donnée ci-dessus qu'ils sont couverts par le secret professionnel, s'agissant de courriels échangés entre avocats, de correspondances entre un client et son avocat ou encore d'accusés de réception adressés par un client à son avocat ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de maître... dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ; (...) que maître... indique qu'il s'agit de documents reçus par lui de son client ; que ces documents constituent des pièces du dossier de l'avocat, remises dans le cadre de l'exercice de sa profession, qu'ils sont donc à ce titre couverts par le secret professionnel ;

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

262 Par ordonnance du 11 décembre 2013, le juge des libertés et de la détention a éternisé ce **critère de l'utilité** en retenant que les pièces confidentielles ou couvertes

par le secret professionnel apparaissent « cependant essentielles à la manifestation de la vérité dès lors qu'elles sont susceptibles de se rattacher directement à la commission des infractions visées lors de l'ouverture de l'enquête préliminaire, (...) infraction qui serait susceptible d'avoir été commise par X... en qualité d'auteur ou de complice. Que dès lors, ces documents seront versés en procédure ».

263 Il est clair qu'ici, le juge des libertés et de la détention introduit un débat sur la participation de l'avocat à la commission d'une infraction alors que celui-ci ne possède aucun statut procédural et qu'il va jusqu'à apprécier la date d'intervention de l'avocat postérieure à la période de prévention, pour en déduire que « Maître X... n'est donc pas susceptible d'être impliqué en tant qu'auteur ou complice dans les faits concernés », si bien qu'en l'occurrence, c'est l'avocat de la défense – à qui personne ne pouvait évidemment rien reprocher – qui a été perquisitionné pour que soient saisies les pièces qui lui ont été remises par son client !

264 Par son ordonnance du 16 juin 2012, le juge des libertés et de la détention a encore jugé s'agissant des honoraires d'avocat (étant précisé que les juges d'instruction avaient renoncé à saisir les notes d'honoraires elles-mêmes parce que convaincus qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel pour limiter leur saisie aux justificatifs de paiement d'honoraires...) : « Les justificatifs de paiement d'honoraires sont par nature soumis au secret professionnel et dans la procédure pénale instruite, ils ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication des avocats dans les faits concernés en qualité d'auteurs ou de complices, d'autant que les notes d'honoraires qui en sont le support ne figurent pas dans le dossier, alors qu'elles auraient pu être intéressantes à consulter à la lumière de cette question.

La saisie les concernant ne sera en conséquence pas validée. »

265 Par une ordonnance rendue le 22 juin 2012, le juge des libertés et de la détention a rappelé les règles précitées et jugé qu'une correspondance échangée « entre le client et son avocat », donc couverte par le secret professionnel, et ne contenant « aucune preuve intrinsèque d'une éventuelle implication de l'avocat » sera restituée.

266 En revanche, par une ordonnance du 26 juin 2012, le juge des libertés et de la détention qui a rappelé ce principe l'a pourtant délibérément ignoré (et non pas écarté) en retenant que des pièces de la procédure annexées à des courriels confidentiels entre avocats étaient de nature à rendre plausible la participation « d'un cabinet d'avocats », sans identifier l'avocat nommé, à la commission de l'infraction, objet de l'instruction : « Attendu qu'il s'ensuit que l'ensemble des pièces, aussi bien les documents contractuels et sociaux que les correspondances saisies et dont la saisie est contestée sont de nature à rendre plausible l'implication du cabinet X... dans la fraude fiscale dont

le juge d'instruction est saisi et que dès lors la contestation sera rejetée dans son ensemble. »

267 Il arrive ainsi que le juge des libertés et de la détention entérine purement et simplement les propos du juge d'instruction et du parquet présents à l'audience sans même regarder le dossier d'instruction.

268 Par ordonnance du 30 octobre 2012, le juge des libertés et de la détention a jugé que « *sont par nature soumis au secret professionnel (...) [des] mémorandums détaillant les services (...) accompagnés de notes d'honoraires; qu'il s'agit en fait de conventions d'honoraires très détaillées* ».

269 Relevons également la belle ordonnance du 8 mars 2013 du juge des libertés et de la détention (du tribunal de grande instance de Rennes) qui, pour la première fois, rappelle le **principe de la présomption d'innocence en faveur de l'avocat** par des termes d'une grande rigueur et d'un grand respect des droits de la personne: « *Les atteintes au secret professionnel qui résultent de ce texte ne sauraient être autorisées que de manière restrictive, ce qui ne permet la saisie des objets, correspondances ou documents présents dans le cabinet de l'avocat que s'ils sont de nature à faire suspecter l'implication de l'avocat dans la commission d'une infraction.*

Il n'est évidemment pas nécessaire au stade de la perquisition que soit démontrée la culpabilité de l'avocat, lequel est présumé innocent, mais simplement qu'il existe au regard des pièces, des indices de la possible commission d'une infraction dont l'information devra confirmer ou infirmer l'existence. »

270 Par ordonnance rendue le 23 novembre 2013, le juge des libertés et de la détention a réitéré l'application de critères de culpabilité en retenant que le contenu « *de ce dossier est, par nature, susceptible de révéler le rôle de coauteur ou de complice de Maître...* » ou que « *ces documents sont de nature à révéler le rôle de co-auteur ou de complice de Maître...* » ou « *de nature à révéler la participation de...* ».

271 Par ordonnance du 11 décembre 2013, le juge des libertés et de la détention a estimé que **l'agenda professionnel et personnel de l'avocat** « *est incontestablement couvert par le secret professionnel* », avec cette précision que cette pièce « *n'est pas susceptible de se rattacher directement à la commission des infractions visées lors de l'ouverture de l'enquête* ».

Par ordonnance du 26 février 2014, le juge des libertés et de la détention a encore rappelé que « *le secret professionnel constitue donc une garantie majeure de l'exercice de la profession d'avocat. Toutefois, l'article 56-1 du Code de procédure pénale autorise le juge d'instruction à procéder à une perquisition au sein du cabinet d'un avocat et prévoit, en cas de contestation par le représentant de l'Ordre, que le juge des libertés et*

de la détention autorise ou non le versement des pièces saisies provisoirement au dossier d'instruction (...). Au regard des textes précités, il convient de rappeler que la saisie de documents détenus par un avocat et couverts par le secret professionnel doit céder devant les impératifs d'une information judiciaire, dès lors que l'avocat est susceptible d'être mis en cause au cours de l'instruction comme ayant participé à la commission des infractions. Sans préjuger de la culpabilité de l'avocat mis en cause au stade de l'instruction, il importe de souligner que les pièces devant être versées à la procédure d'instruction doivent être susceptibles de constituer des éléments à charge et à décharge. Attention à ce raisonnement sur les pièces à décharge qui, par nature, ne contiennent pas l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction et doivent donc, en toute logique, être restituées même si, par ailleurs, l'avocat a fait l'objet d'une garde à vue et sont caractérisées contre lui des raisons plausibles laissant penser qu'il a pu participer à l'infraction.

La jurisprudence du juge des libertés et de la détention évolue en fonction de l'intérêt du dossier et de l'ambiance de l'instant si bien que le délégué du bâtonnier se doit d'avancer avec lucidité et fermeté en s'adaptant à chaque situation, étant rappelé qu'il lui faut innover à chaque fois nonobstant la répétition des critères qu'il invoque.

§2 La protection du secret avocat-client lié à l'exercice des droits de la défense

272 Les dispositions de l'article 432 du Code de procédure pénale qui prévoient que « **la preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat** » et encore celles de l'article 100-5, alinéa 3, du Code de procédure pénale qui prévoient « *à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense* ».

La jurisprudence rendue en application de ces textes prévoit simplement que le secret de ces correspondances lié à l'exercice des droits de la défense ne s'évincera que dans la mesure où l'avocat qui défend est censé participer lui-même à la commission d'une infraction¹⁾.

273 Par ordonnance rendue le 19 octobre 2011, le juge des libertés et de la détention a d'abord rappelé « *qu'il ressort de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 7 avril 1997 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques que, en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense,*

¹⁾ Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n° 177; Cass. crim., 17 sept. 2008, Bull. crim., n° 191; Cass. crim., 18 janv. 2006, Bull. crim., n° 22.

les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Il ajoute : « Cependant, le principe énoncé par ce texte ne saurait faire obstacle au pouvoir que détient le juge d'instruction de l'article 96 du Code de procédure pénale de saisir, à titre exceptionnel, les correspondances entre un avocat et son client et les pièces précédemment énumérées lorsque celles-ci sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat en qualité d'auteur principal ou de complice à l'infraction dont le juge d'instruction est saisi » et enfin décidé qu'il importait « en conséquence de rechercher si les pièces précitées au cabinet de Maître X... sont ou non couvertes par le secret professionnel, et dans l'affirmative si elles sont susceptibles d'établir la preuve de la participation éventuelle de l'avocat à une infraction ».

274 S'agissant précisément de la protection des correspondances échangées entre l'avocat perquisitionné et son propre conseil, le juge des libertés et de la détention a décidé de les restituer à l'avocat perquisitionné dans les termes suivants : « **Aucun élément de ces pièces ne paraît être constitutif d'une infraction dont les juges d'instruction sont saisis et qui pourrait être reprochée à Maître Y (le défenseur). Il importe dès lors d'ordonner la restitution immédiate de ces pièces, manifestement couvertes par le secret professionnel.** »

275 Une solution identique a été retenue par le juge des libertés et de la détention par une autre ordonnance du 28 octobre 2011.

EXIGENCE PRATIQUE

Tant l'autorité judiciaire que l'autorité administrative ne résistent pas à la tentation de perquisitionner l'avocat de la défense, c'est-à-dire l'avocat de l'avocat perquisitionné pour y saisir « les pièces du dossier ».

Le bâtonnier doit protester avec la plus grande sévérité contre ce détournement de procédure qui caractérise la volonté délibérée de tenir en échec l'exercice des droits de la défense alors que l'avocat de la défense ne peut évidemment se voir reprocher la commission de quoi que ce soit.

§3 La protection du secret des sources ⁽¹⁾

276 Il faut relever la protection par le juge des libertés et de la détention sur la contestation du délégué du bâtonnier du secret des sources des organes de presse.

Le juge des libertés et de la détention, par une ordonnance du 19 octobre 2011 accueillant la contestation du délégué du bâtonnier à propos de la protection du secret des sources, secret évidemment distinct du secret professionnel de l'avocat, a décidé de restituer à l'avocat perquisitionné un ensemble de courriers électroniques échangés avec des journalistes au motif que « la protection des sources des journalistes étant assurée par la loi, la production de ces pièces aux débats conduirait manifestement à un dévoilement des sources des journalistes concernés ».

Sur ce point, par une autre ordonnance du 28 octobre 2011, le juge des libertés et de la détention a de nouveau consacré la protection des sources des organes de presse et ce, en présence d'un représentant du parquet qui ne contestait d'ailleurs pas cette protection.

§4 La protection du secret des délibérations des arbitres

277 La contestation du bâtonnier portera également sur la protection du secret des délibérations des arbitres.

Le secret des délibérations des arbitres est prévu par les dispositions de l'article 1479 du Code de procédure civile qui édictent que « **les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes** ».

C'est justement ce caractère secret qui a été protégé par le juge des libertés et de la détention par une ordonnance du 28 octobre 2011 sur la contestation du délégué du bâtonnier et dans les termes suivants : « Les documents qu'il contient [le scellé] sont relatifs aux travaux des arbitres et plus généralement relèvent de leurs délibérations protégées par la règle fondamentale de confidentialité prescrite par l'article 1469 devenu l'article 1479 du Code de procédure civile (décret modificatif du 13 janvier 2011) qui énonce : "les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes". Les pièces correspondantes ne sauraient être saisies et doivent donc être restituées. »

Ainsi, le juge des libertés et de la détention a transposé l'ensemble des critères relatifs à la protection du secret professionnel de l'avocat, précisément celui de l'examen intrinsèque des pièces saisies et contestées, pour les appliquer à la matière de la protection du secret des arbitres.

¹⁾ Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes.

278 Une solution radicalement inverse a été prise par le juge des libertés et de la détention, dans une affaire médiatique, par une ordonnance du 1^{er} février 2013 dans les termes suivants : « Le délégué du bâtonnier prétend la justifier [l'opposition] par des attributions accordées aux fins d'assurer le respect de la présomption d'innocence, de la confidentialité des opérations d'arbitrage et du secret des délibérations du tribunal arbitral.

Le dernier intérêt énoncé par le délégué du bâtonnier est protégé par l'article 1479 du Code de procédure civile, lequel ne confie nullement la tâche de le faire respecter par le bâtonnier dans les conditions d'intervention décrites par l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Ce dernier article, pas plus que la jurisprudence dominante, n'autorisent le délégué du bâtonnier à élever une opposition à saisie de pièces pour les deux premiers motifs indiqués, le respect de la présomption d'innocence fait l'objet d'un dispositif spécifique inséré à l'article 9-1 du Code civil prolongé éventuellement par des poursuites pénales et disciplinaires mises en œuvre par la partie s'estimant lésée, quant à la confidentialité des opérations d'arbitrage, il s'agit d'une modalité éventuellement fixée par le compromis d'arbitrage sur laquelle les parties à cette convention ont charge de veiller.

Le domaine de l'opposition du bâtonnier ne peut être étendu au-delà des prévisions du législateur précisées par la jurisprudence.

En application de ces principes, le délégué du bâtonnier était incompétent pour former l'opposition.

Il nous apparaît que les saisies opérées relèvent du droit commun des saisies de pièces à conviction effectuées par un magistrat instructeur. »

279 Par ordonnance du même jour, le juge des libertés et de la détention a décidé, à propos d'un document relatif à une procédure d'arbitrage, d'assimiler la contestation du bâtonnier à une « obstruction » à la manifestation de la vérité et à l'enquête : « Qu'il n'est pas couvert par le secret professionnel attaché aux correspondances avocats-clients et entre avocats ; qu'il ne peut être invoqué un secret de l'arbitrage (l'expression "règle de confidentialité" serait plus appropriée) alors que celui-ci est au centre de la présente instruction sauf à faire obstruction à la manifestation de la vérité et clôturer un dossier d'information sans l'avoir préalablement instruit à décharge et à charge ; que ce document sera versé en procédure. »

Ainsi, si le droit évolue au gré des humeurs et des raisonnements des juges chargés de l'appliquer, l'étendue du secret à protéger au titre de l'article 56-1 a évolué, certes de manière chaotique, suite aux contestations de principe du délégué du bâtonnier.

SECTION III La jurisprudence du juge des libertés et de la détention sur la protection du secret-défense

280 Par ordonnance du 6 juillet 2012, le juge des libertés et de la détention a rejeté la contestation du délégué du bâtonnier à propos de la saisie des agendas présidentiels au domicile professionnel d'un ancien président de la République, de surcroît effectivement avocat, et perquisitionné à son cabinet également, dans les termes suivants : « Attendu qu'en application de l'article 67 de la Constitution du 4 octobre 1958, "le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68. Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que de faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises et engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la succession de ses fonctions".

Attendu que si l'article 67 de la Constitution édicte une immunité absolue pour les actes accomplis par le président de la République, en cette qualité, il convient de remarquer qu'il n'existe pas d'immunité pour les actes antérieurs, étant précisé qu'une partie des faits dont sont saisis les juges d'instruction se rattache à une période antérieure au mandat présidentiel ; que par ailleurs, s'agissant des actes commis pendant la période du mandat, l'immunité ne s'applique qu'aux actes commis en qualité de président de la République et non pas aux actes personnels, détachables de ce mandat, qui auraient éventuellement pu être commis ; qu'enfin s'agissant de la saisie opérée, les agendas saisis, s'il ne peut être contesté qu'ils se rapportent à la période d'immunité pour certains d'entre eux, constituent des éléments susceptibles d'intéresser l'enquête sur les faits dont sont saisis les juges d'instruction ; que l'article 67 n'interdit en rien une enquête sur ces faits ; qu'il prévoit une suspension de toutes procédures pendant la période de mandat présidentiel uniquement ; qu'en conséquence, il y a lieu de rejeter le moyen tiré de l'article 67 de la Constitution, s'agissant d'instruire sur des faits antérieurs au mandat présidentiel ou qui peuvent être totalement détachables de cette fonction.

Sur l'atteinte à la fonction d'avocat :

Attendu que le représentant du bâtonnier demande au juge des libertés et de la détention de dire que la saisie est irrégulière, en tant qu'elle constitue une violation pure et simple des règles régissant la profession d'avocat ;

Attendu que ne peut être attaquée la régularité de la saisie elle-même qui est conforme aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, l'ensemble des règles de procédure ayant été appliquées, ce qui n'est pas en l'espèce contesté ;

Attendu en conséquence qu'il appartient au juge des libertés et de la détention, pour chacun des scellés, d'apprécier si les pièces sont couvertes par le secret professionnel de l'avocat, et si elles sont en relation directe avec l'infraction, objet de la poursuite ; qu'il appartient également au magistrat de vérifier que la saisie est limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité. Attendu en conséquence qu'il y a lieu d'examiner les contestations soulevées pour chacun des scellés. (...)

Attendu que ces agendas peuvent permettre aux juges d'instruction de déterminer et de croiser les rendez-vous inscrits sur ceux-ci avec ceux qui sont déjà notés dans d'autres agendas ou établis par des témoignages, de retrouver les dates de rencontres entre les différents protagonistes du dossier ; qu'il convient de considérer que comme tels ils se rapportent directement aux faits dont sont saisis les juges d'instruction ; que l'examen de ces pièces permettra de déterminer si la personne perquisitionnée a pu éventuellement participer à une infraction pénale ; que par ailleurs s'agissant d'une période à laquelle M. X... n'exerçait plus la profession d'avocat, ces documents ne peuvent être susceptibles de porter atteinte à l'exercice de sa profession. »

281 Et pourtant, cette décision était fortement critiquable puisque ces agendas participaient inéluctablement de l'exercice de la fonction présidentielle, dont ils ne pouvaient être considérés comme détachables puisqu'ils portaient nécessairement sur une période correspondant intrinsèquement à l'exercice du mandat présidentiel, comme l'a soutenu avec force et talent notre confrère Thierry Herzog.

Le fait que leur saisie ait été réalisée, mais contestée par le délégué du bâtonnier, le 3 juillet 2012, après la fin du mandat présidentiel, était indifférent car, en effet, le principe de l'irresponsabilité posé par l'article 67, alinéa 1^{er}, de la Constitution est illimité dans le temps et ne cesse pas avec l'expiration du mandat présidentiel, comme l'a soutenu avec force et talent notre confrère Thierry Herzog.

Le délégué du bâtonnier était en droit de soulever cette contestation, n'étant pas l'auxiliaire de la poursuite dirigée contre un ancien président de la République également avocat depuis toujours, mais son contestataire en charge d'une mission de protection des droits de la défense et de la présomption d'innocence.

À juste titre et à bon escient d'ailleurs, puisque la procédure d'instruction a été clôturée par une ordonnance de non-lieu au profit de l'avocat perquisitionné, sans être épargné, à la fois à son domicile privé (précisément dans ses lieux consacrés à l'intimité de la vie privée), à son domicile professionnel et à son cabinet. Outre le secret-défense, le secret professionnel était également en cause, d'où la nécessité et l'urgence, sur place, de contester la saisie, de plus fort.

L'intervention de l'autorité de poursuite et du juge, hors perquisition

282 Les articles 60-1, 77-1-1 et 99-3 du Code de procédure pénale prévoient que le procureur de la République, le juge d'instruction ou l'OPJ sur autorisation, peuvent par tout moyen requérir de toute personne susceptible de détenir des documents intéressant l'enquête de remettre des documents y compris ceux issus d'un système informatique sans que puisse leur être opposée sans motif légitime l'obligation au secret professionnel.

Lorsque les réquisitions concernent des avocats mentionnés à l'article 56-1 du Code de procédure pénale, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord. Le défaut de réponse à réquisition n'est pas sanctionné pour les avocats de la peine d'amende délictuelle de 3 750 euros.

PROJET DE RÉFORME

Aucune remise de document couvert par le secret professionnel ne devrait intervenir sur réquisition du parquet ou injonction d'un juge spontanément par un avocat sans consultation préalable du bâtonnier ou de son délégué, qui peut s'opposer à une telle remise en notifiant son opposition au magistrat poursuivant.

Article 60-1 du CPP : « Le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus

d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

À l'exception des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, le fait de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à cette réquisition est puni d'une amende de 3 750 euros. À peine de nullité, ne peuvent être versés au dossier les éléments obtenus par une réquisition prise en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.»

Article 77-1-1 du CPP : « Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En cas d'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du second alinéa de l'article 60-1 sont applicables. Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable. »

Article 99-3 du CPP : « Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire par lui commis peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'instruction, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En l'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du 2^e alinéa de l'article 60-1 sont applicables.

Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable. »

283 Le Code de procédure pénale comporte, en effet, des dispositions susceptibles de ruiner la protection de la présence du bâtonnier ou de son délégué lors d'une mesure de saisie.

Soulignons que par arrêt rendu le 17 décembre 2013⁽¹⁾, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « l'accord des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 du Code de procédure pénale, parmi lesquelles figurent les avocats, n'est requis (...) que pour la remise des documents détenus par cette personne même ».

La Cour suprême maintient le raisonnement de la chambre de l'instruction selon lequel « il ressort des travaux parlementaires, repris par la circulaire du 14 mai 2004, que les dispositions de l'article 99-3 du Code de procédure pénale concernent les personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, parmi lesquelles figurent les avocats, lorsque ces personnes sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'instruction ; que ce texte donne donc le choix aux avocats, médecins, huissiers, notaires et journalistes d'accepter ou de refuser de répondre à la réquisition, et ce, sans commettre une violation du secret professionnel, ni encourir l'amende prévue au 2^e alinéa de l'article 60-1 du Code de procédure pénale ».

284 En d'autres termes, la chambre criminelle valide la saisie de documents couverts par le secret professionnel chez un tiers, alors que ces mêmes documents demandés à l'avocat pourraient faire l'objet d'un refus de communication parfaitement licite de sa part.

Ainsi, le secret professionnel de l'avocat ne serait protégé que par le lieu, cabinet ou domicile de l'avocat, et non plus par la nature même, intrinsèque, des documents saisis.

Par ce raisonnement, la Cour suprême contourne la garantie spéciale de procédure prévue par l'article 56-1 du Code de procédure pénale, dont la réforme s'impose, effectivement, de manière urgente.

En effet, la tentation du juge est forte de convoquer l'avocat en qualité de témoin pour se faire remettre spontanément des documents couverts par le secret professionnel, plutôt que de perquisitionner et de devoir subir la contestation du bâtonnier. Il arrive aussi que l'avocat soit tout simplement convoqué par l'officier de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire, pour un placement en garde à vue destiné également à obtenir la communication de documents couverts par le secret professionnel.

ANECDOTE

En pratique, il arrive que certaines autorités dont la DGCCRF investissent certains cabinets d'avocats pour y réclamer la communication de documents couverts par le secret professionnel, usant de pressions en ce sens au mépris des dispositions des textes régissant les perquisitions.

¹⁾ Cass. crim., 17 déc. 2013, n° 13-85717.

Les avocats doivent dénoncer ces intrusions à leur bâtonnier et, en tant que de besoin, au parquet qui, ès qualités d'autorité de poursuite, a vocation à rappeler à certaines autorités administratives les textes qui régissent les perquisitions en cabinet d'avocat et le secret professionnel.

Rappelons également dans un autre domaine susceptible de créer de graves difficultés les conséquences néfastes de l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile qui aboutissent parfois à la saisie de documents couverts par le secret professionnel et qui doivent susciter des protestations immédiates : *« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. »*

Partie

2

LES RÉGIMES PARTICULIERS DES VISITES DOMICILIAIRES ASSIMILÉES AUX PERQUISITIONS

L'article L. 621-12 du Code monétaire et financier impose la présence du bâtonnier avec pouvoir de contestation et superposition des voies de recours par renvoi aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale. Les articles L. 16B du Livre des procédures fiscales et L. 450-4 du Code de commerce ne prévoient pas cette présence obligatoire et ne renvoient pas à l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

En matière financière : l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier

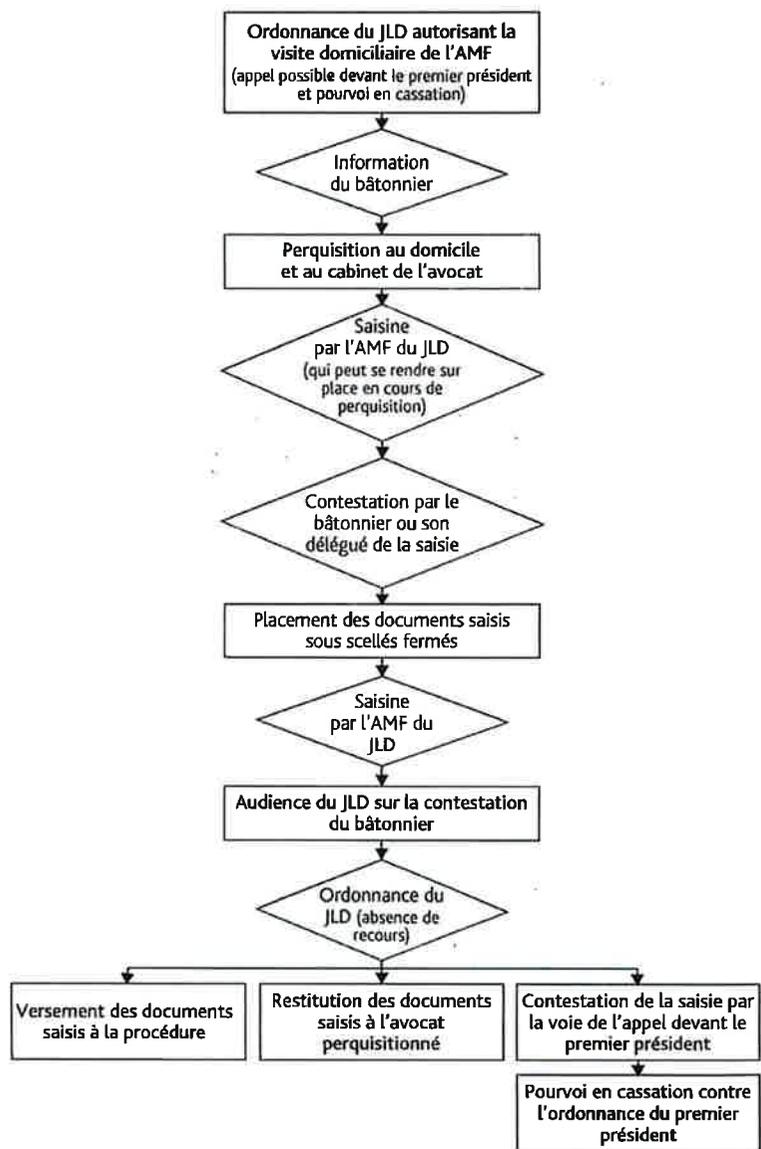
SECTION I La visite domiciliaire par l'Autorité des marchés financiers

285 Une seule perquisition a été pratiquée en six ans par l'Autorité des marchés financiers (AMF) au domicile d'un avocat (aucune par l'Autorité de la concurrence).

286 La présence du bâtonnier ou de son délégué n'est prévue que par l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier : les dispositions de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier⁽¹⁾ renvoient directement aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale dans les termes suivants en leur alinéa 10 : « *Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier, les dispositions des articles 56-1, 56-2 ou 56-3 du Code de procédure pénale, selon le cas, sont applicables.* »

¹⁾ CMF, art. L. 621-12, modifié par l'ordonnance n° 2009-233 du 26 février 2009.

PERQUISITION AMF (art. L. 621-12 du CMF, par renvoi à l'article 56-1 du CPP)



SECTION II La superposition des voies de recours

287 Ces dispositions instituent la superposition de deux voies de recours différentes, l'une devant le juge des libertés et de la détention dont l'ordonnance est insusceptible de recours, l'autre devant le premier président de la cour dont l'ordonnance est susceptible de pourvoi : « Pour la recherche des infractions définies aux articles L. 465-1 et L. 465-2 et des faits susceptibles d'être qualifiés de délit contre les biens et d'être sanctionnés par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers en application de l'article L. 621-15, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter peut, sur demande motivée du secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers, autoriser par ordonnance les enquêteurs de l'Autorité à effectuer des visites en tous lieux ainsi qu'à procéder à la saisie de documents et au recueil, dans les conditions et selon les modalités mentionnées aux articles L. 621-10 et L. 621-11, des explications des personnes sollicitées sur place.

Lorsque les locaux visités sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des juges des libertés et de la détention compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de l'Autorité de nature à justifier la visite. Il désigne l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Lorsque les opérations ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, le juge des libertés et de la détention saisi peut se déplacer sur les lieux quelle que soit leur localisation sur le territoire national.

L'ordonnance mentionnée au 1^{er} alinéa fait mention de la faculté pour l'occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil de son choix. L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et de saisie. Le délai et la voie de recours sont mentionnés dans l'ordonnance.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu aux 11^e et 12^e alinéas du présent article. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée, après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis. À défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance par acte d'huissier de justice. Une copie de l'ordonnance est adressée par lettre recommandée avec avis de réception à l'auteur présumé des délits mentionnés à l'alinéa 1^{er}.

L'ordonnance mentionnée au premier alinéa est exécutoire au seul vu de la minute. Cette ordonnance est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure. Les parties ne sont pas tenues de constituer avocat. Suivant les règles prévues par le Code de procédure civile, cet appel doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée, par pli recommandé ou à compter du 1^{er} janvier 2009 par voie électronique, au greffe de la cour dans un délai de 15 jours. Ce délai court à compter soit de la remise, soit de la réception, soit de la signification de l'ordonnance. Cet appel n'est pas suspensif. Le greffe du tribunal de grande instance transmet sans délai le dossier de l'affaire au greffe de la cour d'appel où les parties peuvent le consulter. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation, selon les règles prévues par le Code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de 15 jours.

La visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge qui l'a autorisée. Il peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

La visite ne peut être commencée avant six heures ou après vingt et une heures ; dans les lieux ouverts au public, elle peut également être commencée pendant les heures d'ouverture de l'établissement. Elle est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'Autorité.

Les enquêteurs de l'Autorité, l'occupant des lieux ou son représentant et l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces avant leur saisie.

L'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale. L'article 58 de ce code est applicable.

Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avocat ou d'un huissier, les dispositions des articles 56-1, 56-2 ou 56-3 du Code de procédure pénale, selon les cas, sont applicables.

Le procès-verbal de visite relatant les modalités et le déroulement de l'opération est dressé sur-le-champ par les enquêteurs de l'Autorité. Un inventaire des pièces et documents saisis lui est annexé. Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les enquêteurs de l'Autorité et par l'officier de police judiciaire ainsi que les personnes mentionnées au sixième alinéa du présent article ; en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal. Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est

avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire ; l'inventaire est alors établi.

Le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure connaît des recours contre le déroulement des opérations de visite ou de saisie autorisées en application du premier alinéa. Le procès-verbal et l'inventaire rédigés à l'issue de ces opérations mentionnent le délai et la voie de recours. Les parties ne sont pas tenues de constituer avocat. Suivant les règles prévues par le Code de procédure civile, ce recours doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée par pli recommandé ou à compter du 1^{er} janvier 2009 par voie électronique au greffe de la cour dans un délai de quinze jours. Ce délai court à compter de la remise ou de la réception soit du procès-verbal, soit de l'inventaire. Ce recours n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de quinze jours.

Les originaux du procès-verbal de visite et de l'inventaire sont, dès qu'ils ont été établis, adressés au juge qui a délivré l'ordonnance ; une copie de ces mêmes documents est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant ou, en leur absence, adressée par lettre recommandée avec avis de réception à l'occupant des lieux et le cas échéant à la personne visée par l'autorisation donnée dans l'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article qui pourrait avoir commis une infraction ou un fait mentionnés au même 1^{er} alinéa. À défaut de réception, il est procédé à la signification de ces documents par acte d'huissier de justice. Ces documents mentionnent le délai et la voie de recours.

Les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués à l'occupant des lieux. »

288 Par ordonnance du 29 décembre 2010, le juge des libertés et de la détention de Paris a jugé, sur la contestation du bâtonnier, que « les dispositions de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier, par le renvoi auquel elles procèdent à l'article 56-1 du Code de procédure pénale, ouvrent dans le cas de la perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat deux voies de contestation de la saisie, l'une devant le premier président de la cour d'appel statuant par ordonnance susceptible de pourvoi en cassation, l'autre devant le juge des libertés et de la détention statuant par ordonnance insusceptible de recours ; qu'il importe toutefois de relever que la décision du juge des libertés et de la détention, ordonnant le versement du scellé au dossier de la procédure, n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant la juridiction compétente selon les cas ; qu'il s'ensuit de la combinaison des textes précités que le juge des libertés et de la détention apprécie la régularité de la saisie au regard des seules exigences de l'article 56-1 du Code de procédure pénale afin de se prononcer sur la restitution de la pièce querellée tandis que le premier président

de la cour d'appel connaît de tout moyen de nullité afférent au déroulement des opérations de visite et de saisie ».

Ces règles sur la superposition des voies de recours sont les bienvenues en matière fiscale.

Chapitre 2

En matière fiscale : l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales

289 Précisions liminaires : cet ouvrage n'a pas la prétention de livrer un cours de procédure pénale et fiscale.

Il ne s'agit pas, en effet, d'aborder ici le rôle de la police judiciaire fiscale, créée par la loi de finances rectificative 2009-1674 du 30 décembre 2009⁽¹⁾, mais simplement le régime de la perquisition menée au plan fiscal par l'administration elle-même chez l'avocat⁽²⁾.

Ne seront donc que brièvement traitées les questions – qui relèvent de la procédure pénale – relatives aux perquisitions et gardes à vue fiscales entreprises sur plainte « tacite » ou « confidentielle » de l'administration fiscale, au visa de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales qui renvoie notamment au droit commun des perquisitions et des gardes à vue en matière judiciaire (sans plainte préalable de l'administration, notamment en matière de blanchiment de fraude fiscale – et d'escroquerie à la TVA – depuis l'arrêt Talmon rendu par la chambre criminelle le 20 février 2008, pourvoi n° 07-82977).

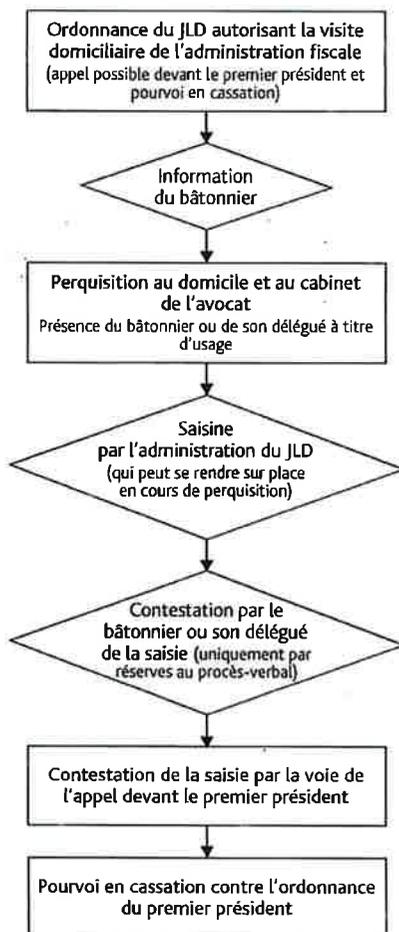
290 Précisons simplement que la BNRDF, ou « police judiciaire fiscale », a été créée par la loi de finances rectificative 2009-1674 du 30 décembre 2009 et comportait en janvier 2014 environ 50 officiers fiscaux judiciaires (OFJ). Avec la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale en vigueur au 8 décembre 2013, elle peut utiliser des « techniques spéciales d'enquête » propres aux infractions commises en bande organisée soit, d'infiltration, de surveillance, d'in-

1) L'article 28-2 du Code de procédure pénale institue la possibilité que des agents des services fiscaux puissent exercer des pouvoirs de police judiciaire, les officiers fiscaux judiciaires (OFJ), regroupés au sein de la Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF).

2) Sur ce point, il sera renvoyé aux ouvrages et revues spécialisés en matière fiscale.

terceptions téléphoniques, de captations de données informatiques, de saisies conservatoires, de fixations d'images et de sonorisations. Elle est rattachée à l'Office central de lutte contre la corruption, les infractions financières et fiscales par le décret n° 2013-960 du 25 octobre 2013.

PERQUISITION FISCALE (LPF, art. L. 16B)



291 L'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, modifié par la loi de finances rectificative n° 2009-1674 du 30 décembre 2009, envisage « une procédure judiciaire d'enquête fiscale » qui autorise l'administration à saisir l'autorité judiciaire en présence de simples « présomptions caractérisées » de fraude alliées à un « risque de dépérissement des preuves » qui permet de diligenter des perquisitions et de placer en garde à vue sans plainte préalable de l'administration fiscale et saisine de la Commission des infractions fiscales (CIF), autrement dénommée « le verrou (!) de Bercy » ou « verrou fiscal », qui autorise, en réalité, l'administration à porter plainte dans 90 %... des cas (et à s'en abstenir dans une limite de 10 % de manière arbitraire) et que la proposition n° 28 de la Commission Nadal proposait quand même de supprimer.

292 Ces dispositions de l'article 228 du Livre des procédures fiscales telles que résultant de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 prévoient l'absence d'information du contribuable de la saisine de la Commission des infractions fiscales dans l'hypothèse d'un risque de dépérissement des preuves : « Sous peine d'irrecevabilité, les plaintes tendant à l'application de sanctions pénales en matière d'impôts directs, de taxe sur la valeur ajoutée et autres taxes sur le chiffre d'affaires, de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de droits de timbre sont déposées par l'administration sur avis conforme de la Commission des infractions fiscales.

La commission examine les affaires qui lui sont soumises par le ministre chargé du Budget. Le contribuable est avisé de la saisine de la commission qui l'invite à lui communiquer, dans un délai de trente jours, les informations qu'il jugerait nécessaires.

Toutefois, la commission examine l'affaire sans que le contribuable soit avisé de la saisine ni informé de son avis lorsque le ministre chargé du Budget fait valoir qu'existent des présomptions caractérisées qu'une infraction fiscale pour laquelle existe un risque de dépérissement des preuves résulte :

- 1° Soit de l'utilisation, aux fins de se soustraire à l'impôt de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ;
- 2° Soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger ;
- 3° Soit de l'usage d'une fausse identité ou de faux documents au sens de l'article 441-1 du Code pénal, ou de toute autre falsification ;
- 4° Soit d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger ;
- 5° Soit de toute autre manœuvre destinée à égarer l'administration. »

293 En effet, il n'est pas impossible que la nouvelle définition du délit de fraude fiscale aggravée, qui permet la mise en place de techniques spéciales d'enquête prévues en matière de criminalité en bande organisée, soit susceptible d'engendrer de nouvelles perquisitions.

Il est prévu par le nouveau texte de l'article 1741 du Code général des impôts tel que résultant de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 que « sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans.

Les peines sont portées à 2 000 000 euros et sept ans d'emprisonnement lorsque les faits ont été commis en bande organisée ou réalisés ou facilités au moyen :

1° Soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ;

2° Soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiduciaire ou institution comparable établis à l'étranger ;

3° Soit de l'usage d'une fausse identité ou de faux documents, au sens de l'article 441-1 du Code pénal, ou de toute autre falsification ;

4° Soit d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger ;

5° Soit d'un acte fictif ou artificiel ou de l'interposition d'une entité fictive ou artificielle.

Toutefois, cette disposition n'est applicable, en cas de dissimulation, que si celle-ci excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros.

Toute personne condamnée en application des dispositions du présent article peut être privée des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du Code pénal.

La juridiction peut, en outre, ordonner l'affichage de la décision prononcée et la diffusion de celle-ci dans les conditions prévues aux articles 131-35 ou 131-39 du Code pénal.

La durée de la peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un des délits mentionnés au présent article est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis d'identifier les autres auteurs ou complices.

Les poursuites sont engagées dans les conditions prévues aux articles L. 229 à L. 231 du Livre des procédures fiscales. »

294 L'introduction d'un nouvel article 28-2 dans le Code de procédure pénale par la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 – qui permet aux agents des services fiscaux d'effectuer des enquêtes judiciaires sur réquisitions du parquet ou sur commission rogatoire d'un juge d'instruction – n'a apporté aucune amélioration à quelque titre

que ce soit à cette situation fondamentalement déséquilibrée (création du SEJUF: service judiciaire fiscal composé d'agents de l'administration fiscale ayant qualité d'OPJ: les OFJ, officiers fiscaux judiciaires agissant sur plainte de l'administration fiscale après avis conforme de la Commission des infractions fiscales).

À propos des – rares – perquisitions chez les avocats sur le fondement de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales, l'auteur entend préciser qu'au cours des six dernières années, l'administration fiscale a perquisitionné le domicile et le cabinet d'un avocat sur le seul fondement de pièces arguées de faux et ayant justifié de la part de celui-ci le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile du chef de faux et usage. En outre, dans une autre affaire, l'administration fiscale a envisagé de perquisitionner simultanément non seulement un avocat soupçonné de fraude, mais également l'avocat de cet avocat – l'avocat de la défense – parce qu'en possession des pièces du dossier! Et ainsi privé de la possibilité d'assister son confrère lors de la perquisition à son domicile et à son cabinet, jusqu'aux virulentes protestations des délégués du bâtonnier et celles de l'OPJ présent sur place, lui aussi, et légalement en charge de la protection du secret professionnel et des droits de la défense.

SECTION I Divergences des textes des articles L. 16B du Livre des procédures fiscales et 56-1 du Code de procédure pénale

295 Force est de constater que les dispositions des articles L. 16B du Livre des procédures fiscales et 56-1 du Code de procédure pénale contiennent des garanties octroyées au justiciable-avocat lesquelles cependant diffèrent d'un texte à l'autre.

Rappelons que les dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales prévoient l'hypothèse d'une saisine de l'autorité judiciaire par l'administration fiscale lorsque cette dernière estime qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de la taxe sur la valeur ajoutée en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le Code général des impôts.

296 Dans ce cas, l'autorité judiciaire peut autoriser les agents à rechercher la preuve de ces agissements en effectuant des visites en tous lieux, même privés, où les pièces et documents s'y rapportant sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie, quel qu'en soit le support.

Chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention qui comporte notamment la mention de la faculté pour le contribuable de faire appel à un conseil de son choix, qui n'existe d'ailleurs pas dans le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Rien n'y est dit sur la présence du bâtonnier ou de son délégué.

En outre, si la visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées et qui donne toutes instructions aux agents, un officier de police judiciaire désigné par le même magistrat aura pour mission d'assister aux opérations et de le tenir informé de leur déroulement.

SECTION II Le rôle de l'officier de police judiciaire

297 Le texte de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales dispose que l'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du 3^e alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale (et non pas 56-1 du Code de procédure pénale).

L'article 56 du Code de procédure pénale prévoit, en effet, que l'officier de police judiciaire a seul le droit de prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie.

298 L'article L. 16B du Livre des procédures fiscales ne prévoit en aucun cas l'indispensable présence du bâtonnier ou de son délégué, dont la présence sur place semble procéder d'un usage à la suite de l'accord conclu entre l'administration fiscale et le Barreau.

L'officier de police judiciaire est donc perçu dans un cas (CPP, art. 56-1) comme devant être tenu expressément à l'écart de la consultation de documents couverts par le secret professionnel alors que, dans un autre cas (LPF, art. L. 16B et CPP, art. 28-2), la solution est inverse au nom du respect du secret professionnel et des droits de la défense.

299 Même constatation dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 28-2 du Code de procédure pénale telles qu'issues de la loi n° 2009-1674 du

30 décembre 2009. En effet, lorsque, sur réquisitions du procureur de la République des agents des services fiscaux procèdent à des enquêtes judiciaires ou sur commission rogatoire, il est renvoyé aux dispositions notamment de l'article 56 du Code de procédure pénale, mais à aucun moment l'article 28-2 ne renvoie directement à l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Aussi, il est clair qu'une réforme s'impose au plan législatif pour que les dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales renvoient expressément – comme c'est le cas des dispositions de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier – à celles de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

300 Les avocats se devaient d'être protégés par la présence de leur bâtonnier en matière de perquisition fiscale.

L'article L. 16B du Livre des procédures fiscales modifié par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 dispose que : « I. Lorsque l'autorité judiciaire, saisie par l'administration fiscale, estime qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou des taxes sur le chiffre d'affaires en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexacts ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le Code général des impôts, elle peut, dans les conditions prévues au II, autoriser les agents de l'administration des impôts, ayant au moins le grade d'inspecteur et habilités à cet effet par le directeur général des finances publiques, à rechercher la preuve de ces agissements, en effectuant des visites en tous lieux, même privés, où les pièces et documents s'y rapportant sont susceptibles d'être détenus ou d'être accessibles ou disponibles et procéder à leur saisie, quel qu'en soit le support.

II. Chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter.

Le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite.

L'ordonnance comporte :

- a) L'adresse des lieux à visiter ;
- b) Le nom et la qualité du fonctionnaire habilité qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite ;
- c) L'autorisation donnée au fonctionnaire qui procède aux opérations de visite de recueillir sur place, dans les conditions prévues au III bis, des renseignements et justifications auprès de l'occupant des lieux ou de son représentant et, s'il est présent, du

contribuable mentionné au I, ainsi que l'autorisation de demander à ceux-ci de justifier pendant la visite de leur identité et de leur adresse, dans les mêmes conditions.

d) La mention de la faculté pour le contribuable de faire appel à un conseil de son choix.

L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et de saisie.

Le juge motive sa décision par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui laissent présumer, en l'espèce, l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée.

Si, à l'occasion de la visite, les agents habilités découvrent l'existence d'un coffre dans un établissement de crédit ou une société de financement dont la personne occupant les lieux visités est titulaire et où des pièces et documents se rapportant aux agissements visés au I sont susceptibles de se trouver, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ce coffre. Mention de cette autorisation est portée au procès-verbal prévu au IV.

La visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. À cette fin, il donne toutes instructions aux agents qui participent à ces opérations.

Il désigne un officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement.

Il peut, s'il l'estime utile, se rendre dans les locaux pendant l'intervention.

À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance est exécutoire au seul vu de la minute.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu au IV. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée, après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

À défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance par acte d'huissier de justice.

Le délai et la voie de recours sont mentionnés dans l'ordonnance.

L'ordonnance peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel. Les parties ne sont pas tenues de constituer avocat.

Suivant les règles prévues par le Code de procédure civile, cet appel doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée, par pli recommandé ou, à compter du 1^{er} janvier 2009, par voie électronique, au greffe de la cour dans un délai de 15 jours. Ce délai court à compter soit de la remise, soit de la réception, soit de la signification de l'ordonnance. Cet appel n'est pas suspensif.

Le greffe du tribunal de grande instance transmet sans délai le dossier de l'affaire au greffe de la cour d'appel où les parties peuvent le consulter.

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation, selon les règles prévues par le Code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de 15 jours.

III. La visite, qui ne peut être commencée avant six heures ni après 21 heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'administration des impôts.

Les agents de l'administration des impôts mentionnés au I peuvent être assistés d'autres agents des impôts habilités dans les mêmes conditions que les inspecteurs.

Les agents des impôts habilités, l'occupant des lieux ou son représentant et l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

L'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale ; l'article 58 de ce code est applicable.

III bis. Au cours de la visite, les agents des impôts habilités peuvent recueillir, sur place, des renseignements et justifications concernant les agissements du contribuable mentionné au I auprès de l'occupant des lieux ou de son représentant et, s'il est présent, de ce contribuable, après les avoir informés que leur consentement est nécessaire. Ces renseignements et justifications sont consignés dans un compte rendu annexé au procès-verbal mentionné au IV et qui est établi par les agents des impôts et signé par ces agents, les personnes dont les renseignements et justifications ont été recueillis ainsi que l'officier de police judiciaire présent.

Les agents des impôts peuvent demander à l'occupant des lieux ou à son représentant et au contribuable, s'ils y consentent, de justifier de leur identité et de leur adresse.

Mention des consentements est portée au compte rendu ainsi que, le cas échéant, du refus de signer.

IV. Un procès-verbal relatant les modalités et le déroulement de l'opération et consignait les constatations effectuées est dressé sur-le-champ par les agents de l'administration des impôts. Un inventaire des pièces et documents saisis lui est annexé s'il y a lieu. Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les agents de l'administration des impôts et par l'officier de police judiciaire ainsi que par les personnes mentionnées au premier alinéa du III ; en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal.

Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire ; l'inventaire est alors établi.

IV bis. Lorsque l'occupant des lieux ou son représentant fait obstacle à l'accès aux pièces ou documents présents sur un support informatique, à leur lecture ou à leur saisie, mention en est portée au procès-verbal.

Les agents de l'administration des impôts peuvent alors procéder à la copie de ce support et saisir ce dernier, qui est placé sous scellés. Ils disposent de 15 jours à compter de la date de la visite pour accéder aux pièces ou documents présents sur le support informatique placé sous scellés, à leur lecture et à leur saisie, ainsi qu'à la restitution de ce dernier et de sa copie. Ce délai est prorogé sur autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention.

À la seule fin de permettre la lecture des pièces ou documents présents sur le support informatique placé sous scellés, les agents de l'administration des impôts procèdent aux opérations nécessaires à leur accès ou à leur mise au clair. Ces opérations sont réalisées sur la copie du support.

L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés, à la lecture et à la saisie des pièces et documents présents sur ce support informatique, qui ont lieu en présence de l'officier de police judiciaire.

Un procès-verbal décrivant les opérations réalisées pour accéder à ces pièces et documents, à leur mise au clair et à leur lecture est dressé par les agents de l'administration des impôts. Un inventaire des pièces et documents saisis lui est annexé, s'il y a lieu.

Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les agents de l'administration des impôts et par l'officier de police judiciaire ainsi que par l'occupant des lieux ou son représentant ; en son absence ou en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal.

Il est procédé concomitamment à la restitution du support informatique et de sa copie. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'administration accomplit alors sans délai toutes diligences pour les restituer.

V. Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont, dès qu'ils ont été établis, adressés au juge qui a autorisé la visite ; une copie de ces mêmes documents est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant. Une copie est également adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'auteur présumé des agissements mentionnés au I, nonobstant les dispositions de l'article L. 103.

Les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des locaux dans les six mois de la visite ; toutefois, lorsque des poursuites pénales sont engagées, leur restitution est autorisée par l'autorité judiciaire compétente.

Le procès-verbal et l'inventaire mentionnent le délai et la voie de recours.

Le premier président de la cour d'appel connaît des recours contre le déroulement des opérations de visite ou de saisie. Les parties ne sont pas tenues de constituer avocat.

Suivant les règles prévues par le Code de procédure civile, ce recours doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée, par pli recommandé ou, à

compter du 1^{er} janvier 2009, par voie électronique, au greffe de la cour dans un délai de 15 jours. Ce délai court à compter de la remise ou de la réception soit du procès-verbal, soit de l'inventaire, mentionnés au 1^{er} alinéa. Ce recours n'est pas suspensif.

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de 15 jours.

VI. L'administration des impôts ne peut opposer au contribuable les informations recueillies, y compris celles qui procèdent des traitements mentionnés au 3^e alinéa, qu'après restitution des pièces et documents saisis ou de leur reproduction et mise en œuvre des procédures de contrôle visées aux 1^{er} et 2^e alinéas de l'article L. 47.

Toutefois, si, à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la notification d'une mise en demeure adressée au contribuable, à laquelle est annexé un récapitulatif des diligences accomplies par l'administration pour la restitution des pièces et documents saisis ou de leur reproduction, ceux-ci n'ont pu être restitués du fait du contribuable, les informations recueillies sont opposables à ce dernier après mise en œuvre des procédures de contrôle mentionnées aux 1^{er} et 2^e alinéas de l'article L. 47 et dans les conditions prévues à l'article L. 76C.

En présence d'une comptabilité tenue au moyen de systèmes informatisés saisis dans les conditions prévues au présent article, l'administration communique au contribuable, au plus tard lors de l'envoi de la proposition de rectification prévue au 1^{er} alinéa de l'article L. 57 ou de la notification prévue à l'article L. 76, sous forme dématérialisée ou non au choix de ce dernier, la nature et le résultat des traitements informatiques réalisés sur cette saisie qui concourent à des rehaussements, sans que ces traitements ne constituent le début d'une procédure de vérification de comptabilité. Le contribuable est informé des noms et adresses administratives des agents par qui, et sous le contrôle desquels, les opérations sont réalisées. »

SECTION III La conformité de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales à l'article 8 de la Convention

301 Par arrêt rendu le 23 mars 2010⁽¹⁾, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « les dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales, qui organisent le droit de visite des agents de l'administration des impôts et le recours

1) Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-14101.

devant le premier président de la cour d'appel, assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle ainsi que du droit d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite avec les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale, de sorte que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile est proportionnée au but légitime poursuivi.

Elles ne contreviennent pas à celles de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

302 Rappelons que la CEDH par l'arrêt *Ravon c/ France* (requête n° 18497/03) avait notamment jugé que le « système français des visites et saisies domiciliaires prévu à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales était contraire à la Convention (...) notamment à l'article 6 § 1. Ces arrêts sont à l'origine de plusieurs réformes ayant eu pour but (...) d'accroître les droits de la défense... »⁽¹⁾.

SECTION IV L'article L. 16B du Livre des procédures fiscales ne prévoit aucune garantie spéciale de procédure

303 Par arrêt rendu le 15 juin 2010⁽²⁾, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne s'appliquait pas en matière de visite domiciliaire dans les termes suivants : « Mais attendu, d'une part, que l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales impose à l'officier de police judiciaire, désigné par le juge des libertés et de la détention, de veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale, en précisant que l'article 58 de ce code est applicable : que l'administration des impôts ne peut opposer au contribuable les informations recueillies qu'après restitution des pièces et documents saisis ou de leur reproduction et mise en œuvre des procédures de contrôle visées aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales ; que, dès lors, l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne s'applique pas en matière de visite domiciliaire :

Et attendu, d'autre part, que l'ordonnance constate qu'outre M. X..., deux délégués du bâtonnier de l'Ordre des avocats assistaient aux opérations, que deux officiers de

1) Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2011.

2) Cass. com., 15 juin 2010, n° 657 F-D.09-66.684.09-66.707.

police judiciaire représentaient le juge des libertés et de la détention et que ce dernier était venu sur place au cours de leur déroulement ; qu'elle relève que sa représentation par des officiers de police judiciaire n'avait suscité aucune protestation des avocats présents ; que le premier président a pu déduire de ces éléments, sans contrevenir aux dispositions des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les opérations de visite et saisies dans le cabinet de l'avocat, par les agents des impôts, se sont déroulées conformément à la loi. »

SECTION V La saisie est sécable

304 Par arrêt rendu le 18 janvier 2011⁽¹⁾, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, dans une espèce qui ne concernait pas une perquisition dans un cabinet d'avocat, que la saisie pratiquée dans les locaux d'une personne soupçonnée de fraude fiscale, en vue de rechercher les preuves de cette fraude, était nulle en ce qu'elle avait concerné des correspondances d'avocat couvertes par le secret mais que la nullité ne s'étendait pas à l'ensemble des opérations de visite et de saisie : « La présence dans une messagerie électronique de courriels couverts par le secret professionnel n'a pas pour effet d'invalider la saisie des autres éléments de cette messagerie. »

305 Notons que, par arrêt rendu le 3 mai 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales, a cassé et annulé l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel rendue suite à recours à l'encontre du déroulement des opérations de visite et de saisie de l'administration fiscale au motif que l'ordonnance critiquée méconnaissait les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 sur le secret professionnel.

En l'espèce, il s'agissait de courriels en-tête de l'avocat luxembourgeois de la société visitée pourvus d'un avis de confidentialité et se rapportant à des activités de gestion relatives à la domiciliation des installations de la société au Luxembourg, à son raccordement téléphonique, à l'établissement de son bilan, au retard de paiement de l'impôt au Luxembourg et au paiement des honoraires du commissaire aux comptes.

L'ordonnance critiquée avait jugé que ces courriels se rapportaient non à des activités de défense mais de gestion et ainsi restreint l'étendue du secret professionnel.

C'est en ces termes que la chambre commerciale casse et annule au motif qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à

1) Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11777.

celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.

La saisie des documents confidentiels est donc annulée. Cela dit, pour empêcher que l'administration n'exploite *a posteriori* les documents confidentiels saisis au plan informatique au cours de la perquisition, faut-il envisager de s'adresser en référé au premier président de la Cour, entre l'étape de la saisie et celle de l'audience au fond du premier président, pour obtenir leur placement sous scellés fermés aux fins de préserver le secret professionnel ? En effet, les pièces saisies sont conservées par l'administration saisissante jusqu'à décision définitive sur les recours – comme l'a jugé par ailleurs la Chambre criminelle en matière de concurrence par arrêt du 22 janvier 2014 (Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 13-81013). (Il est rappelé qu'à la suite d'une saisie sur le fondement de l'article L. 16B du LPF, il est recommandé d'exercer simultanément un recours à la fois contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui a autorisé la perquisition ou visite, mais également contre les opérations de saisies elles-mêmes. Ces deux recours s'effectuent par la voie de l'appel.)

Notre confrère Delphine Ravon suggère, à juste titre, cette initiative procédurale en conscience du risque de se heurter à une exigence de la part du premier président statuant en référé, que soient communiqués aux débats ces mêmes documents confidentiels par ailleurs saisis. En effet, la seule communication d'une liste de ces mêmes documents risque d'être considérée comme insuffisante par le juge des référés. Ainsi, pour obtenir de l'administration qu'elle n'exploite pas *a posteriori* les documents confidentiels saisis, encore faudrait-il que ces mêmes documents soient versés aux débats en référé pour permettre leur identification. La protection du secret professionnel passerait-elle d'abord par sa violation ? Pourquoi pas, si au final les documents irrégulièrement saisis parce que confidentiels, sont provisoirement inaccessibles à l'administration du fait de leur placement sous scellés fermés (et plus tard restitués à l'avocat du fait de l'annulation de leur saisie au fond).

SECTION VI La censure du Conseil constitutionnel

306 Rappelons que le Conseil constitutionnel, saisi par soixante sénateurs le 6 novembre 2013, de la constitutionnalité de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, a fait disparaître l'ajout à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales du renvoi aux garanties prévues par

l'article 56-1 du Code de procédure pénale à propos des perquisitions fiscales dans les cabinets et au domicile d'avocats.

Le Conseil national des barreaux avait pu obtenir du législateur l'insertion dans l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales d'un paragraphe *V bis* au terme duquel : « Dans l'hypothèse où la visite concerne le cabinet ou le domicile d'un avocat, les locaux de l'Ordre des avocats ou les locaux des caisses de règlement pécuniaire des avocats, il est fait application de l'article 56-1 du Code de procédure pénale. »

Fortuitement, cette disposition avait été intégrée dans l'article 38 du projet de loi du 5 novembre 2013 au lieu d'être prévue dans un autre article indépendant.

Ainsi, la discussion sur la constitutionnalité de l'article 38 du projet de loi ne portait pas sur le paragraphe *V bis* ajouté à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales.

307 Cependant, le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions des articles 38 et 40 de la loi du 5 novembre 2013 permettaient aux administrations fiscale et douanière d'utiliser toutes les informations qu'elles recevaient, quelle qu'en soit l'origine, à l'appui des demandes d'autorisation de procéder à des visites domiciliaires fiscales opérées sur le fondement des articles L. 16B et L. 38 du Livre des procédures fiscales ou des visites domiciliaires douanières opérées en application de l'article 64 du Code des douanes :

« Sur les articles 38 et 40 :

35. Considérant que l'article 38 de la loi modifie le livre des procédures fiscales afin de permettre à l'administration fiscale de demander au juge des libertés et de la détention l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de toute information quelle qu'en soit l'origine ; qu'il insère, après le deuxième alinéa du paragraphe II de l'article L. 16B de ce code, relatif à l'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices et à la taxe sur la valeur ajoutée, ainsi qu'après le 2^e alinéa du 2 de l'article L. 38 du même code, relatif aux contributions indirectes, au timbre et aux législations assimilées, un alinéa ainsi rédigé :

« À titre exceptionnel, le juge peut prendre en compte les documents, pièces ou informations mentionnés à l'article L. 10-0 AA, lesquels ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine, lorsqu'il apparaît que leur utilisation par l'administration est proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues par le Code général des impôts ; qu'il insère également, après le paragraphe V de l'article L. 16 B, un paragraphe *V bis* aux termes duquel : « Dans l'hypothèse où la visite concerne le cabinet ou le domicile d'un avocat, les locaux de l'Ordre des avocats ou les locaux des caisses de règlement pécuniaire des avocats, il est fait application de l'article 56-1 du Code de procédure pénale » ;

36. Considérant que, selon les requérants, les dispositions de l'article 38 de la loi méconnaissent tant le droit au respect de la vie privée que le respect des droits de la défense garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

37. Considérant, par ailleurs, que l'article 40 de la loi modifie l'article 64 du Code des douanes afin d'introduire dans cet article des dispositions similaires à celles de l'article 38 précité ;

38. Considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile ;

39. Considérant que les dispositions des articles 38 et 40 permettent aux administrations fiscale et douanière d'utiliser toutes les informations qu'elles reçoivent, quelle qu'en soit l'origine, à l'appui des demandes d'autorisation de procéder à des visites domiciliaires fiscales opérées sur le fondement des articles L. 16B et L. 38 du Livre des procédures fiscales ou des visites domiciliaires douanières opérées sur le fondement de l'article 64 du Code des douanes ;

Qu'elles prévoient que l'utilisation de ces informations doit être exceptionnelle et "proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues", selon les cas, au Code général des impôts ou au Code des douanes ; que, toutefois, en permettant que le juge autorise l'administration à procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de documents, pièces ou informations de quelque origine que ce soit, y compris illégale, le législateur a privé de garanties légales les exigences du droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile ;

40. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les articles 38 et 40 doivent être déclarés contraires à la Constitution. »

308 Le Conseil constitutionnel a essentiellement retenu que si ces dispositions prévoyaient que l'utilisation de ces informations devait être exceptionnelle et « proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues » au Code général des impôts ou au Code des douanes, elles permettaient que le juge autorise l'administration à procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de documents, pièces ou informations, de quelque origine que ce soit, y compris illégales.

309 Il en résultait ainsi que le législateur avait privé de garanties légales les exigences du droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile, si bien que les articles 38 et 40 de la loi du 5 novembre 2013 ont été abrogés dans leur intégralité (en réalité, pour la doctrine, il ne s'agit pas de préserver l'inviolabilité du domicile mais le secret professionnel. « *Le raisonnement surprend : la possibilité d'utiliser des documents d'origine illégale porte atteinte non directement au principe d'inviolabilité du domicile, mais aux valeurs sacrifiées par la fabrication ou la révélation de ces éléments de preuve (secret professionnel, intimité de la vie privée, droit de propriété, etc.)*. Dès lors, l'inviolabilité du domicile devait rationnellement être mise en balance avec les nécessités de la répression de la fraude fiscale, et ladite répression avec les intérêts atteints par le document d'origine illicite.

Le « raccourci » emprunté par le Conseil constitutionnel méritait donc d'être justifié »⁽¹⁾).

Certes, maigre consolation, le législateur a consacré le principe de la loyauté de la preuve, comme fondement de la mesure intrusive.

310 Pourtant, l'inconstitutionnalité ne concernait en aucun cas les garanties du paragraphe V *bis* qui devait impérativement être ajouté à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales.

En effet, les règles de l'article 56-1 du Code de procédure pénale se devaient d'être étendues à l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales en tant qu'elles consacraient l'existence de deux voies différentes de contestation de la saisie, l'une devant le premier président de la cour, l'autre devant le juge des libertés et de la détention.

Le texte précité prévoyait un recours effectif non seulement contre l'ordonnance d'autorisation de la procédure de visite et de saisie par l'occupant des locaux visités et par l'intéressé, mais également contre les opérations de saisie devant le premier président de la cour dont la décision est susceptible de pourvoi alors que l'article 56-1 du Code de procédure pénale prévoit une contestation devant le juge des libertés et de la détention, dont l'ordonnance est insusceptible de recours.

Le premier président peut réformer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ou l'annuler, étant précisé que cette ordonnance est susceptible de pourvoi.

311 Ainsi avec la récente réforme dont nous étions les auteurs – article 38 du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 5 novembre 2013 – qui prévoyait dans le texte de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales un renvoi aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale, nous nous retrouvions dans une situation heureuse de multiplication des recours.

L'avocat perquisitionné, qui bénéficiait de l'assistance d'un conseil, pouvait à la fois interjeter appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui autorisait la perquisition, interjeter appel des opérations de saisies devant le premier président et, par le délégué du bâtonnier qui aurait exigé le placement sous scellés fermés des pièces saisies, provoquer la saisine par l'administration du juge des libertés et de la détention, qui devait trancher la contestation par une ordonnance non susceptible de recours...

À propos du rôle du premier président saisi d'un appel contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé la visite en matière douanière, il faut retenir l'arrêt rendu le 21 janvier 2014 par la chambre commerciale de la Cour de cassation (n° T12-26.169) qui retient qu'en application des textes des articles 64 du

1) « Possibilité pour l'administration fiscale d'utiliser des documents quelle qu'en soit l'origine », *Revue de droit fiscal*, n° 51, 19 décembre 2013, Comm. 574 par Stéphane Detraz, maître de conférence à l'université Paris-Sud XI, faculté Jean Monnet.

Code des douanes et 561 du Code de procédure civile, « le premier président saisi d'un appel contre une ordonnance ayant autorisé des visites et saisies doit, en vertu de l'effet dévolutif, rechercher et caractériser lui-même les éléments laissant présumer l'existence d'une infraction de nature à justifier la requête de l'administration ». L'exercice des voies de recours contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention s'impose en tout état de cause pour contester les éléments constitutifs de l'infraction présumée imputée à charge contre le perquisitionné.

SECTION VII La présence du bâtonnier à titre d'usage

312 Cette consécration législative était pourtant intervenue après de longs combats menés par l'Ordre des avocats de Paris, précisément à l'époque du bâtonnier Philippe Lafarge qui, avec le concours de notre confrère Patrick Michaud – à l'origine de l'arrêt de la CEDH du même nom du 6 décembre 2012 –, alors membre du Conseil de l'ordre, avait réussi à imposer en fait la présence du bâtonnier lors des perquisitions fiscales sans pouvoir cependant exercer en fait les prérogatives de l'article 56-1 du Code de procédure pénale et ne pouvant, dès lors, que faire noter des réserves au procès-verbal de perquisition.

Il était donc urgent de poursuivre ce combat et d'harmoniser les textes d'application cumulée qui se chevauchent de manière déséquilibrée quant aux recours.

SECTION VIII Les interventions concurrentes du bâtonnier et de l'officier de police judiciaire

313 Le texte actuellement en vigueur de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales reste mal rédigé puisqu'il peut laisser penser que l'officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations peut être perçu par l'administration comme étant le relais du juge et en charge de la protection du secret professionnel et des droits de la défense. En effet, le bâtonnier, ou son délégué, en l'état des textes, ne possède aucun statut clairement défini alors qu'il est au premier chef en charge de la protection du secret professionnel et des droits de la défense. Des droits de la défense également protégés par l'OPJ... Bâtonnier et OPJ se retrouvent donc en concurrence pour la protection de ceux-ci.

Le rôle de l'officier de police judiciaire n'est plus celui d'un enquêteur mais celui d'un garant du secret et des droits de la défense. Rien n'empêche une bonne intelligence entre l'officier de police judiciaire et le bâtonnier ou son délégué. Au contraire, cette bonne entente est souhaitée.

314 Il est rare que l'officier de police judiciaire résiste à l'administration mais il arrive qu'un officier de police judiciaire exige de l'administration que soient exclus de la saisie des courriers entre l'avocat et son client ou que soient annulées les prestations figurant sur les notes d'honoraires dont la saisie est envisagée.

Ainsi, l'officier de police judiciaire qui le souhaite peut aisément et pleinement jouer son rôle de garant du respect du secret professionnel et des droits de la défense en concurrence avec son compétiteur naturel... le bâtonnier ou son délégué.

SECTION IX Le rôle du juge des libertés et de la détention

315 Le texte prévoit en effet que « la visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisés. À cette fin, il donne toutes les instructions aux agents qui participent à ces opérations.

*Il peut, s'il l'estime utile, se rendre dans les locaux pendant l'intervention.
À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite. »*

316 C'est le juge des libertés et de la détention qui désigne un officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations de perquisition et de le tenir informé de leur déroulement ; de même si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés dont l'ouverture a lieu en présence de l'officier de police judiciaire.

317 De son côté, le juge des libertés et de la détention peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention et peut, à tout moment, décider de la suspension ou de l'arrêt de la visite. La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge des libertés et de la détention qui les a autorisés et qui donne toutes instructions aux agents de l'administration qui participent aux opérations.

Ainsi, le juge des libertés et de la détention autorise la perquisition, y participe mais ne devient plus, faute de renvoi à l'article 56-1 du Code de procédure pénale, le juge chargé de trancher les difficultés relatives à l'application du secret professionnel.

Cela dit, évitons de faire preuve d'angélisme.

318 Certes, la loi nouvelle précitée autorisait l'administration fiscale à exploiter toutes informations et tous documents, y compris ceux dont l'origine était illicite, qu'elle recevait, quelle qu'en soit l'origine, pour procéder à une visite domiciliaire sous la seule condition de leur utilisation proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues par le Code général des impôts.

Relevons, en effet, la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel par sa décision n° 2013-679DC du 4 décembre 2013 sur les articles 37 et 39 de la loi relatifs à la possibilité pour l'administration fiscale ou douanière d'exploiter les informations qu'elle reçoit dans le cadre des procédures fiscales et douanières, y compris lorsque ces informations sont d'origine illicite.

319 Certes, si le Conseil a jugé que ces articles ne sauraient permettre aux services fiscaux et douaniers de se prévaloir de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions ultérieurement déclarées illégales par le juge, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation valide pourtant la perquisition organisée à partir de la collecte de moyens de preuve illicites, si bien que la loi nouvelle ne faisait qu'entériner cette solution.

CASS. CRIM., 31 JANVIER 2012

Les enregistrements de conversations privées, réalisés à l'insu des personnes concernées par un particulier, en ce qu'ils ne constituent pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale, et dès lors qu'ils ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique, ne peuvent être annulés en application des articles 171 à 173 du même code.

Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu.

Il s'agit de simples moyens de preuve soumis à la discussion contradictoire.

Avocat – Secret professionnel – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Enregistrements de conversations entre un avocat et son client réalisés par un particulier

Il en est également ainsi des enregistrements, réalisés dans des conditions identiques, de propos tenus entre un avocat et son client, ainsi que de leur transcription, lesquels échappent, en outre, aux prévisions de l'article 100-5 du Code de procédure pénale relatif aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique comme de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 concernant les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat.

Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85464.

CASS. CRIM., 27 NOVEMBRE 2013

Les fichiers provenant de HSBC ne constituent pas, au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale, des actes ou pièces de l'information susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve soumis à discussion contradictoire qui (...) proviennent d'une perquisition régulièrement effectuée.

Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 13-85042.

320 Ainsi, le renvoi par le législateur aux dispositions de l'article 56-1 du CPP constituait effectivement la moindre des garanties qu'il faudra prévoir d'inclure à prochain terme dans une nouvelle loi car, en effet, les dispositions de l'article L. 16B du Livre des procédures pénales sont jugées comme ne contrevenant pas à l'article 8 de la Convention.

La visite domiciliaire de l'article L. 450-4 du Code de commerce par l'Autorité de la concurrence

321 Les dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce modifiées par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 sont identiques à celles de l'article L. 16B, et ne renvoient pas aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Elles méritent d'être réformées dans les mêmes termes que l'article précité.

322 En effet, l'article L. 450-4 du Code de commerce en matière de concurrence doit prévoir la présence du bâtonnier ou de son délégué dans les termes de l'article 56-1 du Code de procédure pénale (réformé), même si aucune perquisition n'a été pratiquée en cabinet d'avocat par l'Autorité de la concurrence au cours des six dernières années, si bien que nous nous limiterons à simplement reproduire ce texte sans plus de commentaires, pour illustrer que la présence du bâtonnier n'y est pas prévue :

« Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 ne peuvent procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information que dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'Économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Ils peuvent également, dans les mêmes conditions, procéder à la pose de scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information dans la limite de la durée de la visite de ces locaux. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une

ordonnance unique peut être délivrée par l'un des juges des libertés et de la détention compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite. Lorsque la visite vise à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV du présent code en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que les indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne le chef du service qui devra nommer les officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires, ainsi que de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au juge des libertés et de la détention dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant, qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. L'ordonnance comporte la mention de la faculté pour l'occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil de son choix. L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et saisie. En l'absence de l'occupant des lieux, l'ordonnance est notifiée après les opérations par lettre recommandée avec avis de réception. Il en va de même lorsqu'il n'est pas procédé à la visite dans un des lieux visés par l'ordonnance. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

L'ordonnance mentionnée au 1^{er} alinéa peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure, suivant les règles prévues par le Code de procédure pénale. Le ministère public et la personne à l'encontre de laquelle a été ordonnée cette mesure peuvent interjeter appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe du tribunal de grande instance dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance. L'appel n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure pénale. Les pièces saisies sont conservées jusqu'à ce qu'une décision soit devenue définitive.

La visite, qui ne peut commencer avant 6 heures ou après 21 heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. L'occupant des lieux peut désigner un ou plusieurs représentants pour assister à la visite et signer le procès-verbal. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de celle de l'administration de la

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de celle de l'Autorité de la concurrence.

Les agents mentionnés à l'article L. 450-1, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatés par la Commission européenne peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie. Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent procéder au cours de la visite à des auditions de l'occupant des lieux ou de son représentant en vue de recueillir les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête.

Les inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale.

Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite. Une copie du procès-verbal et de l'inventaire est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant. Une copie est également adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux personnes mises en cause ultérieurement par les pièces saisies au cours de l'opération.

Les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des lieux, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision de l'Autorité de la concurrence est devenue définitive. L'occupant des lieux est mis en demeure, par lettre recommandée avec avis de réception, de venir les rechercher, dans un délai de deux mois. À l'expiration de ce délai et à défaut de diligences de sa part, les pièces et documents lui sont restitués à ses frais.

Le déroulement des opérations de visite et saisie peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé ces dernières, suivant les règles prévues par le Code de procédure pénale. Le ministère public, la personne à l'encontre de laquelle a été prise l'ordonnance mentionnée au premier alinéa et les personnes mises en cause au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations peuvent former ce recours. Ce dernier est formalisé par déclaration au greffe du tribunal de grande instance dans un délai de dix jours à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire, ou, pour les personnes n'ayant pas fait l'objet de visite et de saisie et qui sont mises en cause, à compter de la date à laquelle elles ont reçu notification du procès-verbal et de l'inventaire et, au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le recours n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure pénale. Les pièces saisies sont conservées jusqu'à ce qu'une décision soit devenue définitive. »

323 De même, l'article 64 du Code des douanes, qui organise les visites et saisies, tout comme en matière fiscale et de concurrence, au contraire de la matière financière, ne prévoit pas de renvoi aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale :

« 1. Pour la recherche et la constatation des délits douaniers, visés aux articles 414 à 429 et 459, les agents des douanes habilités à cet effet par le ministre chargé des Douanes peuvent procéder à des visites en tous lieux, même privés, où les marchandises et documents se rapportant à ces délits ainsi que les biens et avoirs en provenant directement ou indirectement sont susceptibles d'être détenus ou d'être accessibles ou disponibles. Ils sont accompagnés d'un officier de police judiciaire.

Les agents des douanes habilités peuvent procéder, à l'occasion de la visite, à la saisie des marchandises et des documents, quel qu'en soit le support, se rapportant aux délits précités. Si, à l'occasion d'une visite autorisée en application du 2 du présent article, les agents habilités découvrent des biens et avoirs provenant directement ou indirectement des délits précités, ils peuvent procéder à leur saisie après en avoir informé par tout moyen le juge qui a pris l'ordonnance et qui peut s'y opposer.

2. a) Hormis le cas de flagrant délit, chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance du lieu de la direction des douanes dont dépend le service chargé de la procédure.

L'ordonnance comporte :

- l'adresse des lieux à visiter ;
- le nom et la qualité du fonctionnaire habilité qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite ;
- la mention de la faculté pour l'occupant des lieux ou son représentant, ainsi que l'auteur présumé des infractions mentionnées au 1, de faire appel à un conseil de son choix.

L'exercice de cette faculté n'entraîne pas la suspension des opérations de visite et de saisie.

Le juge motive sa décision par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui laissent présumer, en l'espèce, l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée. Il se prononce par une mention expresse sur la saisie de biens et avoirs pouvant provenir directement ou indirectement des délits dont la preuve est recherchée.

Si, à l'occasion de la visite, les agents habilités découvrent l'existence d'un coffre dans un établissement de crédit dont la personne occupant les lieux visités est titulaire et où des pièces, documents, objets ou marchandises se rapportant aux agissements visés au 1, sont susceptibles de se trouver, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ce coffre. Mention de cette autorisation est portée au procès-verbal prévu au b du 2.

Si, à l'occasion de la visite, les agents habilités découvrent des éléments révélant l'existence en d'autres lieux de biens ou avoirs se rapportant aux agissements visés au 1, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ces lieux aux fins de saisir ces biens et avoirs. Mention de cette autorisation est portée au procès-verbal prévu au b du présent 2.

Le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite.

Il désigne l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement.

La visite s'effectue sous le contrôle du juge qui l'a autorisée. Lorsqu'elle a lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire, pour exercer ce contrôle, au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention.

À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance est exécutoire au seul vu de la minute.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant, qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu au b du 2. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis. Une copie est également adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'auteur présumé des délits douaniers mentionnés au 1, nonobstant les dispositions de l'article 59 bis.

À défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance par acte d'huissier de justice.

Le délai et la voie de recours sont mentionnés dans l'ordonnance.

L'ordonnance peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel. Les parties ne sont pas tenues de constituer avocat.

Suivant les règles prévues par le Code de procédure civile, cet appel doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée, par pli recommandé ou, à compter du 1^{er} janvier 2009, par voie électronique, au greffe de la cour dans un délai de 15 jours. Ce délai court à compter soit de la remise, soit de la réception, soit de la signification de l'ordonnance. Cet appel n'est pas suspensif.

Le greffe du tribunal de grande instance transmet sans délai le dossier de l'affaire au greffe de la cour d'appel où les parties peuvent le consulter.

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation, selon les règles prévues par le Code de procédure civile. Le délai de pourvoi en cassation est de 15 jours.

b) La visite ne peut être commencée avant 6 heures ni après 21 heures. Elle est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'administration des douanes.

Les agents des douanes mentionnés au 1 ci-dessus, les personnes auxquelles ils ont éventuellement recours en application de l'article 67 quinquies A, l'occupant des lieux ou son représentant et l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

L'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense, conformément aux dispositions du 3^e alinéa de l'article 56 du Code de procédure pénale ; l'article 58 de ce code est applicable.

Le procès-verbal, auquel est annexé un inventaire des marchandises et documents saisis ainsi que des biens et avoirs provenant directement ou indirectement des délits dont la preuve est recherchée, est signé par les agents des douanes, l'officier de police judiciaire et par les personnes mentionnées au 1^{er} alinéa du présent b ; en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal.

Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces, documents, biens et avoirs saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés, qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire ; l'inventaire est alors établi.

Une copie du procès-verbal et de l'inventaire est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant. Une copie est également adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'auteur présumé des délits douaniers mentionnés au 1, nonobstant les dispositions de l'article 59 bis.

Un exemplaire du procès-verbal et de l'inventaire est adressé au juge qui a délivré l'ordonnance dans les trois jours de son établissement. Si le juge constate que les biens et avoirs saisis ne proviennent pas directement ou indirectement des délits dont la preuve est recherchée, il ordonne la mainlevée de la saisie et la restitution des biens et avoirs concernés.

Le premier président de la cour d'appel connaît des recours contre le déroulement des opérations de visite ou de saisie autorisées en application du a. Le procès-verbal et l'inventaire rédigés à l'issue de ces opérations mentionnent le délai et la voie de recours. Les parties ne sont pas tenues de constituer avocat.

Suivant les règles prévues par le Code de procédure civile, ce recours doit être exclusivement formé par déclaration remise ou adressée, par pli recommandé ou, à compter du 1^{er} janvier 2009, par voie électronique, au greffe de la cour dans un délai de 15 jours. Ce délai court à compter de la remise ou de la réception soit du procès-verbal, soit de l'inventaire. Ce recours n'est pas suspensif.

L'ordonnance du premier président de la cour d'appel est susceptible d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure civile. Le délai du pourvoi en cassation est de 15 jours.

c) Lorsque l'occupant des lieux ou son représentant fait obstacle à l'accès aux pièces ou documents présents sur un support informatique, à leur lecture ou à leur saisie, mention en est portée au procès-verbal.

Les agents des douanes peuvent alors procéder à la copie de ce support et saisir ce dernier, qui est placé sous scellés. Ils disposent de 15 jours à compter de la date de la visite pour accéder aux pièces ou documents présents sur le support informatique placé sous scellés, à leur lecture et à leur saisie ainsi qu'à la restitution de ce dernier et de sa copie. Ce délai est prorogé sur autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention.

À la seule fin de permettre la lecture des pièces ou documents présents sur le support informatique placé sous scellés, les agents des douanes procèdent aux opérations nécessaires à leur accès ou à leur mise au clair. Ces opérations sont réalisées sur la copie du support.

L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés, à la lecture et à la saisie des pièces et documents présents sur ce support informatique, qui ont lieu en présence de l'officier de police judiciaire.

Un procès-verbal décrivant les opérations réalisées pour accéder à ces pièces et documents, à leur mise au clair et à leur lecture est dressé par les agents des douanes. Un inventaire des pièces et documents saisis lui est annexé, s'il y a lieu.

Le procès-verbal et l'inventaire sont signés par les agents des douanes et par un officier de police judiciaire ainsi que par l'occupant des lieux ou son représentant ; en l'absence de celui-ci ou en cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal.

Il est procédé concomitamment à la restitution du support informatique et de sa copie. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'administration accomplit alors sans délai toutes diligences pour les restituer.

3. Les agents des douanes peuvent intervenir sans l'assistance d'un officier de police judiciaire :

a) pour opérer les visites, recensements et contrôles à domicile chez les titulaires d'un compte ouvert d'animaux ou d'un titre de pacage ;

b) pour la recherche des marchandises qui, poursuivies à vue sans interruption dans les conditions prévues par l'article 332 ci-après, sont introduites dans une maison ou autre bâtiment même sis en dehors du rayon.

4. S'il y a refus d'ouverture des portes, les agents des douanes peuvent les faire ouvrir en présence d'un officier de police judiciaire. »

324 Une réforme législative s'impose pour que la garantie de la présence du bâtonnier soit instituée en matière fiscale, douanière et de concurrence, comme en matière financière.

Épilogue

325 Quelques instants de droit comparé à propos du régime des perquisitions dans les cabinets d'avocats sous l'angle de deux exemples opposés, celui du droit fédéral américain et celui de la procédure pénale en Turquie.

Il ressort des développements précédents que la perquisition constitue par nature une mesure privative de liberté et contraignante. Aussi, il est utile, au plan de la réflexion, de se pencher brièvement sur le droit et la pratique américaine en matière de perquisition.

Le quatrième amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique prévoit que : *« Le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, domicile, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive particulièrement le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir. »*

Comme le fait observer notre confrère Ron Soffer, dont l'étude est ici essentielle, aucune perquisition n'est possible aux États-Unis sans l'obtention préalable par les agents fédéraux d'un mandat de perquisition (*search warrant*) qui ne peut être obtenu qu'auprès d'un juge indépendant, extérieur à l'enquête, afin d'éviter les perquisitions arbitraires.

326 Il serait sans doute opportun que le législateur français s'inspire de ce régime à propos des perquisitions pratiquées par les juges d'instruction afin de s'assurer de la protection effective des droits et du respect des personnes faisant l'objet d'une mesure intrusive.

Aussi, une perquisition ne devrait pouvoir être entreprise que sur autorisation du juge des libertés et de la détention et sous le contrôle permanent de celui-ci, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'une perquisition faite chez un avocat compte tenu de l'atteinte délibérée au secret professionnel d'ordre public.

327 Pour autant, le système américain comporte certaines lacunes dans le déroulement des opérations de perquisitions.

Au contraire des avocats français, les avocats américains ne connaissent pas l'institution du bâtonnier, dont ils sont privés de la protection.

Cependant, l'absence de bâtonnier ne prive pas l'avocat de toute garantie. Il existe en effet un manuel rédigé à l'attention des procureurs (*United States Attorneys'*

Manual) qui édicte des lignes directrices encadrant les perquisitions dans des lieux tels que les cabinets d'avocats. Ces lignes directrices prévoient la désignation d'un procureur extérieur à l'enquête ayant pour mission d'examiner les documents saisis et de déterminer, eu égard aux principes de l'*attorney-client privilege* et de l'*attorney-work product*, quels documents peuvent être transmis au procureur en charge de l'enquête.

328 Le principe de l'*attorney-client privilege* est un principe tiré de la jurisprudence américaine qui protège les communications entre un avocat et son client et permet ainsi de les garder confidentielles. Ce principe tend à encourager les clients à dévoiler à leur avocat toutes les informations pertinentes liées à un contentieux, tout en protégeant la communication de ces informations dans le cadre de la procédure de *discovery* devant un tribunal. La Cour suprême a précisé les contours de ce principe dans sa décision *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 89 F. Supp. 357 (D. Mass. 1950).

Le principe de l'*attorney-work product* recouvre tout le travail, les écrits (projets de conclusions, notes, etc.) préparés par l'avocat.

Ce procureur extérieur à l'enquête est assisté d'une équipe (*privilege team*) qui aura pour principale mission de saisir les documents. Les membres de cette équipe doivent également être extérieurs à l'enquête. L'objectif ainsi poursuivi est d'assurer la protection du secret des avocats. En sus de ces directives, les tribunaux peuvent aussi imposer des règles plus strictes et notamment l'examen préalable des documents par un avocat indépendant (*special master*)¹⁾.

329 Le système français paraît plus protecteur et plus réglementé que le système américain.

Cela dit, les perquisitions des juges d'instruction chez l'avocat étant des mesures privatives de liberté, elles devraient, en toute logique, faire l'objet d'une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, avec contrôle effectif en temps réel sur place. Ce juge du siège n'est-il pas, par ailleurs, en charge du contentieux de la détention ? Et encore le juge qui autorise certaines perquisitions du parquet ? Comme il autorise les perquisitions fiscales, celles en matière de concurrence et en matière financière ? Et dont l'ordonnance est susceptible d'appel, au contraire de la décision du juge d'instruction de perquisitionner ? Certes ! Mais nous pourrions imaginer en cette matière une autre solution : l'exigence préalable de la saisine du bâtonnier en charge d'un pouvoir de filtre : c'est lui qui pratiquerait la perquisition en présence du juge quasi taisant et passif, dépourvu du droit de saisir et simplement autorisé à lire les seuls documents en relation directe avec le dossier instruit, concomitamment porté à la connaissance du bâtonnier. Ainsi, serait évité le risque du cauchemardesque voyeurisme judiciaire.

1) U.S. Stewart, 2002 WL 1300059 (U.S. D.C. for the Southern District of New York, 2002).

330 Gémissons ! Espérons ! Agissons ! Et nous y viendrons ! Car tel est le vœu que nous formons et l'avenir que nous souhaitons : un bâtonnier investi de pouvoirs exorbitants du droit commun pour notre protection contre toutes les intrusions dans ces sanctuaires inviolables que sont nos cabinets, gardiens intègres et inexpugnables des secrets des justiciables.

331 L'exemple turc est plutôt alarmant. Les législations d'exception dites de lutte contre le « terrorisme » ou contre la « fraude fiscale » n'autorisent en rien les dérives et perversions de toute nature, les brutalités en tout genre !

332 Certes, les persécutions contre les avocats kurdes et turcs, défenseurs des kurdes, en Turquie – 150 avocats y ont été l'objet d'un acte d'accusation depuis 2011 –, sont d'une gravité particulière puisqu'elles sont systématiquement suivies d'arrestations non seulement des avocats perquisitionnés mais également de leurs avocats... Donc des avocats de la défense ! Ce qu'ont remarquablement dénoncé, notamment, le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Montpellier, Luc Kiryacharian, les bâtonniers Michèle Tisseyre, Pierre Chatel et Christian Charrière-Bournazel ainsi que nos confrères Sophie Mazas et Rusen Aytaç le 24 janvier 2014 lors de l'exceptionnelle conférence organisée autour de « *La journée de l'avocat menacé* » par le Syndicat des avocats de France (SAF) et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Montpellier, dans les termes suivants : « *En janvier 2013, les avocats des avocats d'Ocalan (chef du PKK) ont été eux-mêmes arrêtés (...). Les perquisitions ont eu lieu dans les cabinets dans des conditions d'une irrégularité totale : tous les dossiers ont été démenagés et le personnel des avocats parfois arrêté. Notre confrère Efkan Bolac, délégué aux perquisitions chez les avocats des avocats il y a un an, a été lui-même arrêté pour ne pas qu'il assiste aux perquisitions. Il fut ensuite relâché mais demeure poursuivi !* »

333 Le bâtonnier ou son délégué, lorsqu'il organise sa contestation, se trouve dès lors particulièrement exposé aux critiques les plus dures parce qu'aussi sa protestation s'inscrit immanquablement, pour en être indissociable, dans la lutte tant décriée pour la préservation des droits fondamentaux de la personne.

334 Cette protestation, qui doit s'effectuer sans crainte, comme l'exprime admirablement notre éminent confrère Mehmet Emin Aktar, ancien bâtonnier de Diyarbakir, avocat de la défense des avocats des avocats kurdes et turcs, espionnés, écoutés, perquisitionnés, arrêtés, incarcérés en Turquie : « *Après un certain stade, je n'ai plus le droit d'avoir peur.* »

335 Madarne le bâtonnier Christiane Feral-Schuhl, lors de la cérémonie solennelle de la rentrée du Barreau de Paris et de la Conférence du 6 décembre 2013 au Théâtre du

Châtelet, d'amaït : « Renforcer le secret des avocats, c'est renforcer le respect de la vie privée qui doit toujours primer sur le droit à la transparence. Ce qui est nuisible à la société n'est pas qu'un avocat puisse échanger avec son client en toute confidentialité. Ce qui est dangereux pour la démocratie, c'est qu'il ne puisse plus le faire. »

À ruminer ! En conscience.

336 Dans le même mouvement, lors de son discours d'intronisation du 11 décembre 2013, le bâtonnier Pierre-Olivier Sur déclarait : « *Comme Labori, avec Laurent Martinet et le Conseil de l'ordre, nous accuserons les juges à chaque perquisition dans les cabinets d'avocat qui n'ont rien d'autre à se reprocher que d'avoir défendu leurs clients mais de les avoir défendus en tant qu'avocat et non en tant que complice, nous accuserons les pouvoirs publics de ne pas respecter le principe du secret professionnel.* »

À respecter ! Car nous le ferons. Qu'il plaide ou qu'il conseille, l'avocat de la défense n'est jamais un « complice » ! Il est un défenseur, porteur des valeurs les plus hautes, notamment d'honneur, d'humanité et de dignité. Comme le bâtonnier ou son délégué, qui n'est jamais l'auxiliaire du juge, du parquet, des enquêteurs, mais, en conscience, un défenseur des droits de la défense, protecteur de l'avocat perquisitionné.

337 Alors, inutile de résister à la tentation de citer cet immense avocat, notre confrère Jean-Denis Bredin, comme fin heureuse, harmonieuse et inspirée de cet ouvrage et qui, avec la force du juste, écrit : « *Et voici que se profile la dictature glacée de la vérité, vertu suprême... Le respect des droits de l'homme ? Oui, sans doute, tant qu'ils ne se dressent pas sur le chemin de la vérité... Despotisme doux, insinuant, qui progresse sans jamais ressembler à une dictature...* »⁽¹⁾

À conserver ! Comme criant de vérité... pour affronter et résister constamment, envers et contre tout.

J'ai dit.

1) Bredin J.-D., « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, n° 97, 2001.

Annexes

Annexe I

Pour information, un message que nous avons adressé hier aux magistrats, relatif aux attaques anti-magistrats du président du CNB en marge de l'affaire Tapie :

« *Malgré les discours du président de la République et des membres du gouvernement insistant régulièrement sur le nécessaire respect des magistrats et des décisions qu'ils prennent, les attaques directes ou indirectes ont hélas repris. Si elles ne proviennent plus du pouvoir, celui-ci reste très taisant et se garde bien d'apporter aux magistrats concernés quelque soutien que ce soit.*

La semaine passée, nous avons saisi le ministre de l'Intérieur après un communiqué émanant de Synergie officiers, qualifiant notamment d'indigne une décision de remise en liberté de plusieurs prévenus par le tribunal correctionnel d'Évry.

Tout le week-end, nous avons assisté sans aucune réaction ni explication du ministère de la Justice à la stigmatisation des magistrats de la famille.

Hier, nous avons été saisis par nos collègues juges d'instruction au pôle économique et financier du TGI de Paris de deux articles de presse (cf. pièces jointes) émanant pour l'un de M^e Vincent Nioré, délégué du bâtonnier de Paris pour les perquisitions dans les cabinets d'avocats, l'autre de M^e Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux.

La virulence du propos nous a amenés à réagir. Vous trouverez ci-joint et ci-dessous les courriers que nous avons adressés à maître Charrière-Bournazel et à la ministre de la Justice. »

Bien cordialement,

Christophe Regnard,
président de l'USM

Annexe II

Lettre du 18 février 2013 à Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux

« Monsieur le Président,

Dans un éditorial du 15 février 2013 de la revue du CNB intitulé "Affaire Tapie, je dénonce une tyrannie de la suspicion", immédiatement repris par le site Internet de L'Express, vous utilisez des mots particulièrement violents à l'encontre de la Justice et des magistrats.

Vous parlez en effet de "guerre civile larvée", de "chasse aux sorcières à laquelle se prêtent les juges d'instruction persuadés que les arbitres ne peuvent être que des imposteurs et les avocats des corrompus", et de "magistrats prêts à tout saisir simplement par aversion d'une justice qui n'est pas sous leur contrôle".

Vous ajoutez "par définition, le libéral serait malsain tandis que le fonctionnaire serait pur. Le secret serait le masque de la fraude. Ce n'est pas seulement un outrage, c'est le signe d'un dogmatisme insupportable".

Cet éditorial fait suite à une interview, tout aussi peu nuancée, de M^e Vincent Nioré, délégué du bâtonnier de Paris, publiée dans la Gazette du Palais dans son édition du 3 février dernier.

Je tenais à vous faire savoir combien ces propos, réducteurs et stigmatisants, faisant fi de la réalité des règles procédurales, nous heurtent.

Vous reprochez aux magistrats un soi-disant dogmatisme. Ne pensez-vous pas que, par cet article, vous faites preuve d'un corporatisme de mauvais aloi ?

Dans votre critique caricaturale des juges d'instruction saisis d'infractions pénales qui tentent dans des dossiers complexes de faire leur travail en recherchant la vérité, vous omettez de faire état des règles du Code de procédure pénale, plus particulièrement de l'article 56-1, qui assurent une protection des avocats dans leur exercice professionnel.

Si des perquisitions ont été faites dans des cabinets d'avocats ou à leur domicile, elles l'ont nécessairement été, à peine de nullité, par le magistrat instructeur, après une décision écrite et motivée indiquant "la nature des infractions sur lesquelles portent ses investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci".

Les perquisitions sont enfin réalisées en présence du bâtonnier ou de son délégué, qui peut s'opposer à la saisie de documents, ceux-ci étant alors placés sous scellés fermés jusqu'à la décision motivée d'un juge des libertés et de la détention.

Les avocats bénéficient d'un régime exorbitant du droit commun, qui n'est pas contestable dans son principe. Mais ils ne peuvent pour autant bénéficier de l'immunité générale que vous semblez appeler de vos vœux.

Enfin, alors que vous avez, comme nous, dénoncé dans une période récente les critiques permanentes de certains syndicats de policiers et de l'ancien président de la

République contre les magistrats et leurs décisions, je m'étonne que vous vous affranchissiez d'un principe simple qui veut que les décisions de justice se contestent dans les prétoires par la voie de l'appel et de la cassation, et non par voie de presse, sans respect du principe du contradictoire que vous chérissez nécessairement.

Je regrette infiniment ces attaques gratuites, jetant le discrédit sur les magistrats, qui tranchent avec les relations empreintes de confiance que nous entretenons depuis des années.

Je veux croire qu'il s'agit d'une réaction ab irato qui n'a pas vocation à se répéter. Je suis disposé à débattre avec vous, et la profession d'avocat, de ces questions essentielles dans une démocratie du respect des droits de la défense et du respect du travail des magistrats.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'assurance de ma considération. »

Christophe Regnard,
président de l'USM

Annexe III

Lettre du 18 février 2013 à Madame la ministre de la Justice

« Madame la Ministre,

Depuis quelques jours, les attaques contre les magistrats et la justice en général n'ont pas manqué, sans aucune réaction de vous-même ou de vos services, ce qui ne peut que surprendre compte tenu des propos régulièrement tenus par la président de la République ou les membres du gouvernement appelant au respect des magistrats et de leurs décisions.

Après les attaques d'un syndicat de policiers qualifiant par voie de communiqué d'indigne une décision du tribunal correctionnel d'Évry, dont nous avons saisi le ministre de l'Intérieur et les errances du week-end mettant en cause les juges aux affaires familiales du TGI de Nantes, ce sont les juges d'instruction parisiens qui ont été stigmatisés par voie de presse par deux représentants du barreau.

Vous trouverez en pièces jointes les deux articles, de même que notre lettre de protestation adressée au président du Conseil national des barreaux.

Les magistrats attendent de vous une réaction face à cette résurgence d'attaques aussi injustifiées qu'inacceptables.

Je vous prie de croire, Madame la Ministre, à l'assurance de ma haute considération. »

Christophe Regnard,
président de l'USM

Index

Renvoi aux numéros d'articles de l'ouvrage

A

Accès au dossier 79, 85, 109, 123 et s., 228
Accès aux éléments 79
Administration fiscale 11, 289, 291, 295, 305, 318
Affaire Cahuzac 38
Affaire Tapie 31
Agenda professionnel 271
Agendas présidentiels 280
Ancien cabinet d'avocat 209
Appel du parquet 79, 237
Arrêt André 131
Arrêt France Moulin 132
Assentiment 58, 74, 84, 155
Assistants spécialisés 112, 219
Attorney-client privilege 327
Attorney-work product 327
Audience 181, 219, 223 et s.
Audience de contestation du juge des libertés et de la détention 134
Audience du juge des libertés et de la détention 115, 136, 155, 211
Autorité de la concurrence 106, 137, 175, 321
Autorité des marchés financiers 137, 285
Autorité judiciaire 144 et s., 152, 295
Auxiliaire de justice 94, 101
Avocat de la défense 6 et s., 14, 78, 136, 143, 225, 275
Avocat omis 85 et s.

B

Bâtonnier 19, 61, 92, 94 et s., 109 et s., 123, 162, 166, 212, 313
Brigade financière 24, 170
Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF) 13

C

Cabinet d'avocats 59, 110, 128, 161
Cloud computing 189 et s., 203
CNCDH 127
Commission des infractions fiscales 291
Commission d'une infraction 253, 266
Commission Nadal 291
Contestation 64, 93, 105 et s., 117, 279
Contestation du bâtonnier 19
Criminalité en bande organisée 293
Criminalité organisée 68, 194

D

Da Silveira Xavier 90
Déclaration de soupçon 37
Délégué 98, 109, 166, 313
Délégué du bâtonnier 21, 56, 63
Domicile 27, 58, 66, 72, 88, 93 et s., 128, 309
Droits de la défense 79, 84, 94, 109, 127

E

Enquête de flagrance 68, 69
Enquête préliminaire 68, 70 et s., 84, 240
Enquêteurs 166 et s., 184, 203
Entreprises de presse 19, 80
Exercice des droits de la défense 55, 211, 213, 251, 272, 276

F

France Moulin 148
Fraude fiscale 37, 48, 293, 304

G

Garantie spéciale de procédure 123, 128, 303
Garde à vue 117, 124, 255

H

Honoraires 264
Horaire 74, 118

I

Indices plausibles 163 et s.
Informatique 79
Ingérence 91, 114 et s., 128 et s., 153
Intrusion 58, 114

J

Juge des libertés et de la détention 76 et s., 83, 220, 329
Jurisprudence du JLD 252

L

Lanceurs d'alerte 13, 40, 48
Lantourne Maurice 22
Lemaire Jean 54, 58
Libre exercice de la profession 135, 206
Lien de causalité direct 171
Lutte contre la fraude fiscale 4, 301, 311

M

Magistrat 144 et s., 206
Mandataires judiciaires 81
Mesure d'expertise 176
Ministres du culte 82

N

Nadal Jean-Louis 147, 216
Notes d'honoraires 109, 258
Nullité 105, 121, 171

Secret-défense 21, 280

Système informatique 282

T

Tapie Bernard 21
Tiers 205, 284

U

Union syndicale des magistrats 29 et s.

V

Vergès Jacques 32
Visite domiciliaire 285