CAMPUS
4, 5, 6, 7 JUILLET 2016
JARDIN D'ACCLIMATATION

«DES PERQUISITIONS AU DOMICILE ET EN CABINET D'AVOCAT - THÉORIE ET PRATIQUE DE LA CONTESTATION »

Vincent NIORÉ
Avocat au Barreau de Paris
Coordinateur délégué du Bâtonnier de Paris
aux contestations des perquisitions chez l'avocat
Membre du Conseil National des Barreaux

Auteur de : « Perquisitions chez l'avocat. Défense des secrets et inviolabilité de l'asile sacré » Editions Lamy

AVOCATS BARREAU • PARIS

www.niore-avocats.fr

DES PERQUISITIONS AU DOMICILE ET EN CABINET D'AVOCAT : THÉORIE ET PRATIQUE DE LA CONTESTATION

- **Le régime des perquisitions de droit commun : l'article 56-1 du Code de Procédure Pénale**

- **Les régimes particuliers des visites domiciliaires assimilées aux perquisitions en droit fiscal**

- **Propositions de réforme**

Le régime des perquisitions de droit commun l'article 56-1 du Code de Procédure Pénale

- Les perquisitions, au cabinet ou au domicile d'un avocat, 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 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.

- Seul le délégué du Bâtonnier et le magistrat qui perquisitionne ont le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents et données dématérialisées se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie à l'exclusion des enquêteurs.

- 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 sauf la réserve de la perquisition contraignante.

- Par arrêt rendu le 3 avril 2013 (n° Y12-88021), la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil Constitutionnel la 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 prévoit des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat.

- **À compter du 1er janvier 2001, le JLD (Juge des Libertés et de la Détention) est ainsi devenu le juge du secret professionnel.**

- **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.**

- **Par arrêt rendu le 3 avril 2013 (n° Y12-88021), la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil Constitutionnel la 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 prévoit des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat.**

- **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.**

- **La perquisition en cabinet d'avocat, autrement dénommée ingérence ou intrusion, doit être précédée de la démonstration préalable de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.**

- **En effet, tant l'autorité judiciaire que l'autorité administrative, se révèlent en pratique friandes d'informations qui, parce qu'elles sont logées au domicile et au cabinet de l'avocat, doivent à raison de leur nature secrète, être systématiquement appréhendées (Cass. Crim. 25 juin 2013 n°12-88021).**

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

- Il a pour rôle non seulement la protection du secret professionnel mais aussi, à travers la contestation de l'irrégularité d'une mesure coercitive, la protection de la présomption d'innocence associée à un devoir universel d'humanité. Pour la CEDH, il est une garantie spéciale de procédure.

- Par arrêt rendu le 8 janvier 2013 (n° T12-90.063FD), la Chambre Criminelle de la Cour de cassation 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. Confirmation Cass. Crim. 9 février 2016 (n°15-85063)

La contestation du Bâtonnier ou de son délégué est de deux ordres :

- La protection du secret professionnel de l'avocat et de tout secret protégé par la loi (secret de la confession, secret du délibéré, secret médical, secret des sources...).

- La protection des droits de la défense par la contestation de l'étendue de la saisie : prohibition de la saisie hors saisine

- 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 ».

- L'article 56-1 est logé au chapitre 1er des crimes et délits flagrants du Titre 2ème des enquêtes et des contrôles d'identité.

- Cet article ne fait nullement référence au secret professionnel et aux droits de la défense. Il prévoit simplement la faculté, à laquelle le juge ne peut pas s'opposer, pour le Bâtonnier ou son délégué, de contester la saisie, s'il l'estime « irrégulière ».

- Seul l'article 56 du Code de Procédure Pénale fait référence, dans d'autres hypothèses, au « respect du secret professionnel et des droits de la défense » (Décision CC n°2015-506 QPC du 4 décembre 2015).

Les textes sur le secret professionnel sont codifiés au Code de Déontologie des avocats :

- **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.**
- **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…) :**
- **Les consultations adressées par un avocat à son client ou destinée à celui-ci ; (attention aux projets, notes manuscrites…)**

- 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;(attention aux correspondances qualifiées à tort officielles et qui en réalité sont confidentielles .cf cass civ 1ère du 20 janvier 2011 pourvoi n°08-20.077 : production de courriers déconfidentialisés par un Bâtonnier alors que ces pièces devaient être écartées des débats comme violant le principe de confidentialité absolue des correspondances échangées entre avocats :l'arrêt attaqué retient que le principe de l'égalité des armes permet au ...défendeur à la preuve de l'existence d'une transaction de produire la totalité du dossier couvert par la confidentialité pour faire échec à la demande de son adversaire qui a fait lever partiellement la confidentialité pour ne produire que les pièces nécessaires à ses prétentions ;qu'en se déterminant ainsi sans avoir préalablement statué sur la validité de la production des pièces versées aux débats par chacune des parties, la cour a méconnu les exigences du texte susvisé... »;

- 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 maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971;

- Les notes d'honoraires, les éléments descriptifs des diligences, les justificatifs de paiement d'honoraires, les conventions d'honoraires.

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.

- 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.

- Par arrêt rendu le 8 janvier 2013 (n° T12-90.063FD), la Chambre Criminelle de la Cour de cassation 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. Même solution par arrêt du 9 février 2016 (n°15-85063): « Bâtonnier protecteur des droits de la défense ».

Recommandation de faire noter des réserves lors de la contestation au procès-verbal de scellés fermés:

« Qu'il s'agisse des pièces et objets, documents papiers ou dématérialisés copiés sur un support par le magistrat, couverts par le secret professionnel ou officiels, le délégué du Bâtonnier est dans l'incapacité d'apprécier si ces éléments contiennent ou non l'indice de la participation de l'avocat - présumé innocent - à la commission d'une infraction faute d'avoir accès au dossier pénal.

Il est rappelé que le Bâtonnier ou son délégué agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense (Crim. 8 janvier 2013 n°12-90063 ; 9 février 2016 n° 15-85063) et que la CEDH définit comme étant une « garantie spéciale de procédure ».
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 …).

Il n'est pas démontré que préexistaient à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission des infractions mentionnées à l'ordonnance de perquisition (Crim 25 juin 2013 (n°12-88021), arrêt de la Chambre de l'instruction de Douai du 29 octobre 2015 et ordonnance du Président du TGI de Paris du 9 octobre 2014).

En tout état de cause, une perquisition ne saurait avoir pour but la découverte chez l'avocat en sa seule qualité d'avocat d'un client soupçonné, d'éléments susceptibles d'établir l'indice d'une infraction et d'être utilisés à charge contre ce dernier alors qu'à aucun moment l'avocat n'a été soupçonné d'avoir participé à la commission d'une quelconque infraction antérieurement à la perquisition (Arrêt CEDH André c. France 24 juillet 2008 requête n° 18630/03).

».

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.

Les régimes particuliers des visites domiciliaires assimilées aux perquisitions

La présence du Bâtonnier ou de son délégué n'est prévue que par l'article L621-12 du Code Monétaire et Financier : les dispositions de l'article L621-12 du Code Monétaire et Financier modifiées (ordonnance n° 2009-233 du 26 février 2009) 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 ».

- **Elles 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.**

- **Elles doivent être étendues aux articles L16B du Livre des Procédures Fiscales et L450-4 du Code de Commerce en tant qu'elles consacrent 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.**

LA DÉCISION DU JLD ?

- L'audience du JLD : audience sur la culpabilité
- L'ordonnance du JLD : insusceptible de recours.
- L'ordonnance du JLD favorable : autorité de la chose jugée sur l'absence de culpabilité en cas de restitution

Propositions de réforme

- Article 56-1 du Code de Procédure Pénale
- Article L16 B du Livre des Procédures fiscales
- Article L450-4 du Code du Commerce

Propositions de réforme

- **Aucune remise de document couvert par le secret professionnel ne peut 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.**
- **Aucune visite ou intrusion ne peut avoir lieu à quelque titre que ce soit dans un cabinet d'avocat sans présence du Bâtonnier ou de son délégué dont le rôle est de protéger le secret professionnel de l'avocat et les droits de la défense, particulièrement la présomption d'innocence voire de tout type de secret protégé par la loi.**
- **Une perquisition en cabinet d'avocat ne doit 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 que pour autant que les documents papiers ou informatiques contiennent en eux-mêmes ces indices.**

- **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 » (Arrêt J.B contre Suisse du 3 mai 2001 requête n° 31827/96).**

- **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 JLD en matière d'enquête préliminaire comme le permettent les dispositions de l'article L16B du LPF, celles de l'article L450-4 du code de Commerce et celles de l'article L621-12 du Code Monétaire et Financier s'agissant de l'ordonnance du JLD.**

- La simple prise de connaissance de la décision de perquisitionner par le délégué du Bâtonnier au début de cette mesure 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 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 pour cette audience sans le soumettre au délégué du Bâtonnier.

- L'ordonnance de versement des pièces couvertes par le secret professionnel, prise par le JLD à l'issue du débat sur l'ouverture des scellés, doit pouvoir être frappée d'appel devant le premier Président de la Cour 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 L16B du LPF, L450-4 du Code de Commerce et L621-12 du Code Monétaire et Financier).

- 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 JLD.

- L'article L16B du LPF et l'article L450-4 du Code de Commerce doivent prévoir la présence du Bâtonnier ou de son délégué dans les termes de l'article 56-1 du Code de Procédure Pénale (réformé).