

GUIDE PRATIQUE

LA CONTESTATION DES PERQUISITIONS AU DOMICILE ET EN CABINET D'AVOCATS

3^e
ÉDITION

COMMISSION LIBERTÉS

ET DROITS DE L'HOMME

GUIDE PRATIQUE
LA CONTESTATION
DES PERQUISITIONS
AU DOMICILE ET
EN CABINET D'AVOCATS

3^e ÉDITION

AVANT-PROPOS



Avec les écoutes téléphoniques des avocats, la possibilité de perquisitionner leur cabinet et/ou leur domicile fait partie de ces multiples atteintes portées au secret professionnel s'imposant à l'avocat et qui en réduisent sans cesse le champ.

Sans oublier ce que cette intrusion peut avoir de traumatisant, le choc émotionnel violent ressenti et exprimé, parfois, par une crise d'épilepsie ou un évanouissement – que j'ai vécu lorsque j'étais Bâtonnier de Paris. Personne n'est préparé à cela. On y assiste impuissant, révolté, avec comme seul horizon la contestation des saisies opérées lors de la perquisition que nous allons porter devant le juge des libertés et de la détention.

Les perquisitions illustrent parfaitement la tension existant entre les nécessités liées à la sauvegarde de l'ordre public par la recherche des auteurs d'infractions et l'obligation de garantir les droits et les libertés de chacun. L'enjeu est celui du point d'équilibre qui doit être trouvé entre ces deux exigences de l'Etat de droit, sans pour autant sacrifier les libertés à la sécurité.

Surtout, les perquisitions nous ramènent inlassablement au combat que nous menons pour le respect et la garantie de deux droits fondamentaux des citoyens et des justiciables : d'une part, le secret professionnel ; d'autre part, les droits de la défense.

A l'ère d'une certaine tyrannie de la transparence, il est impératif que le secret professionnel soit absolument protégé.

La nature et les caractères du secret professionnel font que nous ne protégeons aucun privilège qui nous soit propre.

Répétons-le encore et toujours : le secret professionnel n'est pas un privilège, c'est une lourde charge qui incombe aux avocats du fait de leur mission et de leur qualité d'auxiliaire de justice.

Il n'existe pas pour couvrir d'éventuels comportements répréhensibles d'avocats.

En protégeant les secrets et les confidences qui nous sont confiés par nos clients pour les besoins de la représentation et de la défense de leurs intérêts, tant en matière de conseil que contentieuse, nous protégeons simplement la liberté et un droit fondamental de chaque personne physique et morale : le droit inaliénable au secret.

Le secret professionnel auquel sont soumis les avocats est une garantie de la liberté personnelle et individuelle. Il est une condition de l'exercice effectif des droits de la défense.

Le présent guide est fondé sur ces principes, ces idées, ce combat.

Il a pour fonction d'aider les Bâtonniers et leurs délégués dans leur mission de protection du secret professionnel et de garantie des droits de la défense lorsqu'ils sont confrontés à une perquisition.

Puissent-ils ne jamais devoir l'ouvrir ou très exceptionnellement.

Christiane FERAL SCHUHL
Président du Conseil national des barreaux

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	p.02
TABLE DES MATIERES	p.04
ABREVIATIONS COURANTES	p.07
INTRODUCTION	p.09
FICHE N° 1 : TERMES ET DÉFINITIONS	p.26
1. Perquisition	p.26
2. Visite domiciliaire	p.26
3. Saisies	p.26
4. L'article 56-1 du code de procédure pénale	p.27
FICHE N° 2 : LES CONDITIONS PRÉALABLES À LA PERQUISITION	p.30
A. Les conditions de fond	p.30
1. Justification de la nécessité de perquisitionner	p.30
2. L'implication de l'avocat dans la commission d'une infraction préalablement à la perquisition	p.31
3. Être vigilant au détournement de procédure : la perquisition destinée à la révélation d'une infraction	p.33
3.1. Principe	p.33
3.2. Points de vigilance	p.34
B. Les conditions de forme	p.34
1. L'avocat perquisitionné	p.34
1.1. L'avocat en exercice inscrit au tableau du barreau	p.34
1.2. L'avocat qui n'exerce plus la profession de manière effective	p.34
1.3. L'avocat d'un autre Etat membre de l'UE exerçant en France à titre occasionnel	p.34
1.4. L'avocat investi de fonctions juridictionnelles	p.34
2. Le lieu de la perquisition	p.35
2.1. Le cabinet de l'avocat ou du bâtonnier	p.35
2.2. Le domicile de l'avocat ou du bâtonnier	p.36
2.3. Les locaux de l'ordre des avocats et de la CARPA	p.36
2.4. Les locaux des institutions et organismes techniques de la profession	p.36
3. La décision écrite et motivée du magistrat : JLD, parquet et juge d'instruction	p.36
3.1. Au stade de l'enquête préliminaire	p.36
3.2. Au stade de l'enquête de flagrance	p.37
3.3. Lors d'une information judiciaire	p.37
3.4. Visites domiciliaires de l'administration fiscale et des autorités administratives indépendantes	p.37
C. Qualité de la personne visée par la perquisition	p.40

FICHE N° 3 : LE DÉROULEMENT DE LA PERQUISITION	p.41
Propos liminaires	p.41
A. Les horaires	p.41
1. Un principe	p.41
2. Trois exceptions	p.41
3. L'information préalable du bâtonnier	p.42
B. Les acteurs de la perquisition	p.42
1. L'avocat perquisitionné	p.42
1.1. L'assentiment de l'avocat perquisitionné	p.42
1.1.1 Le principe	p.42
1.1.2. L'exception	p.43
1.2. La présence ou l'absence de l'avocat	p.43
1.2.1. La présence physique de l'avocat	p.43
1.2.2. L'absence physique de l'avocat	p.43
1.3. Le droit de se taire	p.44
1.4. La possibilité d'être placé en garde à vue	p.44
2. Le magistrat à l'origine de la perquisition ou son magistrat délégué	p.45
2.1. Le magistrat doit informer le bâtonnier avant le début de la perquisition	p.45
2.2. Veiller au libre exercice de la profession d'avocat	p.46
2.3. Le procès-verbal de perquisition	p.47
2.4. Porter attention aux scellés	p.48
3. Le Bâtonnier ou son délégué	p.48
3.1. La présence du bâtonnier ou de son délégué	p.48
3.2. L'information du bâtonnier ou de son délégué	p.48
3.3. Le rôle du bâtonnier ou de son délégué : protéger le secret professionnel et l'exercice des droits de la défense	p.49
3.4. Le procès-verbal de contestation	p.50
3.4.1. La mission du Bâtonnier ou de son délégué	p.51
3.4.2. L'impossibilité d'apprécier l'existence ou non d'indices faute d'accès au dossier	p.51
3.4.3. La désignation de l'expert par le JLD en cas de saisie informatique	p.51
4. Le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de défense	p.52
C. Les documents et objets saisis	p.53
1. La saisie de documents intéressant l'enquête ou l'instruction	p.53
1.1. Les enquêteurs ne peuvent pas consulter les éléments saisis	p.53
1.2. Les objets saisis doivent être en lien avec l'infraction poursuivie	p.53
1.3. La distinction entre saisie et réquisition	p.54

2. La saisie d'éléments confidentiels est par nature irrégulière	p.55
3. Les documents couverts par le secret professionnel peuvent être saisis	p.55
4. Les documents et éléments tenant aux honoraires d'avocat sont couverts par le secret professionnel.....	p.56
4.1. Plusieurs décisions de JLD affirment que les documents relatifs aux honoraires de l'avocat sont couverts par le secret professionnel.....	p.56
4.2. La jurisprudence de la Cour de cassation est plus nuancée	p.58
4.3. La saisie de documents dans le cadre de contrôles fiscaux.....	p.58
5. Saisies de données numériques.....	p.59
5.1. La copie du disque dur doit être contestée en totalité.....	p.60
5.2. Courriers électroniques.....	p.60
5.3. Données stockées sur le cloud.....	p.60
 FICHE N° 4 : LA CONTESTATION DES PERQUISITIONS ET SAISIES	p.61
A. Le contrôle des perquisitions : l'audience du juge des libertés et de la détention suite à la contestation de la saisie	p.61
1. Le JLD doit disposer de l'original ou d'une copie du dossier de la procédure.....	p.61
2. Le bâtonnier exigera la communication du dossier d'enquête ou d'instruction	p.61
3. Personnes présentes lors de l'audience du JLD	p.62
4. L'audience se tient dans les 5 jours de la réception des pièces saisies	p.62
5. Il faut procéder à un examen minutieux de chacune des pièces saisies	p.63
 B. La décision du juge des libertés et de la détention statuant sur les contestations	p.65
1. Confirmation de la saisie ou restitution immédiate	p.65
2. On doit considérer que les documents restitués ne contiennent pas l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.....	p.66
3. Le procès-verbal de l'audience du JLD	p.67
 C. Nullité des perquisitions : sanctions de l'inobservation des formalités et des garanties procédurales (articles 56-1 alinéa 1 et 59 alinéa 2 CPP).....	p.68
 CONCLUSION	p.69

ANNEXES	p.71
I. Les 10 commandements de l'avocat perquisitionné	p.
II. Les 10 commandements du bâtonnier ou de son délégué présent lors de la perquisition	p.73
III. Check-list	p.74
Points à vérifier lors d'une perquisition ou d'une visite domiciliaire au cabinet et/ ou au domicile d'un avocat ainsi que pour l'audience de contestation devant le juge des libertés et de la détention.	
IV. Réserves du bâtonnier lors de la contestation en perquisition des saisies pratiquées.....	p.77

ABRÉVIATIONS COURANTES

AMF :	Autorité des marchés financiers
CA :	Cour d'appel
Cass. Crim. :	Cour de cassation, chambre criminelle
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme
CMF :	Code monétaire et financier
Cons. const. :	Conseil constitutionnel
Conv EDH :	Convention européenne des droits de l'homme
CP :	Code pénal
CPP :	Code de procédure pénale
DGFIP :	Direction générale des finances publiques
JLD :	Juge des libertés et de la détention
LPF :	Livre des procédures fiscales
OPJ :	Officier de police judiciaire
PNF :	Parquet national financier
TGI :	Tribunal de grande instance
TJ :	Tribunal judiciaire

INTRODUCTION

INTRODUCTION



David LÉVY

Avocat au barreau de Paris
Ancien Président du Barreau
pénal international

Vincent NIORÉ

Avocat au barreau de Paris
Expert de la Commission
Libertés et droits de l'homme

*« Le secret de la défense est une pièce importante de notre
État de droit, dont la préservation réclame une forte attention »*

Bertrand LOUVEL,

Premier Président de la Cour cassation.

« Le secret des avocats n'est pas seulement une obligation légale, ni même une règle déontologique imposée... C'est d'abord une obligation éthique, directement liée à la raison d'être de la fonction. Le secret des avocats n'est pas fait pour les avocats. Il leur est imposé comme l'une des plus exigeantes obligations éthiques de leur profession. Mais ce devoir devient droit face à ceux qui voudraient en profiter pour surprendre les confidences. Un monde où l'on ne pourrait plus partager ses secrets sans craindre qu'ils se transforment en informations serait un monde où l'individu serait privé de liberté ».

Henri LECLERC,

« Secrets professionnels » Editions Autrement 1999.

« Il n'y a pas une semaine où le représentant du bâtonnier, Vincent Nioré, notre grognard, ancien membre du Conseil de l'Ordre, ne se batte pied à pied pour préserver le secret professionnel, lors des perquisitions ordonnées chez les avocats. Avocats dont la plupart ne sont pas poursuivis pour autant par la suite. Mais c'est tellement plus simple d'aller chercher chez celui à qui on a tout confié ! ».

Basile ADER,

Vice-Bâtonnier du barreau de Paris, Discours de rentrée du barreau de Paris,
30 novembre 2018.

POURQUOI CE GUIDE ?

Pour renseigner et aider au premier chef le bâtonnier ou son délégué, « *protecteur des droits de la défense* » et « *garantie spéciale de procédure* » ainsi que le qualifient les décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi les avocats, seuls et derniers remparts contre l'intrusion, devant batailler à la fois pour les justiciables et pour eux-mêmes, ainsi que pour la protection du secret professionnel.

Pour leur donner également les clés et éléments pratiques indispensables à leur intervention dans le cadre d'une perquisition dont un avocat est l'objet à son cabinet et/ou à son domicile.

De ce point de vue, le présent guide ne contient pas de prescriptions de nature réglementaire. Il n'ajoute pas au droit positif, mais donne des indications pratiques sur son état, ainsi que sur l'interprétation et l'application qu'il convient d'en faire dans la perspective de la défense du secret professionnel.

Si la pratique des perquisitions visant les avocats semble en augmentation, la nécessité d'une protection intransigeante du secret professionnel passe par le rôle de contestataire actif et ferme du bâtonnier ou de son délégué.

1. QUELQUES CHIFFRES

Pour des raisons évidentes tenant à la protection du secret professionnel, ne seront évoqués que le nombre des perquisitions et la qualité des magistrats qui les pratiquent, majoritairement les juges d'instruction et le Parquet National Financier (PNF), mais dans de moindres proportions pour ce dernier pour l'instant.

Ces magistrats agissent désormais séparément, le Parquet n'étant plus présent aux perquisitions des juges d'instruction. Juges mal en point et Parquet en mal d'indépendance ont apparemment décidé de ne plus sévir ensemble, chacun revendiquant ses méthodes de perquisition.

Par exemple, celles du PNF sont calquées sur les procédés de visite de la DGIFP à savoir la présence simultanée de deux équipes de perquisition au domicile et au cabinet dès 6 heures du matin pour « frapper fort », mues par la crainte de la déperdition des preuves.

Au contraire, les juges d'instruction, forts de leur expérience personnelle, ou traumatique pour d'autres, prennent leur temps avec la certitude de toujours trouver un élément à saisir ou de lire quelque document en agissant d'abord au domicile puis plus tard au cabinet dont ils savent que rien n'y disparaît car les avocats conservent la moindre poussière de leur activité.

Si nous ne disposons pas du nombre de perquisitions menées contre les avocats n'appartenant pas au barreau de Paris et qu'il faudra parvenir à recenser, la pratique visant ces derniers de 2014 à 2019 inclus nous permet de constater une augmentation des mesures intrusives chez l'avocat.

Depuis 2011 à Paris, nous dénombrons un total de :

- 231 perquisitions physiques domicile/cabinet pour 179 avocats par 230 magistrats, dont 160 juges d'instruction et 70 Parquetiers dont 27 PNF,
- 8 visites DGFIP
- 2 visites AMF.

Ces mesures ont été suivies de 118 audiences JLD.

1.1. En 2014, 17 avocats inscrits au barreau de Paris ont été perquisitionnés.
Certains d'entre eux l'ont été par plusieurs juges d'instruction à leur domicile et à leur cabinet dans des affaires différentes (deux perquisitions pour un avocat le même jour dans deux de ses dossiers et quatre perquisitions le même jour pour un autre avocat dans quatre de ses dossiers).

Sur les 17 avocats perquisitionnés, la répartition des autorités ayant procédé à la perquisition est la suivante :

- 13 par les juges d'instruction du Pôle financier.
- 2 par le parquet financier (F2) sans juge d'instruction.
- 1 par un juge d'instruction de Paris.
- 1 par un juge d'instruction de province.
- 1 par l'Autorité des marchés financiers.

En 2014, aucun avocat du barreau de Paris n'a été perquisitionné par l'Administration fiscale sur le fondement de l'article L. 16B du Livre des procédures fiscales (LPF) ou sur plainte de l'administration.

Concomitamment à la perquisition, 3 avocats ont été placés en garde à vue.

Au total, nous avons dénombré la quantité impressionnante de 32 perquisitions au cabinet/domicile d'avocats par **26 magistrats dont 24 juges d'instruction et 2 Parquetiers dont 2 PNF, 23 audiences JLD, 2 visites AMF.**

Le nombre total d'audiences des juges des libertés et de la détention (JLD) de Paris et hors Paris avec audiences de renvoi après expertise s'élève à 23 sur 11 cas de saisine du JLD.

Sur 17 avocats perquisitionnés, 10 appartiennent à l'environnement ou à l'entourage direct ou indirect, voire sont des adversaires d'un ancien chef d'Etat, si bien que nous assistons à l'émergence d'un droit pénal politique.

Par ailleurs, on observe un point commun entre certains confrères tenant à leurs liens avec les pays du Maghreb et de l'Afrique sub-saharienne (Libye, Mali, Sénégal, Côte d'Ivoire).

1.2. En 2015, 18 avocats inscrits au barreau de Paris ont été directement perquisitionnés. On peut y ajouter 3 avocats visés à travers leurs proches qui ont, eux, subi une perquisition.

Sur cette période, 8 avocats fiscalistes parisiens ont été perquisitionnés alors qu'un seul l'avait été en 2014.

Pour 2015, la répartition des autorités ayant procédé à la perquisition est la suivante :

- 3 par le parquet national financier sans juge d'instruction
- 7 par les juges d'instruction du Pôle financier
- 3 par des juges d'instruction d'autres juridictions
- 2 par le parquet dans des affaires de droit commun

Sur 18 perquisitions, nous avons assisté à six cas de garde à vue concomitante. Il y a eu 10 cas de saisine du JLD qui ont entraîné 13 audiences.

Il faut comptabiliser 28 perquisitions domicile / cabinet **pour 22 avocats par 32 magistrats dont 21 juges d'instruction et 11 Parquetiers dont 2 PNF, 14 audiences JLD.**

1.3. En 2016, 19 avocats inscrits au Barreau de Paris ont été perquisitionnés.

Ces 19 perquisitions se répartissent comme suit:

- 3 par les juges d'instruction du pôle financier
- 1 par les juges d'instruction du pôle financier dans une affaire politico-financière
- 13 dans des matières de droit commun par des juges de province et de la périphérie parisienne
- 1 par le parquet financier
- 1 par l'administration fiscale

Sur cette période, aucune perquisition n'a été pratiquée par le parquet national financier. Il convient sur ce point de distinguer entre les perquisitions décidées et celles pratiquées par le parquet national financier.

Sur ces 19 perquisitions, nous avons assisté à quatre cas de garde à vue concomitante.

Il y a eu 12 cas de saisine du JLD qui ont entraîné 17 audiences.

Aucun avocat fiscaliste parisien n'a été perquisitionné.

Il faut comptabiliser 25 perquisitions domicile / cabinet **pour 19 avocats par 29 magistrats dont 18 juges d'instruction et 11 Parquetiers dont 1PNF, 15 audiences JLD, 1visite DGFIP.**

1.4. En 2017, nous comptabilisons 31 perquisitions domicile / cabinet pour 28 avocats par 34 magistrats dont 20 juges d'instruction et 14 Parquetiers dont 8 PNF, 14 audiences JLD, 2 visites DGFIP.

- Un seul avocat fiscaliste perquisitionné.

1.5. En 2018, nous comptabilisons 44 perquisitions pour 31 avocats, par 39 magistrats dont 20 juges d'instruction et 19 Parquetiers dont 14 PNF, outre 11 audiences JLD, 3 visites DGFIP.

Un seul avocat fiscaliste perquisitionné.

Les **44 perquisitions** 2018 se décomposent comme suit :

- 8 perquisitions par le PNF souvent en co-saisine par binôme dont une sur plainte de l'Administration fiscale soit **14 parquetiers PNF**
- 2 perquisitions par le Parquet Section P20 soit deux parquetiers
- 1 perquisition par le Parquet Section P12
- 1 perquisition par la Section F2
- 1 perquisition par le Parquet de Nanterre

Soit **13 perquisitions Parquet par 19 parquetiers présents**.

- **31 perquisitions par 20 juges d'instruction** (dont 3 par des de Fort de France, Rennes, Bar-le-Duc) dont **28 perquisitions domicile/cabinet par 17 juges parisiens** avec greffiers (agissant pour la plupart en co-saisine).
- **3 visites DGFIP L16B LPF concernant 5 confrères** dont deux non concernés par la présomption de fraude fiscale, mais qui ont eu le génie de domicilier leurs clients présumés fraudeurs, pour la DGFIP, à leur cabinet et dont ils ignoraient la fraude. Le délégué du bâtonnier a formulé des réserves écrites faute de pouvoir contester en cette matière. Sa présence est souhaitée par la DGFIP pour la protection du secret, bien que non prévue par les textes alors que celle de l'avocat de la défense l'est. A cet égard, il faut prêter attention à la réforme en cours sur la présence du bâtonnier avec pouvoir de contestation (voir infra).

Il est nécessaire de comptabiliser chaque magistrat qui a perquisitionné physiquement soit un nombre de magistrats s'élevant à 20 juges d'instruction et 19 parquetiers et donc au total 39 magistrats physiquement présents sur place en 2018.

Nous avons comptabilisé neuf cas de saisies qui ont fait l'objet de 11 audiences JLD, lequel nous a ordonné à sept reprises la restitution partielle ou totale des documents saisis.

Depuis juin 2018, il faut noter une évolution favorable de la jurisprudence du JLD avec 3 cas de restitution totale contre les saisies des juges d'instruction et 2 cas de restitution totale contre celles du PNF, soit 5 cas de restitution totale au deuxième semestre suite à contestation systématique des saisies (comme le souhaitent tous les avocats perquisitionnés), à l'exception de cas rares où la contestation ne s'impose pas lorsque les éléments saisis n'ont aucun rapport avec la profession d'avocat.

1.6. Au 30 décembre 2019, nous comptabilisons 33 perquisitions aux domicile / cabinet / téléphone portable :

- pour 22 confrères
- par 27 juges d'instruction dont 22 du Pôle financier et 5 de province,
- par 12 parquetiers dont 8 parquetiers PNF, 1 parquetier anti-terroriste, 2 parquetiers section P4, 1 parquetier P20.

On comptabilise 12 saisines du JLD.

1.7. Pour les autres Barreaux de France, il serait utile d'établir un décompte.

Les bâtonniers sont désormais fortement sensibilisés à la réalité des perquisitions dont la presse se fait systématiquement l'écho, comme cela s'est produit, par exemple, à propos de l'intrusion du parquet accompagné de gendarmes chez un avocat du barreau de Montpellier, motif pris d'une prétendue violation du secret professionnel en faveur d'une personne qu'il défendait déjà...

2. LA NÉCESSITÉ D'UNE PROTECTION INTRANSIGEANTE DU SECRET PROFESSIONNEL

2.1. S'il était besoin de le rappeler, l'**obligation de respecter le secret professionnel** a été constamment reconnue par le droit français et inscrite dans la loi depuis son introduction dans l'article 378 du Code pénal de 1810.

Aujourd'hui, l'article 226-13 du Code pénal reprend le principe selon lequel il existe un secret dont sont dépositaires certaines personnes « soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». La révélation de ce secret par ces personnes est sanctionnée pénalement.

Même si leur formulation a pu évoluer, ces principes n'ont pas été remis en cause depuis 1810.

À titre d'exemple, l'on peut rappeler la décision Watelet qui pose le principe qu'en « imposant à certaines personnes, sous sanction pénale, l'*obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions* »¹.

1. Cass., 15 décembre 1885, DP 1886.1.347 ; S. 1886.1.86 rapport Tanon.

Relevons également l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 9 septembre 1897 qui consacre le principe de la libre défense et la confidentialité qui garantit la relation entre l'avocat et son client dans les termes suivants : « *Attendu, en droit, que, si le juge d'instruction est, aux termes des articles 89 et 35 du Code d'instruction criminelle, investi du pouvoir de saisir tous papiers jugés utiles à la manifestation de la vérité, ce pouvoir trouve une limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure criminelle, et qui commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs* »².

Un siècle plus tard, la Cour de cassation adopte une formulation différente de l'arrêt Watelet, mais reste fidèle au principe précité : « *ce que la loi a voulu garantir, c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire* »³.

Ainsi, le secret professionnel de l'avocat procède de l'intérêt général, d'un intérêt social auquel il convient de reconnaître la valeur juridique la plus haute. En effet, il est porteur d'un « *enjeu social pour ce qu'il représente de confiance indispensable à certaines relations* »⁴.

Certes, il est institué en creux à partir de l'affirmation d'un délit de violation du secret professionnel.

Il n'est pas tant destiné à protéger les professionnels auxquels il s'impose - c'est un devoir - que leurs clients pour lesquels il s'agit d'un droit absolu.

Une décision du TGI de Paris du 5 juillet 1996 l'exprime simplement : « *le délit de violation du secret professionnel est institué, non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci sont dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état ou de leur profession* »⁵.

Il s'agit d'une garantie essentielle des citoyens dans le cadre d'une société libérale. Il touche à la dialectique de l'équilibre entre les droits de l'individu et ceux de la société dans laquelle il vit et au premier rang desquels figurent l'ordre public ou l'ordre social. Dans les deux termes de la dialectique, c'est le bon fonctionnement de la société, la place qu'y tient l'individu, le devoir qu'elle a de se protéger et de protéger ses membres contre les atteintes qui peuvent leur être portées qui sont en cause.

L'on rejoint ainsi naturellement la dialectique fondant la jurisprudence constitutionnelle en matière pénale : assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Cette dialectique n'est d'ailleurs pas étrangère à la problématique des perquisitions administratives autorisées dans le cadre de l'état d'urgence dont il ne sera pas question dans le présent guide.

2. Cass. Crim., 9 septembre 1897, Bull. Crim. n°309.

3. Cass. Crim., 19 novembre 1985, Bull. Crim. n° 364.

4. Yves Mayaud, D. 2001 chron. p. 3454, spéc. p. 3459.

5. T.G.I. Paris, 5 juillet 1996, D. 1998 somm. 86 obs. Th. Massis.

S'agissant, par exemple, des droits de la défense fondés sur l'article 16 de la Déclaration de 1789⁶, le secret professionnel protège avant tout le client, le justiciable ne pouvant bénéficier d'une défense effective si la relation de confiance nouée avec son avocat n'était pas couverte par le secret⁷.

2.2. Le secret professionnel de l'avocat est également largement traité par les juridictions européennes, qu'il s'agisse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ou de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

2.2.1. La directive n° 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, a prévu en son article 4 que « *les États membres respectent la confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat dans l'exercice du droit d'accès à un avocat prévu par la présente directive. Ces communications comprennent les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national* ».

De même, la Cour de justice de l'Union européenne a invalidé la directive n° 2006/24 relative à la conservation de ces données aux motifs, notamment, que celle-ci « *ne prévoit aucune exception, de sorte qu'elle s'applique même à des personnes dont les communications sont soumises, selon les règles du droit national, au secret professionnel* » [CJUE, Grande Chambre, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a*, Aff. C-293/12 et C-594/12, § 58].

On rappellera également que la Cour de justice, dans un arrêt AM & S du 18 mai 1982, a affirmé que « *la confidentialité répond à l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat dont la profession comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin. Que la correspondance entre l'avocat et le client est protégée par la confidentialité, dès lors qu'il s'agit d'une correspondance échangée dans le cadre des droits de la défense et émanant d'avocats indépendants qui ne sont pas liés au client par un rapport d'emploi. Que la confidentialité couvre toute correspondance échangée après l'ouverture d'une procédure administrative susceptible d'aboutir à une décision et doit être étendue également à la correspondance antérieure ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure* » [CJCE, 18 mai 1982, AM & S - Aff. 155-79, Rec. p. 1675].

6. Voir par exemple Cons. const. décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, *Ordre des avocats au barreau de Bastia [Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat]*, Rec. p. 126. Dans la décision du Conseil constitutionnel n° 95-360 DC du 2 février 1995, *loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative* [Rec. p. 195], ce principe a également pu qualifié comme constituant « *un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958* ».

7. Mérite d'être relevé l'arrêt rendu le 3 novembre 2016 (n°15-20495) par la première Chambre civile de la Cour de cassation qui retient que le secret professionnel ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application d'une mesure *in futurum* sauf la réserve tirée du respect du secret des correspondances entre avocats et avocat-client: « *Attendu, en second lieu, que l'arrêt énonce que le secret des affaires et le secret professionnel ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile et relève que la seule réserve à la communication des documents séquestrés tient au respect du secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client édicté par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, de sorte que rien ne s'oppose pour le surplus à la demande présentée par la société Metabyte ; que par ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait, donnant leur efficacité immédiate aux mesures initialement ordonnées, qui permettent à cette société de recueillir les éléments de preuve et d'en tirer parti avant tout procès* ».

2.2.2. La CEDH fait découler la protection du secret professionnel de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans l'arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012, la CEDH décide 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* ». La Cour ajoute que « *la protection du secret professionnel attaché aux correspondances échangées entre un avocat et son client est, notamment, le corollaire du droit qu'a ce dernier de ne pas contribuer à sa propre incrimination et que, dès lors, ces échanges bénéficient d'une protection renforcée* »⁸.

2.3. La tendance générale de la jurisprudence du JLD du TGI de Paris consiste à résERVER le secret professionnel pour le seul exercice des droits de la défense en matière pénale.

Le secret professionnel n'existerait plus pour l'activité de conseil en droit fiscal ni pour celle du contentieux fiscal. Les décisions relèvent ainsi et généralement que l'avocat « *est intervenu en qualité de conseil des mis en cause mais à aucun moment dans le cadre d'une défense de leurs intérêts devant une quelconque juridiction ; que les documents saisis ne bénéficient pas de la protection absolue des droits de la défense* ».

S'agissant de l'exercice des droits de la défense, le JLD retient que « *le secret professionnel ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles d'établir l'implication de l'avocat dans l'infraction, qu'elles aient été commises par ce dernier en qualité d'auteur ou de complice* ».

On relèvera cependant qu'une ordonnance du JLD du TGI de Paris consacre le secret professionnel à l'occasion de l'activité de conseil dans les termes suivants : « *ces documents ne concernent pas les droits de la défense, peuvent être considérés comme couverts par le secret professionnel dès lors qu'ils pourraient ressortir de l'activité de conseil de Me [...]* ». Toutefois, cette même décision précise en préambule « *qu'aucun des documents saisis dans le cadre de la perquisition au cabinet de Me [...] ne concerne la défense pénale d'un client... qu'ils ne bénéficient pas dès lors de la protection absolue des droits de la défense* ».

Une autre ordonnance portant sur la saisie de courriels confidentiels entre avocats fiscalistes, sur une question de droit fiscal, retient, en renouant avec une motivation discutable, que tous ces éléments « *se rattachent tous directement aux infractions poursuivies et sont de nature à participer à la recherche des preuves de ces infractions et des personnes impliquées* ».

8. CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11, point 118. Voir dans le même sens CEDH, 3 février 2015, n° 30181/2015, *Pruteanu c/ Roumanie*. Voir aussi CEDH, 2 juillet 2015, *Vinci Construction c. France*, req. n° 63629/10 ; CEDH, 16 juin 2016, *Versini Campinchi et Crasnianski c. France*, req. n° 49176/11.

Mérite une attention particulière l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 octobre 2016 (n°16-82308) qui retient que, « *si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* ».

Une ordonnance plus récente consacre encore l'aberration qui consiste à dire qu'une pièce couverte par le secret « *qui ne concerne nullement l'exercice par un avocat de la défense de son client..., est à ce titre utile à la manifestation de la vérité* » comme comportant « *des éléments qui permettent d'appréhender le mécanisme constitutif de l'infraction pénale* ».

Relevons encore une ordonnance qui retient que « *si le secret ainsi défini ne peut revêtir 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 concernant l'exercice des droits de la défense, que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat* ».

Par ordonnance du JLD de Paris du 30 octobre 2018 (inédit), il a été jugé que « la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe de portée générale qui vise à protéger l'exercice de la profession d'avocat. Il ne saurait être restreint au motif que les saisies sont opérées dans le cadre d'une information judiciaire ouverte sur constitution de partie civile d'un client de l'avocat concerné ».

Par arrêt rendu le 9 septembre 1897, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré le principe de la libre défense et la confidentialité qui garantit la relation entre l'avocat et son client dans les termes suivants :

« *Attendu, en droit, que, si le juge d'instruction est, aux termes des articles 89 et 35 du Code d'instruction criminelle, investi du pouvoir de saisir tous papiers jugés utiles à la manifestation de la vérité, ce pouvoir trouve une limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure criminelle, et qui commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs* » (Cass. Crim., 9 septembre 1897, Bull. Crim. n°309).

La Chambre criminelle a donc confondu le principe de libre défense avec la confidentialité des communications des mis en cause avec leurs avocats qu'ils veulent choisir ou qu'ils ont choisi.

Ainsi, la relation entre l'avocat pressenti et le mis en cause avant toute désignation officielle auprès du juge, est-elle couverte par la confidentialité.

Plus tard, la Chambre criminelle a refusé d'étendre cette confidentialité à l'activité de l'avocat qui ne concerne pas l'exercice des droits de la défense stricto sensu.

Par arrêt rendu le 7 mars 1994 (n°93-84931), la Chambre criminelle a jugé que « *si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 97 du Code de procédure pénale le pouvoir de les saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense* ».

Dans l'arrêt rendu le 30 juin 1999 (n°97-86318), la Chambre criminelle a jugé que « *il résulte des articles 97 et 99 du Code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel, dès lors que leur maintien sous la main de la justice en vue d'apprécier l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense* ».

Par arrêt rendu le 3 avril 2013 [Cass. Crim., 3 avril 2013, n° Y12-88021], 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* ».

En tant qu'il réitère cette solution, mérite une attention particulière l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 4 octobre 2016 (n°16-82308) : « *Qu'en effet, si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* ».

Certes, la Chambre commerciale de la Cour de cassation mis en avant le 3 mai 2012 (n°11-14008) la solution suivante dans le cadre d'opérations de visites l'administration fiscale chez un client :

« *Il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 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* ».

Une remarque identique s'impose à propos d'une ordonnance récente qui a encore retenu, nonobstant les protestations du délégué du Bâtonnier, que le secret professionnel ne s'oppose pas à la saisie des pièces de nature à démontrer l'implication de l'avocat dans l'infraction dès lors que celles-ci ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense.

2.4. Par ailleurs, la jurisprudence de la 32e Chambre Correctionnelle du TJ de Paris (nouvelle Chambre financière), qui juge les avocats perquisitionnés renvoyés devant elle, décide que l'avocat fiscaliste est tenu d'un devoir de conseil renforcé et doit éprouver un doute raisonnable sur l'objectif réellement poursuivi par le client (hormis toute considération de déclaration de soupçon dans le cadre du dispositif de lutte contre le blanchiment prévu par le code monétaire et financier (CMF)).

Cette solution a été maintenue par la Cour d'appel de Paris par arrêt du 19 mai 2017 (Pôle 5 Chambre 13) contre lequel pourvoi en cassation a été formé.

Pèse donc sur l'avocat une obligation de divination et de refuser tout dossier d'un client suspect de vouloir frauder alors que les juges retiennent que le montage réalisé par l'avocat n'est pas intrinsèquement frauduleux .

2.5. En définitive, et *contra legem*, il semble acquis du côté du JLD de Paris, juge du contrôle de la mesure intrusive, que les avocats fiscalistes ne bénéficient plus du secret professionnel et peuvent être valablement perquisitionnés simplement parce qu'ils détiendraient des éléments utiles à l'enquête. Et le JLD d'organiser un subtil distinguo entre l'exercice des droits de la défense stricto sensu en matière pénale couvert par le secret (principe de la libre défense) et la fourniture d'un conseil fiscal, voire le suivi d'un contentieux fiscal qui ne seraient pas couvert par le secret pour ne pas appartenir à cet exercice des droits de la défense.

S'il est arrivé que le JLD consacre à deux reprises depuis 2008 le principe de la présomption d'innocence à propos des avocats, une décision d'un JLD de la périphérie de Paris a récemment retenu une « présomption d'infraction » pour verser des pièces au dossier de la procédure, autrement dit une présomption de culpabilité ! La vigilance doit être de chaque instant car aucune perquisition ne ressemble à une autre, l'exercice des droits de la défense s'imposant également lors de chaque audience du JLD.

Si la Cour de cassation a pu juger que la relation avocat-client confidentielle ne pouvait naître qu'avec la mise en cause du client placé en garde à vue, mis en examen ou témoin assisté, et la désignation officielle de l'avocat de la défense, cette considération – déconnectée de la réalité du métier d'avocat – n'a nullement empêché les magistrats instructeurs de perquisitionner en fait l'avocat de la défense pour la totalité des dossiers susceptibles d'être reprochés à son client dont il avait déjà la charge à son cabinet⁹.

Les juges d'instruction ne perquisitionnent jamais pour un seul dossier mais systématiquement pour plusieurs qu'ils suspectent. Les perquisitions incidentes sont fréquentes. Il s'agit de « ratisser large » pour reprendre l'expression d'un magistrat ancien JLD de Paris, protecteur des avocats.

Le secret professionnel n'existerait plus qu'en matière pénale pour l'exercice des droits de la défense, au plan théorique en tout cas, puisque, en pratique, les pénalistes sont également entendus comme témoins ou perquisitionnés pour la défense qu'ils pratiquent ou sont contraints de pratiquer à propos de leurs clients écoutés, surveillés, épiés, suspectés jusqu'à l'infini. Cet infini où l'avocat de la défense est en risque de les rejoindre.

^{9.} Cass. Crim. 22 mars 2016 n°15-83205, n°15-83206 ; Cass. Crim. 15 juin 2016, n°15-86043.

Le philosophe Geoffroy de Lagasnerie l'exprime parfaitement : « *la stratégie utilisée pour autoriser des intrusions dans la relation avocats-clients est en fait à la fois sournoise et subtile puisque, tout simplement, il s'agit de nier l'intrusion dans la relation au moment même où on la justifie en disant que cette relation n'est pas une relation avocat-client, c'est-à-dire en niant cette relation : on ne justifie pas l'intrusion dans la relation, on nie la relation pour justifier l'intrusion* »¹⁰.

2.6. Dans ce contexte, nous maintiendrons bien sûr nos contestations avec vigilance et force puisque l'audience du JLD¹¹ permet en principe de dédramatiser le dossier, de retarder l'enquête et d'en connaître la teneur, outre d'instaurer du contradictoire et d'obliger le juge ou le Parquet à plaider sur les raisons de sa perquisition.

La première victoire du Bâtonnier ou de son délégué réside dans le fait de contester la saisie par principe. La seconde réside dans la tenue de l'audience du JLD qui est une source précieuse d'informations pour l'avocat perquisitionné, qui permet de dédramatiser la situation. La troisième victoire réside dans la décision du JLD de restituer des pièces saisies couvertes par le secret professionnel car ces pièces, considérées par le magistrat saisissant comme des pièces à conviction, sont jugées comme ne contenant aucun indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction. Cette décision qui passe en force de chose jugée, car non susceptible de recours, évince définitivement toute idée de « culpabilité ». À l'inverse, une décision d'attribution des pièces saisies au juge ne tient nullement en échec ni l'exercice des droits de la défense, ni la présomption d'innocence.

3. LE BÂTONNIER GARANT DE LA PROTECTION INTRANSIGEANTE DU SECRET PROFESSIONNEL

D'une manière générale, le principe de l'égalité des armes implique de consacrer en toute matière intrusive la présence du bâtonnier, « *garantie spéciale de procédure* » et « *protecteur des droits de la défense* », avec un pouvoir de contestation à propos de tout type de mesure intrusive chez l'avocat. Cela vaut naturellement pour les perquisitions, mais évidemment et aussi pour les interceptions des communications.

Un cas particulier : la visite domiciliaire commencée dès la garde à vue hors la présence du Bâtonnier ou de son délégué est irrégulière.

Il est de jurisprudence constante que « *toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire* » (Cass. Crim., 3 juin 1991, n° 90-81435).

10. Intervention « *Secret, État et droit* » lors du colloque « *L'avocat et les secrets* » de l'Institut de Défense Pénale à Marseille le 25 juin 2016.

11. Le Président HAYAT, s'exprimant à propos de la fonction du JLD, souligne « *que la charge s'aggrave d'année en année et que la réforme donnant au JLD un véritable statut protégeant son indépendance ne suscite aucun engouement, en raison même des contraintes lourdes inhérentes à cette fonction* » Gazette du Palais, 31 janvier 2017 ,¹⁰ p.10 et 11.

Par décision du 22 mars 2016, le JLD du Tribunal de grande instance de Bobigny (inédit) a consacré cette solution au visa de l'article 56-1 du CPP, en restituant à un avocat gardé à vue à son domicile puis perquisitionné l'ensemble des éléments saisis et contestés dans les termes suivants : « *Attendu que toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire...que les perquisitions au domicile d'un avocat ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier...que les enquêteurs ont forcé la porte du domicile de Maître X... à 6h05 du matin ...et ont donc dès lors ...débuté la perquisition à son domicile à cette heure ...qu'il n'est pas contesté que ces opérations ont débuté en l'absence du procureur de la République qui devait lui-même procéder à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier...que le début de la perquisition en l'absence du magistrat et du représentant du bâtonnier ne peut que conduire à la constatation de l'irrégularité de la dite perquisition, peu important que des documents ne soient saisis qu'ultérieurement dans la même opération lorsque le procureur de la république et le bâtonnier arriveront ;...qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'accueillir l'opposition à saisie formulée par le Bâtonnier de Paris, d'ordonner la restitution immédiate des documents et objets saisis et la cancellation de toute référence aux documents et objets saisis qui figurent dans le dossier de la procédure...».*

La visite domiciliaire ne saurait débuter hors la présence du magistrat instructeur ou du Parquet et du délégué du Bâtonnier.

Le bâtonnier ou son délégué est un contestataire, protecteur des droits de la défense et, en tant que tel, pas nécessairement soumis au secret professionnel lors de la perquisition qu'il conteste puisqu'investi d'une mission d'exercice des droits de la défense. La prudence et la pratique recommandent de conserver le secret sur les informations recueillies en perquisition.

Ce rôle, il doit également le jouer lors de la notification d'une écoute téléphonique concernant un avocat qui lui est adressée en application de l'article 100-7 CPP. Il doit ainsi s'adresser au juge auquel il demandera les motifs de sa décision qu'il pourrait contester par la saisine du JLD ou de la Chambre de l'instruction, même si aucun texte ne prévoit son intervention. Des pratiques audacieuses naissent souvent les grandes réformes !

Le bâtonnier n'est ni la potiche, ni l'instrument de la perquisition, mais plutôt son cauchemar par la contestation qu'il impose envers et contre tous, son rôle n'étant « pourtant pas exclusif d'une défense vive et sans concession à l'égard de l'accusation »¹². En ce sens, le but de la contestation consiste à épuiser l'auteur de la perquisition, à savoir « le magistrat d'intrusion » contre lequel il convient de retourner ses propres « armes » (celles de la procédure...). A la longueur de la perquisition s'ajoutera la longueur de l'audience du JLD pour l'examen de la contestation pièces par pièces. Dans certains dossiers, la durée moyenne d'une audience du JLD est de huit heures, voire d'une semaine d'affilée. Il peut exister plusieurs audiences étalement sur une année en matière de saisie informatique suite au dépôt du rapport de l'expert. Le Bâtonnier ou son délégué doit être d'une détermination sans faille.

12. *Rapport du groupe de travail relatif à la protection des magistrats* remis à Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la justice, le 28 juin 2016, page 2 : http://www.justice.gouv.fr/publication/RapportProtectionMagistrats_28_06_2016.pdf

Il n'a pas à être « requis » par un magistrat instructeur ou une autre autorité. Son intervention est de droit. Il n'est ni auxiliaire de police, ni auxiliaire de la poursuite, qu'elle soit judiciaire ou administrative.

Dans l'exercice de cette mission, le bâtonnier ou son délégué gardent toujours à l'esprit les dispositions de l'article 17 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui confient au conseil de l'ordre l'*« attribution de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits »*.

Nul ne saurait admettre que l'autorité judiciaire, garante constitutionnelle de la liberté individuelle (art. 66 Const.), soit vécue en pratique par les avocats comme l'expression d'un phénomène de violence.

Puisse ce guide conforter ces contestataires potentiels, harmonieusement unis dans ce bel, indispensable et impérissable exercice des droits de la défense et de la protection du secret professionnel.

FICHES PRATIQUES

Fiche n° 1 : TERMES ET DÉFINITIONS

1. PERQUISITION

Mesure d'investigation effectuée en tous lieux (notamment 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 (art. 56 et 94 suiv. CPP).

« *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* » - Cass. Crim., 19 mars 1994, Bull. Crim. n° 118.

« *N'est pas une perquisition le fait de remettre des documents en vue d'une perquisition à un OPJ dès lors que ce dernier ne se livre à « aucune recherche pour entrer en possession de ces documents »* » - Cass. Crim., 20 sept. 1995, Bull. n°276 » (Vocabulaire juridique CORNU).

2. 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 perquisition en ce qu'elle ne comporte pas nécessairement des investigations mais est entourée des mêmes garanties que celle-ci* » (Vocabulaire juridique CORNU).

3. SAISIES

En procédure pénale, la notion de saisie se réfère à une mesure protéiforme. Généralement considérée comme une mesure tendant à éviter la disparition ou le dépérissage d'un élément de preuve, elle recouvre également les garanties patrimoniales consistant à « geler » des biens affectés à cette garantie. Le code de procédure pénale utilise les termes de « saisie » et de « biens placés sous-main de justice » ainsi que, en matière d'entraide judiciaire internationale, la notion de « gel de biens ou d'éléments de preuve ».

Le droit positif ne permet que très partiellement et très imparfaitement au juge d'ordonner des mesures tendant à assurer l'indisponibilité juridique d'un bien afin de garantir les droits des tiers ou l'exécution des condamnations. En matière pénale, la saisie est avant tout appréhendée comme une mesure tendant à la manifestation de la vérité.

Le plus souvent, ces saisies sont réalisées à l'occasion d'une perquisition. Les biens saisis sont alors inventoriés et placés sous scellés, sauf impossibilité. En fin de procédure, ils peuvent être restitués ou aliénés, détruits ou attribués à l'Etat.

Ainsi conçues, les saisies s'apparentent à des mesures d'investigation, réalisées à des fins probatoires y compris dans les cas où elles ne sont pas précédées de la constatation d'indices préalables de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

S'agissant des avocats, une telle solution doit être condamnée car l'éviction du secret professionnel suppose de caractériser de manière préalable l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Le rôle du Bâtonnier, « *garantie spéciale de procédure* » et « *protecteur des droits de la défense* », consistera à contester la saisie, soit le placement sous-main de justice d'un objet ou d'un document et, par voie de conséquence, la perquisition en elle-même qui consiste à pénétrer dans un lieu clos pour y procéder à la recherche d'éléments prétendument utiles à la manifestation de la vérité (Cons. const. décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, JORF n° 0283 du 6 décembre 2015 p. 22502).

4. L'ARTICLE 56-1 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE

« *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.

A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel 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 judiciaire 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 dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa. »

Dans le fracas des légitimes protestations des avocats contre la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, précisément à propos de l'abandon de la présence de l'avocat en perquisitions judiciaires, est passée inaperçue la réforme essentielle de l'article 56-1 du Code de procédure pénale qui régit les perquisitions chez l'avocat et qui s'enrichit d'un alinéa d'une importance capitale sur son application à toutes les perquisitions prévues par une loi spéciale et à toutes les visites domiciliaires effectuées par une quelconque autorité administrative.

S'il faut se féliciter de cette réforme, il est regrettable que le législateur ait fait preuve de pusillanimité à propos de la présence de l'avocat de la défense en perquisition judiciaire.

Sur amendement du gouvernement, la commission des lois de l'Assemblée Nationale avait adopté l'amendement suivant à l'article 32 du projet de loi justice :

« VI.-L'article 56-1 du code de procédure pénale est complété par un alinéa ainsi rédigé : Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa ».

L'exposé sommaire en préambule de l'amendement prévoyait que :

« Cet amendement remplace les dispositions adoptées par le Sénat, qui modifient le code des douanes afin d'appliquer les règles de l'article 56-1 du code de procédure pénale aux seules perquisitions douanières effectuées chez un avocat.

Il tend ainsi à généraliser l'application des règles de l'article 56-1 du code de procédure pénale à toutes les perquisitions chez un avocat prévues par des lois spéciales ».

Par conséquent, aucune visite domiciliaire d'une autorité administrative, de l'administration fiscale (article L16B du Livre des procédures fiscales), des douanes (article 64 du Code des douanes), de l'Autorité de la concurrence et DGCCRF (article L450-4 du Code de commerce), de l'Autorité des marchés financiers (article L621-12 du Code monétaire et financier qui prévoit déjà la protection du Bâtonnier) ne pourra ne pourra être effectuée au domicile d'un avocat sans que le Bâtonnier soit présent avec pouvoir de contestation des saisies et débat devant le juge des libertés et de la détention dans les termes de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Nous demandions cette réforme dans l'intérêt de la défense depuis longtemps, même si les perquisitions des autorités administratives sont, en pratique, quasi inexistantes chez l'avocat.

L'avantage de cet ajout réside dans la multiplication des voies de recours car un avocat perquisitionné par une telle autorité pourra, en vertu des textes déjà existants précités, bénéficier de la présence de son conseil, interjeter appel devant le Premier Président de l'ordonnance du JLD qui autorise la visite ainsi que des opérations de saisies.

En outre, le Bâtonnier présent pourra organiser toute contestation des saisies à charge pour l'autorité saisissante de saisir le JLD de la difficulté et dont l'ordonnance n'est pas susceptible de recours.

En conséquence, l'avocat perquisitionné bénéficiera d'un cumul de garanties au plan de l'exercice des contestations.

Il restera simplement à harmoniser le rôle du JLD avec celui du Premier Président pour autant qu'une telle mission ne soit pas impossible ainsi que de définir le rôle du JLD qui, en amont, autorise la perquisition sur requête de l'autorité administrative, est en charge d'en contrôler le déroulement sur saisine de l'OPJ présent sur place, a la faculté de se rendre sur les lieux visités, ainsi que de suspendre ou arrêter la visite et qui, saisi sur la contestation du Bâtonnier, est en charge de trancher la difficulté.

Espérons que les JLD seront suffisamment nombreux pour que celui qui autorise la visite ne soit pas celui qui tranche les contestations du Bâtonnier.

Fiche n° 2 : LES CONDITIONS PRÉALABLES À LA PERQUISITION

A. Les conditions de fond

1. JUSTIFICATION DE LA NÉCESSITÉ DE PERQUISITIONNER

Les magistrats justifient habituellement la décision de procéder à une perquisition dans le cabinet et/ou au domicile de l'avocat par :

- La recherche de la vérité par le magistrat au sujet d'une infraction sur laquelle est menée une enquête (articles 56 et 94 CPP).
- Les nécessités de l'enquête (article 76 CPP).
- La recherche de la preuve de la matérialité de l'infraction par le magistrat et non par les enquêteurs qui ne peuvent ni saisir ni lire un document, alors que ce sont ces derniers qui font l'enquête¹³.

En revanche, il est jugé, tant sur un plan interne par le juge des libertés et de la détention et la Chambre criminelle de la Cour de cassation que par la CEDH, que les éléments de fait recueillis avant la perquisition doivent établir que, dans les lieux où elle est envisagée, se trouvent des pièces ou objets dont la saisie permettrait d'apporter la preuve de l'infraction à propos de laquelle des indices préalables doivent avoir été réunis à l'encontre de l'avocat.

À VÉRIFIER LORS DE LA PERQUISITION

Une perquisition ne peut pas avoir pour but de rechercher chez l'avocat des éléments susceptibles d'établir l'indice d'une infraction d'un de ses clients, 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 (CEDH, 24 juillet 2008, *André c. France*, req. n° 18603/03)¹⁴.

13. « *La perquisition chez Google, ils l'ont préparée pendant plus d'un an. Ils savaient où et comment chercher. Ils avaient passé des mois, après la réception du dossier transmis par le parquet national financier [...] à se mettre en ordre de bataille* » in Valérie de Senneville, *Les secrets des enquêteurs anticorruption*, Les Echos, 20 juin 2016 (<http://m.business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0211001442473-les-secrets-des-enqueteurs-anticorruption-211579.php>)

14. « *46. Ensuite, et surtout, 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 ».

2. L'IMPLICATION DE L'AVOCAT DANS LA COMMISSION D'UNE INFRACTION PRÉALABLEMENT À LA PERQUISITION

La décision de perquisition doit relever à l'encontre de l'avocat des indices préalables graves ou concordants laissant penser qu'il aurait pu participer comme auteur ou complice à la commission de l'infraction motivant la perquisition.

Cette exigence d'indices préalables antérieurs à la perquisition a été rappelée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation par un arrêt du 22 mars 2016 (n° 15-83207) qui annule les saisies pratiquées en ses locaux lors d'une perquisition du 4 mars 2014 dans les termes suivants : « *Mais attendu qu'en refusant d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et du projet rédigé par lui, alors que cette appréhension n'était pas indispensable à la recherche de la preuve d'un trafic d'influence, dont seul était suspecté un magistrat étranger à la chambre criminelle, qu'il n'existe aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction et qu'en conséquence, en procédant ainsi, les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe énoncé ci-dessus* » (c'est nous qui soulignons).

Consacrée pour la protection du secret du délibéré des magistrats, cette solution doit naturellement profiter au secret professionnel de l'avocat¹⁵.

Il convient donc de démontrer que préexistaient à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission des infractions mentionnées à l'ordonnance de perquisition, ces indices devant être appréciés de manière intrinsèque dans les documents saisis (Cass. Crim. 25 juin 2013, n°12-88021).

En ce sens, il a été jugé par une ordonnance du JLD de Paris du 7 octobre 2016 que « *le secret professionnel d'un avocat ne peut être évincé que s'il existe des indices effectifs de la participation de cet avocat à la commission d'une infraction, indices qui doivent préexister à la perquisition et résulter intrinsèquement du contenu de chacune des pièces saisies* ».

S'agissant de la jurisprudence du JLD, une première ordonnance du JLD de Rennes du 8 mars 2013 (inédit) a consacré le principe de la présomption d'innocence au bénéfice des avocats : « *S'agissant plus particulièrement des pièces échangées entre un avocat et son client dans le cadre de la défense pénale de ce dernier, la saisie n'est susceptible de concerner que les pièces qui sont de nature à faire suspecter l'implication de l'avocat lui-même dans la commission de l'infraction reprochée à son client*

15. Par comparaison, en matière d'écoutes téléphoniques d'avocats l'exigence d'indices antérieurs est requise : « *Le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription de communications téléphoniques, que le juge d'instruction tient de l'article 100 du Code de procédure pénale, trouve sa limite dans le respect des droits de la défense, qui commande, notamment, la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen. Il ne peut être dérogé à ce principe qu'à titre exceptionnel, s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction* » (Cass. Crim., 15 janvier 1997, n° 96-83753).

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.

A cet égard, il convient d'observer que les pièces éventuellement versées à la procédure peuvent constituer des éléments à charge comme à décharge ».

Ainsi, une ordonnance du JLD de Versailles du 26 mai 2017 retient que « *le secret professionnel de l'avocat n'a pas un caractère absolu et les dispositions précitées (article 66-5 loi de 1971) ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces :*

- qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité,
- mais à la condition que celles-ci ne soient pas relatives à l'exercice des droits de la défense,
- cette dernière restriction pouvant être levée seulement en cas de suspicion d'implication de l'avocat concerné dans l'infraction [...]. »

Cependant, cette ordonnance ajoute que « *le document saisi, nonobstant son utilité pour la manifestation de la vérité, bénéficie de la protection absolue des droits de la défense s'agissant d'une correspondance entre avocats où sont abordées des données confidentielles relatives à leurs clients respectifs et leurs intérêts.*

Que faute d'éléments constitutifs d'une présomption d'implication de l'avocat dans l'infraction concernée, il ne saurait être dérogé au principe de la protection du secret professionnel. Qu'il convient par conséquent d'invalider la saisie..., d'en ordonner la restitution... et d'ordonner la cancellation de toutes références aux documents restitués ou à leur contenu qui figureraient dans le dossier de la procédure ».

Par conséquent, un document couvert par le secret professionnel, même s'il est objectivement utile à la manifestation de la vérité, ne peut être versé en procédure que s'il permet de caractériser « une présomption d'implication » (terme impropre), c'est-à-dire, en d'autres termes, des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, appréciation qui devra se faire de manière intrinsèque.

Par ailleurs, le JLD de Paris à juger, dans une ordonnance du 30 octobre 2018 (inédit), « *qu'il [l'élément saisi] ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet, que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée ».*

Enfin, la CEDH relève également cette exigence dans plusieurs décisions.

Dans l'arrêt *Modestou c. Grèce* du 16 mars 2017 (req. n°51693/13), la CEDH a jugé que :

« 44. La Cour relève d'abord que la perquisition en question a eu lieu au stade de l'enquête préliminaire, un stade antérieur à l'instruction préparatoire et donc particulièrement précoce de la procédure pénale. La Cour considère qu'une perquisition effectuée à un tel stade doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction. La Cour estime aussi opportun de distinguer la présente affaire de certains arrêts de la Cour cités par le requérant et qui concernent des cas de perquisition dans des cabinets d'avocats ;

les garanties devant entourer les perquisitions dans ce type de lieu pouvant être plus strictes que celles dans un appartement privé ou un local professionnel, compte tenu de la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients.

45. En application de sa jurisprudence, la Cour se doit d'examiner les modalités d'émission et les termes mêmes du mandat de perquisition pour vérifier si des précautions suffisantes ont été prises pour garantir que celle-ci ne dépasse pas le but de prévention et de répression des infractions envisagées par la mesure. **Un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise dans les droits garantis par l'article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine. En outre, la personne visée doit disposer d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'acte en cause pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus** (Van Rossem c. Belgique, précité, §§ 45 et 47) ».

Cette solution a été confirmée dans l'arrêt Leotsakos c/ Grèce du 4 octobre 2018 (req. n°30958/13).

3. ÊTRE VIGILANT AU DÉTOURNEMENT DE PROCÉDURE : LA PERQUISITION DESTINÉE À LA RÉVÉLATION D'UNE INFRACTION

3.1. Principe

La perquisition ne peut avoir d'autre objet que de rechercher les documents utiles à la constatation des seules infractions visées dans la décision du JLD ou du magistrat instructeur l'ayant autorisée, à l'exclusion de toutes autres infractions.

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 (CEDH, André c. France, 24 juillet 2008 req. n° 18630/03).

Il convient d'avoir à l'esprit l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 avril 2013 (n° 12-88021) qui décide 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 ».

La perquisition ne peut porter que sur des documents et objets qui ont un lien avec l'infraction, à peine de nullité (Cass. Crim. 25 juin 2013, n° 12-88021 : « *le bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision* »).

3.2 Points de vigilance

1. En cas d'allégations par le magistrat de la constatation d'infractions autres que celles visées à la procédure, incitant le magistrat à procéder à des saisies incidentes lors de la perquisition, le bâtonnier ou son délégué devra être attentif à l'éventuel détournement de procédure par le magistrat qui devra prendre une nouvelle décision de perquisitionner « hors saisine initiale », sauf à faire constater par le greffier la décision de saisir hors saisine.
2. Il faut être attentif à la perquisition en flagrance par le parquet qui conduit à la découverte d'éléments nouveaux sans rapport avec l'infraction objet de la perquisition principale et qui pourraient justifier un placement en garde à vue concomitant ou postérieur à la perquisition.

B. Les conditions de forme

1. L'AVOCAT PERQUISITIONNÉ

Dès lors que l'article 56-1 CPP ne distingue pas entre les avocats, la protection du bâtonnier ou de son délégué concerne :

1.1. L'avocat en exercice inscrit au tableau du barreau.

1.2. L'avocat qui n'exerce plus la profession de manière effective

- Les avocats « omis » (non inscrits au tableau d'un barreau)
- Les avocats suspendus, radiés, démissionnaires, en liquidation judiciaire

Ces avocats demeurent soumis au secret professionnel relatif à leur activité antérieure qui est d'ordre public, illimité dans le temps et survit à la fin des fonctions.

1.3. L'avocat d'un autre Etat membre de l'UE exerçant en France à titre occasionnel

Un avocat inscrit dans un autre Etat membre de l'UE et exerçant occasionnellement en France (en application de la directive 77/249/CEE et des articles 200 suiv. D. 27 nov. 1991) doit bénéficier des garanties de l'art. 56-1 CPP et, par conséquent, de la présence du bâtonnier ou de son délégué lors de la perquisition de son domicile professionnel ou personnel français (CEDH, 21 janvier 2010, *Da Silveira c/ France*, req. n° 43757/05 : cas d'un avocat portugais non-inscrit à un Barreau français, mais exerçant occasionnellement sa profession dans les conditions prévues par le droit interne).

1.4. L'avocat investi de fonctions juridictionnelles

N'est pas réglée la question de savoir si l'avocat également arbitre peut être considéré comme investi de fonctions juridictionnelles et susceptible de bénéficier à la fois de la protection de l'article 56-1 du CPP et de celle du nouvel article 56-5 CPP institué par la loi du 3 juin 2016.

Bâtonnier ou délégué du bâtonnier et Premier Président de la Cour d'appel ou Premier Président de la Cour de cassation, ou leurs délégués, auraient vocation à s'unir lors d'une contestation destinée à préserver le secret professionnel de l'avocat et le secret du délibéré de l'arbitre - le secret du délibéré étant déjà susceptible de bénéficier de la protection du délégué du bâtonnier lors de certaines perquisitions déviantes.

En pratique, il est à craindre que le magistrat délégué ne désavouera jamais ses collègues pour contester une saisie concernant un avocat également arbitre et poursuivi en cette qualité. Il pourrait estimer que rien ne justifie une contestation.

Enfin, il faut relever une ordonnance du 3 juillet 2018 (inédit) du JLD de Paris qui a jugé que, « *en qualité d'avocat et de personne exerçant des fonctions juridictionnelles, M. X bénéficie des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale et des dispositions de l'article 56-5 du code de procédure pénale.* »

Les perquisitions ont été effectuées et les saisies opérées en présence du délégué du Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris et des délégués de la Première Présidente de la Cour d'appel de Paris.

Les pièces placées sous scellé concernent la procédure d'arbitrage et l'office de M. X comme tiers-arbitre et président du tribunal arbitral. A ce titre, elles relèvent du champ de compétence de la première présidente ou de son délégué qui n'a pas formé d'opposition à la saisie. Elles seront donc versées en procédure, la contestation formée par le délégué du Bâtonnier de Paris, n'étant pas recevable.

2. LE LIEU DE LA PERQUISITION

Tout lieu lié à l'avocat, à sa personne et à sa qualité professionnelle, est protégé par les dispositions de l'article 56-1 CPP et ne peut être perquisitionné et fouillé qu'en présence du bâtonnier ou de son délégué. Cela vaut également pour le domicile et/ou le cabinet du bâtonnier.

2.1. Le cabinet de l'avocat ou du bâtonnier

Il peut s'agir du cabinet passé ou actuel, d'un lieu externalisé où sont conservées les archives du cabinet, etc.

Le lieu peut s'entendre également du téléphone portable de l'avocat qui constitue un authentique cabinet d'avocat dématérialisé. On pourrait imaginer la situation où un juge d'instruction convoquerait – en présence d'un expert en informatique commis – un avocat à son cabinet (de juge) dans le but d'investiguer et de perquisitionner son téléphone portable. Il lui faudrait alors prévenir le bâtonnier et prendre une ordonnance de perquisition, communiquée au bâtonnier ou à son délégué présent sur place. Il appartiendrait alors à celui-ci d'organiser toutes les contestations possibles. En revanche, un avocat ne pourrait être à la fois ainsi perquisitionné et convoqué simultanément en qualité de témoin (cf *infra* Fiche n° 3).

Il arrivera que l'avocat soit, au cours de la perquisition de son téléphone ou de son ordinateur portable, placé sous le statut de l'audition libre. Il bénéficiera dès lors de la présence de son conseil qui, de fait, sera présent en perquisition.

2.2. Le domicile de l'avocat ou du bâtonnier

Cela s'entend par exemple de la résidence principale, d'éventuelles résidences secondaires, d'une chambre d'hôtel (CEDH, 21 janvier 2010, *Da Silveira c/ France*, req. n° 43757/05), d'un véhicule, et ce, nonobstant les définitions strictes de la Chambre criminelle de la Cour de cassation car, en pratique, le magistrat privilégiera la notion de domicile pour sécuriser la procédure par la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

2.3. Les locaux de l'ordre des avocats et de la CARPA

Les dispositions de l'article 56-1 CPP sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats, des caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA).

Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le Président du Tribunal judiciaire qui doit être préalablement avisé de la perquisition.

2.4 Les locaux des institutions et organismes techniques de la profession

Une lecture stricte de l'article 56-1 CPP montre que ses dispositions ne couvrent pas les Maisons de l'avocat (sauf si elles sont le siège de l'ordre des avocats), les locaux du Conseil National des Barreaux, ceux de la Conférence des bâtonniers et ceux de tous organismes professionnels techniques en relation avec la profession d'avocat.

Dans les faits, ils doivent impérativement bénéficier de la protection du bâtonnier ou de son délégué.

3. LA DÉCISION ÉCRITE ET MOTIVÉE DU MAGISTRAT : JLD, PARQUET ET JUGE D'INSTRUCTION

3.1. Au stade de l'enquête préliminaire

Seul le JLD, saisi d'une demande du procureur de la République, peut autoriser par voie d'ordonnance une perquisition au stade de l'enquête préliminaire, avec l'assentiment exprès de la personne sujette à la perquisition (article 76 al. 3 CPP).

La requête du procureur de la République adressée au JLD doit être motivée et comprendre les indications susceptibles d'être reprises par la décision du JLD :

- viser la procédure d'enquête en cours (qui devra être jointe, en copie ou en original à la requête),
- mentionner la qualification des infractions concernées,
- préciser l'adresse des lieux dans lesquels la perquisition doit être effectuée,
- préciser les éléments de fait justifiant de la nécessité de la perquisition.

L'autorisation de perquisitionner délivrée par le juge des libertés et de la détention doit nécessairement être écrite et comporter un certain nombre de mentions à peine de nullité :

- la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée,
- l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être effectuées,
- les motifs de fait et de droit justifiant la nécessité des opérations *ou*, si elles existent, un renvoi aux motivations figurant dans la requête du procureur de la République.

À RETENIR

En matière de crimes et délits punis d'au moins 3 ans d'emprisonnement, l'assentiment de l'avocat perquisitionné ne sera pas requis compte tenu de la décision du JLD.

L'article 76 CPP ne précise pas les formes que doit prendre la décision de refus d'une autorisation de perquisition par le juge des libertés et de la détention. Cette décision, insusceptible de recours, ne doit donc pas nécessairement être motivée, même si rien n'interdit au magistrat d'indiquer les raisons de son refus, dont le ministère public devra tenir compte.

3.2. Au stade de l'enquête de flagrance

La perquisition d'un cabinet d'avocats au stade d'une enquête de flagrance ne nécessite pas l'intervention du JLD, puisque l'assentiment de l'avocat perquisitionné n'est pas requis, et se fera sous le contrôle du procureur de la République en présence du bâtonnier (articles 75 à 78 CPP).

3.3. Lors d'une information judiciaire

Conformément à l'article 56-1 CPP, les perquisitions en cabinet d'avocats ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier et de son délégué. Dans l'hypothèse d'une commission rogatoire, la perquisition pourra être effectuée par un magistrat délégué.

Un procureur d'un Etat membre de l'UE peut donner mandat à un juge d'instruction d'effectuer une perquisition chez l'avocat et y être présent lui-même.

3.4. Visites domiciliaires de l'administration fiscale et des autorités administratives indépendantes

Le JLD peut autoriser par ordonnance les visites domiciliaires de :

- l'Autorité de la concurrence (article L. 450-4 du Code de commerce),
- l'Autorité des marchés financiers (AMF) (article L.621-12 du Code monétaire et financier),
- l'Administration fiscale (article L.16B du Livre des procédures fiscales).

Cette ordonnance peut être contestée en appel et les opérations de saisies d'un recours en nullité portées devant le Premier Président de la Cour d'appel.

POINTS DE VIGILANCE

1. La saisie d'éléments dématérialisés chez le client de l'avocat

Les autorités administratives précitées saisissent des éléments dématérialisés couverts par le secret professionnel lors des visites domiciliaires conduites dans les locaux du client de l'avocat.

On peut considérer que ce type de saisie s'assimile à une perquisition sauvage effectuée à distance et indirectement dans le cabinet de l'avocat lui-même, au mépris et en violation des dispositions de l'article 56-1 CPP qui exigent, à peine de nullité, qu'elle soit pratiquée par un magistrat en présence du Bâtonnier ou de son délégué.

Il appartient aux avocats d'informer leur bâtonnier de la saisie massive, par l'autorité judiciaire ou l'autorité administrative, chez leur client d'éléments confidentiels, par exemple dans la messagerie de courrier électronique, afin que l'Ordre régularise une intervention volontaire dans les procédures et les recours qu'ils initient pour protester officiellement contre la violation du secret professionnel.

Cependant, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016¹⁶ renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, ajoute les articles 706-95-1 à 706-102-3 au Code de procédure pénale qui permettent l'accès, à distance et à l'insu de la personne visée, aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique qui peuvent être saisies et enregistrées ou copiées.

Lorsque l'identifiant informatique est associé au compte d'un avocat, l'article 100-7 du Code de procédure pénale est applicable, ce qui signifie que l'accès à distance et la saisie des communications électroniques échangées entre un client et son avocat, ou inversement, sont régulières pour autant que le magistrat en informe le Bâtonnier qui ne peut pas contester cette mesure.

Un autre type d'intrusion est constitué par les interceptions de correspondances électroniques et le recueil des données techniques de connexion pour une durée de 48h renouvelable ou de deux mois renouvelable avec une limite de six mois selon qu'il s'agit d'une enquête ou d'une instruction.

Est également prévue la sonorisation, soit la captation et l'enregistrement de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel (cela inclut-il celles couvertes par le secret professionnel?) dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou de plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé pour une durée d'un mois renouvelable ou de deux mois jusqu'à deux ans selon qu'il s'agit d'une enquête ou d'une instruction.

16. Voir la circulaire du 2 décembre 2016 de présentation des dispositions de la loi du 3 juin 2016 et ses annexes sur le recueil de la preuve numérique: http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2017/01/cir_41696.pdf

La captation des données informatiques est également prévue sous les mêmes règles pour une durée d'un mois renouvelable ou de quatre mois jusqu'à deux ans selon qu'il s'agit d'une enquête ou d'une instruction.

Toutes ces mesures sont interdites chez l'avocat mais possibles chez le client de l'avocat.

Ainsi, lorsqu'il s'agira d'appréhender à distance des données confidentielles chez le client, la seule obligation faite à l'autorité judiciaire sera d'informer le Bâtonnier.

Le législateur a donc mis en place en matière de lutte contre la criminalité organisée un système de contournement de la contestation du Bâtonnier qui n'est possible qu'en cas de perquisition chez l'avocat.

Le juge devra toutefois motiver sa mesure intrusive par rapport aux faits de l'espèce.

C'est ce qu'impose un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 janvier 2015 (n° 14-85448) qui a jugé que « *l'ordonnance, prévue par l'article 706-96 du code de procédure pénale, par laquelle le juge d'instruction autorise les officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique de captation et d'enregistrement des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel doit être motivée au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure ; l'absence d'une telle motivation de cette atteinte à la vie privée, qui interdit tout contrôle réel et effectif de la mesure, fait grief aux personnes dont les propos ont été captés et enregistrés* ».

2. Le rôle des Ordres est essentiel.

À Paris, plusieurs cas d'intervention volontaire ont été régularisés au motif que viole le secret professionnel de l'avocat tel que prévu par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 la saisie de courriels échangés entre deux directions juridiques et contenant des éléments confidentiels de la relation avocat-client et que cette violation justifiait une intervention volontaire de l'Ordre sur le fondement des dispositions de l'article 17 de la de 1971 qui prévoit que « *le conseil de l'ordre a pour attribution de traiter toutes questions intéressant l'exercice de la profession et de veiller à l'observation des devoirs des avocats ainsi qu'à la protection de leurs droits* ».

En outre, le conseil de l'ordre peut également autoriser le bâtonnier à ester en justice (art. 17, 7° L. 1971).

Ainsi, l'Ordre des avocats possède un intérêt légitime à intervenir en application des dispositions de l'article 554 du Code de procédure civile aux termes desquelles « *peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité* ».

Surtout, l'Ordre devra rappeler les termes de l'article 2 du Règlement Intérieur National (RIN) :

« 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...):

- *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 maniements 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) [...].*

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 ».

C. Qualité de la personne visée par la perquisition

Si l'avocat est victime d'une infraction, les règles de l'article 56-1 CPP vont devoir s'appliquer avec la même rigueur s'agissant dans ce cas de la protection du secret professionnel.

FICHE N° 3 : LE DÉROULEMENT DE LA PERQUISITION

Propos liminaires

1. L'avocat ne doit pas s'opposer physiquement à la perquisition. Cela n'est ni utile, ni opportun. Il ne doit pas non plus l'approuver en clamant qu'il n'a rien à se reprocher. Il a le droit de garder le silence et il est préférable qu'il laisse le bâtonnier ou son délégué s'exprimer à sa place.
2. Seule importe la contestation du bâtonnier ou de son délégué qui se doit d'être systématique à propos de toute saisie de pièces, qu'elle qu'en soit la nature officielle ou confidentielle. Chaque élément est en effet « une pièce à conviction ». Les magistrats ne saisissent jamais chez l'avocat qu'à charge, et non pas à décharge. En effet, pour évincer le secret professionnel, il faut réunir des charges à l'encontre de l'avocat. Un document couvert par le secret annoncé par le juge saisissant comme étant à décharge doit être évidemment restitué. Libre ensuite à l'avocat de l'adresser au magistrat. C'est en cela que toute saisie d'un document confidentiel est par nature «irrégulière» au sens de l'article 56-1 CPP.

A. Les horaires

1. UN PRINCIPE

Une perquisition ne peut pas commencer avant 6 heures le matin, ni après 21 heures le soir.

Une perquisition commencée avant 21 heures peut se prolonger au-delà (article 59 CPP).

2. TROIS EXCEPTIONS

Une perquisition peut avoir lieu à toute heure du jour et de la nuit si l'enquête porte sur :

- Une infraction à la législation sur les stupéfiants (article 706-28 CPP).
- Des activités de proxénétisme ou de recours à la prostitution des mineurs (article 706-35 CPP).
- Des activités de criminalité organisée (articles 706-73 et 706-89 CPP).

3. L'INFORMATION PRÉALABLE DU BÂTONNIER

Les textes ne prévoient aucun délai de prévenance ou d'information préalable du bâtonnier ou de son délégué relative à une perquisition au domicile ou au sein d'un cabinet d'avocats.

Le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, doit vérifier, dès qu'elle est portée à sa connaissance, que l'ordonnance de perquisition, prise par le juge d'instruction, contient les informations lui permettant de connaître les motifs de celle-ci ainsi que son objet, afin de déterminer le degré de participation de l'avocat concerné à l'infraction objet de l'enquête. Il en résulte qu'une ordonnance de perquisition imprécise sera considérée comme portant atteinte aux droits de la défense et les documents saisis ne pourront être versés au dossier de la procédure (Cass. Crim. 8 juill. 2020, n° 19-85.491).

EN PRATIQUE :

- Le bâtonnier est prévenu quelques jours à l'avance lorsqu'une perquisition doit avoir lieu chez un avocat, à son domicile et/ou à son cabinet.
- Le bâtonnier ou son délégué retrouve les services de police et les magistrats chargés d'effectuer la perquisition à un endroit précis dans la rue du cabinet ou du domicile de l'avocat.
- C'est généralement à ce moment que le nom de l'avocat perquisitionné est révélé avec la décision du juge d'instruction ou du parquet.

C'est à ce moment que le rôle du bâtonnier ou de son délégué est crucial. Il doit faire en sorte d'entrer le premier pour pouvoir rassurer son confrère, le réconforter. En général, les services de police s'y opposent, pour des raisons de sécurité, mais il faut y parvenir. Pour des raisons évidentes de dignité, on peut demander aux officiers de police judiciaire et aux magistrats de patienter le temps nécessaire pour que le confrère fasse sa toilette et s'habille, avant de continuer les opérations de perquisition.

Certains magistrats et enquêteurs régulièrement présents en perquisition prendront d'eux-mêmes ces initiatives.

B. Les acteurs de la perquisition

1. L'AVOCAT PERQUISITIONNÉ

1.1. L'assentiment de l'avocat perquisitionné

1.1.1. Le principe

L'article 75 CPP prévoit 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. [...]. »

1.1.2. L'exception

L'assentiment de l'avocat perquisitionné n'est pas requis en cas :

- d'enquête de flagrance,
- d'information judiciaire,
- ou pour la recherche et la constatation des infractions punies d'une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement, à condition que la perquisition soit nécessaire à l'enquête et qu'elle soit autorisée par un magistrat du siège (JLD) sur requête du parquet écrite et motivée (art. 76 al. 4 CPP).

POINTS DE VIGILANCE

Si l'on retient l'hypothèse d'une perquisition sans assentiment telle que prévue par l'article 76 alinéa 4 du Code de procédure pénale, il arrive en pratique que certains parquetiers exigent inutilement en outre l'assentiment expresse non seulement du délégué du Bâtonnier, mais également de l'avocat perquisitionné à la perquisition.

Un tel assentiment est bien évidemment totalement superfétatoire dans la mesure où le parquetier agit en vertu d'une décision du JLD qui autorise la perquisition sur la requête du Parquet dont l'initiative supplémentaire est totalement illicite.

Il faut que cette requête soit motivée, comme peut l'être l'ordonnance du JLD par la démonstration d'indices préexistants antérieurs à la perquisition contre l'avocat.

Le rôle du Bâtonnier consistera donc à veiller au respect scrupuleux de l'exercice des droits de la défense, à empêcher que l'avocat ne s'auto-incrimine ou soit perçu comme tel, ne serait-ce que parce qu'il aurait acquiescé à la mesure de perquisition qui, par définition, est une mesure de contrainte et qui ne saurait être perçue comme ayant été acceptée dans la mesure où, d'un côté, le délégué du Bâtonnier exerce un pouvoir de contestation de toute saisie, totale ou partielle, et de l'autre, l'avocat perquisitionné lui-même ne saurait être invité à travers l'assentiment donné à une perquisition, à s'auto-incriminer.

Ces errements seront retenus à peine de nullité.

1.2. La présence ou l'absence de l'avocat

1.2.1. La présence physique de l'avocat

En principe, la perquisition doit se faire en présence de la personne au cabinet et au domicile de laquelle elle est faite (article 57 CPP).

1.2.2. L'absence physique de l'avocat

En cas d'impossibilité, l'avocat - joint au téléphone - sera invité « à désigner un représentant de son choix » qui ne sera pas que le bâtonnier ou son délégué présent lors de la perquisition, en plus des deux témoins choisis par le magistrat et non placés sous son autorité. À défaut, l'officier de police judiciaire choisira deux témoins requis par lui à cet effet, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative. Il peut s'agir par exemple du gardien de l'immeuble, d'un voisin ou d'une personne liée à l'avocat à titre familial ou professionnel.

Ces personnes doivent assister à toutes les opérations.

Les cas d'impossibilité de présence de l'avocat doivent être réels. Ainsi, la garde à vue ou l'incarcération ne suffisent pas à justifier d'une telle impossibilité, et les enquêteurs doivent organiser sa présence.

Le procès-verbal des opérations est signé par les personnes visées à l'article 66 CPP. En cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal.

En cas d'infraction entrant dans l'article 706-73 CPP (criminalité organisée), si la personne au domicile de laquelle est faite la perquisition est contrainte par :

- une garde à vue,
- le fait d'être détenue en un autre lieu,
- ou que son transport sur place doit être évité (trouble à l'ordre public, risque d'évasion, risque de disparition des preuves),

Il faut l'autorisation soit du Procureur de la République (flagrance), soit du juge d'instruction (information judiciaire), soit du juge des libertés et de la détention (enquête préliminaire).

Cette exception ne dispense pas qu'il soit procédé à la perquisition en présence d'un magistrat, de deux témoins requis dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 57 CPP, ou d'un représentant désigné par l'avocat dont le domicile est en cause.

1.3. Le droit de se taire

L'avocat perquisitionné doit garder le silence au profit de l'action du bâtonnier ou de son délégué afin d'éviter le risque de déclarations auto-incriminantes dans le cadre d'une perquisition concomitante à une garde à vue.

Si le secret est en péril du fait de l'intrusion, rappelons que le silence est un droit mais aussi un état de fait qui participe de l'exercice d'un « art », celui de se taire.

1.4. La possibilité d'être placé en garde à vue

La pratique révèle que, en général, les perquisitions au domicile ou au sein des cabinets d'avocats sont souvent ordonnées par des juges d'instruction qui, parallèlement, prennent sur commission rogatoire l'initiative de placer l'avocat en garde à vue. Ces perquisitions sont alors plus contraignantes.

Il est clair que le placement en garde à vue est en fait au pouvoir du magistrat instructeur selon le déroulement de la perquisition. Il peut arriver qu'un placement en garde à vue soit notifié après la perquisition dans le but de renforcer la position du magistrat instructeur avant l'audience du JLD sur la contestation de la saisie.

Une perquisition peut donner droit à l'assistance d'un avocat, mais seulement dans le cas où « *la teneur des propos consignés dans le procès-verbal de perquisition est susceptible de constituer une audition prévue par l'article 63-4-2 du code de procédure pénale, nécessitant la présence d'un avocat* » (Cass. Crim., 10 mars 2015, n° 14-86950).

L'audition de la personne perquisitionnée sur le fond du dossier, sans la présence de son avocat, est-elle entachée d'irrégularité et frappée de nullité (Cass. Crim. 3 avril 2013, n° 12-88021 ; Cass. Crim. 22 octobre 2013, n° 13-81945 ; Cass. Crim., 10 mars 2015, n° 14-86950).

2. LE MAGISTRAT À L'ORIGINE DE LA PERQUISITION OU SON MAGISTRAT DÉLÉGUÉ

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat. Il peut arriver qu'un seul magistrat informe le bâtonnier sans révéler l'existence d'autres magistrats agissant en co-saisine, si bien que peuvent être présents à la perquisition deux voire trois magistrats.

Se posera alors la question pratique et juridique de l'adjonction d'un ou de deux délégués du bâtonnier supplémentaires, un seul délégué ne pouvant être présent (ou difficilement) à différents endroits simultanément perquisitionnés du domicile ou du cabinet d'avocats.

Les perquisitions peuvent être à l'initiative :

- du magistrat instructeur pendant la phase d'instruction,
- du procureur de la République dans le cadre de l'enquête de flagrance ou préliminaire,
- du juge des libertés et de la détention en matière administrative comme c'est arrivé en pratique dans le cadre d'une visite domiciliaire de l'Autorité des marchés financiers.

2.1. Le magistrat doit informer le bâtonnier avant le début de la perquisition

Le juge d'instruction doit communiquer au Bâtonnier ou son délégué :

- sa décision écrite et motivée,
- la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations,
- les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci (Cass. Crim. 8 juill. 2020, n° 19-85.491 ; Cass. Crim., 9 février 2016, n° 15-85063).

Si aucun délai de prévenance n'est visé par les textes, le bâtonnier ou son délégué doivent consulter l'acte autorisant la perquisition *avant* le début de celle-ci, soit, en pratique, sur le pas de la porte, le dater et signer.

Le bâtonnier ou son délégué doit en demander de nouveau la communication au cours de la perquisition si besoin est.

Cet acte n'est pas communiqué à l'avocat perquisitionné. Certains magistrats s'opposent à cette communication, d'autres l'acceptent. Cette communication semble s'imposer désormais depuis l'arrêt CEDH du 16 mars 2017 (Modestou contre Grèce *supra* : « *En outre, la personne visée doit disposer d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'acte en cause pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus* (Van Rossem c. Belgique, précité, §§ 45 et 47»]).

Quo qu'il en soit, les raisons de la perquisition sont toujours révélées à l'avocat progressivement, au fur et à mesure de son déroulement, notamment lors de la consignation des réserves du bâtonnier ou de son délégué au procès-verbal de contestation.

2.2. Veiller au libre exercice de la profession d'avocat

Le magistrat doit veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat. Cela recouvre la possibilité laissée à l'avocat de téléphoner, de répondre à des courriels... certes entravée par les mesures en cours.

Par ordonnance du 25 juin 2018 (indéit), le JLD a jugé que 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 :

« *Il découle de l'article 56-1 que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptible d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale, dès lors que la saisie est en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite et est limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité.*

Le juge des libertés et de la détention se doit de rechercher si la saisie de données informatiques ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense.

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de mise sous scellé que la saisie au domicile de Maître X porte exclusivement sur des données informatiques qui n'ont pas été copiées, ni a fortiori exploitées dans le cadre de la perquisition. Ainsi, le contenu de ce matériel et la nature des documents qu'il recèle sont ignorés tant du juge d'instruction que du juge des libertés et de la détention.

Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'ensemble du matériel informatique présent au domicile a été saisi sans distinction, alors même qu'il est indiqué que ce n'est pas en sa qualité d'avocat que le domicile de Maître X a été perquisitionné. Cependant, il n'existe commencement de preuve que le matériel saisi ne servirait pas à l'exercice de la profession d'avocat mais uniquement à des fins personnelles, en dépit des déclarations de Maître X dont on ne peut que souligner qu'elles ne sont contredites par aucun élément du dossier.

Il en découle que cette saisie indistincte de l'ensemble du matériel informatique utilisé par un avocat dans le cadre de son activité professionnelle, sans que soit rapportée la preuve à ce stade qu'il est susceptible de contenir des éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, infractions qui datent au demeurant [...] , porte une atteinte injustifiée et démesurée au libre exercice de la profession d'avocat.

*En outre, il ne peut qu'être souligné que la saisie doit être limitée aux seuls et uniques éléments, y compris couverts par le secret professionnel, en lien direct avec les infractions objets de la procédure. En l'espèce, le juge des libertés et de la détention est dans l'incapacité de veiller au respect du secret professionnel à ce stade de la procédure et au cantonnement de la saisie aux éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, à supposer même qu'ils existent. Au surplus, la perquisition pratiquée dans le cabinet ou au domicile de l'avocat ne saurait entraîner la saisie des pièces déposées chez l'avocat, en sa qualité, par une partie qui lui a confié sa défense, y compris de manière dématérialisée. **En effet, le droit de saisie rencontre une limite dans le droit supérieur de la défense, qui commande d'affranchir de toute entrave les communications des mis en cause avec leurs conseils.** En l'espèce, il importe de veiller au respect des communications confidentielles de l'avocat avec ses clients, ce que ne permet pas la saisie litigieuse [...]. La restitution immédiate de l'intégralité des scellés sera ordonnée ».*

CONSEILS

1. Mettre à disposition du magistrat et des enquêteurs un lieu du cabinet

Une perquisition n'est pas une garde à vue, même si elle est privative de liberté. L'avocat doit pouvoir exercer librement sa profession au cours de la perquisition et le bâtonnier ou son délégué doivent y veiller avec fermeté.

S'agissant d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, il est vivement conseillé de mettre une pièce du cabinet à la disposition des enquêteurs et du magistrat qui ne sera pas utilisée par les membres du cabinet lors de la perquisition.

2. Préserver les personnes étrangères à la perquisition (famille, enfants)

Le bâtonnier ou son délégué doit s'assurer que le magistrat et les enquêteurs ne portent pas atteinte à la dignité des personnes présentes sur les lieux de la perquisition, surtout si elle est menée au domicile de l'avocat et, parfois, en présence des membres de sa famille (épouse et enfants). Dans ce dernier cas, il convient de trouver une solution respectueuse et digne qui permette de les faire sortir et de les éloigner du lieu de la perquisition afin de minimiser l'effet traumatisant de cette mesure intrusive. Cela passe par un dialogue constant entre le bâtonnier et son délégué et le magistrat en charge de la perquisition, quand bien même le moment peut être empreint d'une grande tension.

2.3. Le procès-verbal de perquisition

Assisté d'un greffier, le magistrat en charge de la perquisition dresse un procès-verbal des opérations (art. 57 CPP) qui ne doit pas contenir la liste des objets saisis et contestés, laquelle doit être mentionnée au procès-verbal de contestation.

Ce procès-verbal est signé par les personnes ayant assisté aux opérations. Il est vivement recommandé de bien le lire avant de le signer, voire de ne pas le signer en cas d'opposition irréductible avec le magistrat qui conduit la perquisition.

Le bâtonnier ou son délégué doit veiller à ce que ne soient pas reproduits sur ce procès-verbal des propos auto-incriminants du confrère consignés à la volée par le greffier du juge d'instruction. La même vigilance s'impose à propos de la description au procès-verbal de perquisition par le magistrat instructeur de pièces confidentielles que ce dernier ne saisit pas. Il s'agit en effet d'un détournement de procédure destiné à empêcher la contestation du bâtonnier car les pièces sont décrites au procès-verbal mais non saisies.

La prise de photographies sur place par le magistrat instructeur ou les enquêteurs, sur les instructions du magistrat, doit être soumise à la contestation du bâtonnier à peine de nullité. Autrement dit, les photographies doivent être imprimées sur place ou leur support informatique placé sous scellé fermé pour être soumis à la juridiction du JLD (Cass. Crim., 8 juillet 2015, n° 15-81179).

2.4. Porter attention aux scellés

En pratique, les scellés, ouverts comme fermés, doivent faire l'objet de la plus grande attention de la part du magistrat saisissant et de son greffier compte tenu des termes de l'article 432-16 du Code pénal. Il est arrivé qu'un magistrat instructeur égare l'ensemble des scellés fermés à la suite d'une perquisition, lesdits scellés ayant été retrouvés plus tard sur la voie publique par des passants qui les ont ouverts et portés au commissariat de police local, lequel en a averti le juge négligent qui a pu les transmettre au JLD pour la tenue de son audience de contestation (voir aussi Cass. Crim., 26 novembre 1991, n° 91-81.795).

3. LE BÂTONNIER OU SON DÉLÉGUÉ

3.1. La présence du bâtonnier ou de son délégué

La perquisition doit se faire en présence du protecteur de l'avocat. Plus précisément, le bâtonnier ou son délégué est le protecteur naturel du secret professionnel et de tous les secrets protégés par la loi, mais aussi et surtout « des droits de la défense ». L'article 56-1 CPP est muet sur son rôle. La CEDH le définit comme une « *garantie spéciale de procédure* ».

Un bâtonnier de province pourrait déléguer le bâtonnier de Paris et inversement. Les magistrats n'y verront aucun inconvénient.

3.2. L'information du bâtonnier ou de son délégué

Le bâtonnier ou son délégué sont informés dès le début de la perquisition, par une décision écrite et motivée du magistrat,

- de la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations,
- des raisons justifiant la perquisition,
- de l'objet de la perquisition (Cass. Crim. 8 juill. 2020, n° 19-85.491 ; Cass. Crim., 9 février 2016, n° 15-85063).

Le bâtonnier ou son délégué n'a pas accès au dossier d'enquête ou d'instruction.

Cependant, rien n'interdit au magistrat de communiquer à l'avocat perquisitionné la décision de perquisition. Il en est de même pour la communication du dossier d'enquête ou d'instruction au bâtonnier ou à son délégué. Aucune règle n'interdit cette consultation que, au contraire, l'exercice des droits de la défense recommande.

Il est arrivé :

- qu'un JLD mette à la disposition du délégué du bâtonnier l'entier dossier de la procédure d'instruction en cours lors de son audience de contestation ;
- qu'un juge d'instruction communique en début de perquisition le texte complet d'une réquisition à caractère international d'un parquet étranger permettant ainsi au délégué du bâtonnier d'organiser toutes ses contestations.

3.3. Le rôle du bâtonnier ou de son délégué : protéger le secret professionnel et l'exercice des droits de la défense

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a érigé le Bâtonnier en auxiliaire de justice protecteur des droits de la défense par deux arrêts du 8 janvier 2013 (n° 12-90.063) et du 9 février 2016 (n° 15-85063).

La perquisition, par sa nature intrusive, génère une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD.

Le Bâtonnier ou son délégué doit inlassablement 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 d'avocat.

Le bâtonnier ou son délégué doit vérifier que la saisie ne concerne pas des infractions étrangères à l'enquête. Il doit se demander pour chaque pièce ou document saisi si cela concerne des infractions liées ou étrangères à l'enquête dans le cadre de laquelle la perquisition est effectuée (art. 56-1 al. 3 CPP : « 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 ».).

En tant que garant du respect du secret professionnel, il est vivement recommandé au bâtonnier ou à son délégué, seul habilité avec le magistrat à consulter les pièces à saisir, de **contester chacune des saisies opérées au sein du cabinet ou du domicile de l'avocat lors de la perquisition**. La contestation sera effectuée en sollicitant avec délicatesse le greffier du juge d'instruction présent sur place ou le parquet lui-même si c'est ce dernier qui perquisitionne.

L'article 59 alinéa 2 CPP prévoit que le respect des formalités de l'article 56-1 CPP est à peine de nullité. Ainsi, un magistrat-instructeur qui empêcherait le délégué du Bâtonnier de faire noter ses réserves sur place par le greffier du juge ou qui empêcherait la contestation commettrait une irrégularité faisant grief.

POINT DE VIGILANCE

1. Le bâtonnier ou son délégué doit veiller à ce que le magistrat qui perquisitionne ne procède à la lecture, comme d'ailleurs à la saisie, que des seuls éléments en relation avec la nature de l'infraction poursuivie.

Le magistrat qui perquisitionne ne doit pas pouvoir lire des éléments sans rapport avec la nature de l'infraction poursuivie.

S'agissant du parquet présent sur place qui ne procède pas à la perquisition, ce dernier ne peut ni lire ni saisir. Il se situe dans la position des enquêteurs, eux-mêmes inertes.

En pratique, rien ne s'oppose cependant à ce que le bâtonnier ou son délégué autorise un assouplissement de cette interdiction.

Sur ce point, les propos d'un enquêteur méritent d'être relevés : « *dans certaines situations, le magistrat ne sait pas toujours ce qu'il doit saisir, car il n'est pas plongé depuis des mois, voire des années comme c'est le cas en matière financière, dans le dossier. De façon concrète, les perquisitions dans des cabinets d'avocat sont toujours délicates et se déroulent finalement au bon vouloir du bâtonnier ou de son représentant, selon qu'il accepte ou non la demande fréquente du magistrat d'autoriser les OPJ à fouiller* »¹⁷.

Le Bâtonnier est donc bien investi d'un pouvoir qui prend toute sa mesure face à l'importance de la phase préparatoire d'une perquisition qui est bien le fait des enquêteurs que relayent les juges.

2. S'agissant des conditions préalables à la perquisition dans une grande entreprise, citons à titre d'exemple la presse qui relate l'intensité du travail des enquêteurs dans la préparation de la mesure intrusive dans les termes suivants : « *La perquisition chez Google, ils l'ont préparée pendant plus d'un an. Tout devait être prêt : quand ils ont investi, ce 24 mai à 10h, les locaux du géant de l'internet, ils savaient où et comment chercher. Ils avaient passé des mois, après la réception du dossier transmis par le Parquet national financier en juillet 2015, à « paramétrier les objectifs » et à se mettre en ordre de bataille* »¹⁸.
 3. Enfin, il se pourrait que le magistrat saisissant entreprenne de saisir des éléments déjà en sa possession et figurant au dossier d'instruction parce qu'antérieurement appréhendés chez un tiers, précisément le client. L'opposition du délégué du bâtonnier doit se faire avec force dans cette hypothèse - qui suppose la connaissance de cette information - car la saisie d'éléments figurant déjà dans le dossier d'enquête n'a d'autre but que de créer artificiellement les conditions d'une future mise en cause de l'avocat perquisitionné et contre lequel le magistrat est dans l'incapacité de caractériser le moindre indice.
-

3.4. Le procès-verbal de contestation

Un procès-verbal est rédigé lors de la perquisition relatant les opérations effectuées (article 57 CPP).

Un autre procès-verbal, différent de celui de la perquisition, liste l'ensemble des contestations du bâtonnier ou de son délégué, les pièces placées sous scellés et les réserves. Un seul procès-verbal peut être établi dans l'hypothèse d'une contestation générale. Dans l'hypothèse d'une contestation partielle, deux procès-verbaux peuvent être établis.

Les objets contestés sont placés sous scellés dans l'attente de l'audience de contestation devant le juge des libertés et de la détention, qui tranchera *in fine* quant à la possibilité ou non d'utiliser ces documents.

***Il est recommandé au bâtonnier ou à son délégué de motiver sa contestation de la saisie au moment de l'établissement du procès-verbal de scellés au cours de la perquisition* (v. Cass. Crim., 9 février 2016, n° 15-85063) (voir Annexe IV - réserves du bâtonnier lors de la contestation en perquisition des saisies pratiquées).**

17. Yann Czernik, Dalloz Actualités, 17 septembre 2014.

18. in Valérie de Senneville, *Les secrets des enquêteurs anticorruption*, Les Echos, 20 juin 2016 (<http://m.business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0211001442473-les-secrets-des-enqueteurs-anticorruption-211579.php>).

3.4.1. La mission du Bâtonnier ou de son délégué.

Le Bâtonnier ou son délégué agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargé de la protection des droits de la défense (voir Cass. Crim., 8 janvier 2013 n° 12-90063 : « *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 chargée de la protection des droits de la défense* » ; Cass. Crim., 9 février 2016 n° 15-85063 : « *le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense* »). La CEDH le définit comme étant une « *garantie spéciale de procédure* » (voir notamment CEDH, 21 janvier 2010, *Da Silveira c. France*).

La présence du bâtonnier ou de son délégué pendant toute la durée de la perquisition lui permet d'exercer « *son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision* » (Cass. Crim., 25 juin 2013, n° 12-88021),

3.4.2. L'impossibilité d'apprécier l'existence ou non d'indices faute d'accès au dossier.

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 Bâtonnier ou son délégué est par principe 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.

3.4.3. La désignation de l'expert par le JLD en cas de saisie informatique.

La saisie de données dématérialisées effectuée de manière globale, qui emporte nécessairement la saisie d'éléments étrangers à l'infraction poursuivie qui est à l'origine de la perquisition, doit être contestée. Cette contestation pourra conduire le juge des libertés et de la détention, qui en a seul la faculté à l'exclusion du juge saisissant :

- Soit à restituer les éléments saisis. Ainsi, par ordonnance en date du 25 juin 2018 (indéf), le JLD de BAR LE DUC a jugé que « *le juge des libertés et de la détention ne peut, comme le prévoit l'article 56-1 précité, qu'ordonner la restitution des documents saisis ou leur versement immédiat en procédure. S'il lui est loisible d'ordonner une mesure d'expertise pour faire extraire le contenu des éléments informatiques saisis et de différer sa décision à une date ultérieure, en l'espèce, au regard de la violation cumulée des principes de libre exercice de la profession d'avocat, violation qui a pris naissance depuis la perquisition et que le juge des libertés et de la détention ne saurait faire perdurer, de respect du secret professionnel et de celui des droits de la défense, il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise* ».
- Ou bien à désigner un expert en informatique afin que, à partir de mots-clés contradictoirement débattus, il trie et sélectionne les éléments informatiques directement en rapport avec l'objet de la perquisition [Cass. Crim. 25 juin 2013, n° 12-88.021], en assurant une impression sur support papier des seuls éléments en rapport avec les mots clés adoptés, sans donner d'avis, et en prenant soin d'assurer une restitution immédiate des objets informatiques et électroniques saisis après en avoir effectué sans délai à partir de sa désignation une copie (de travail) préalable de leur contenu pour les besoins de l'expertise.

Il est exclu que soient versés en procédure des documents présents sur les supports informatiques qui n'auraient pas fait l'objet de l'extraction ciblée par l'expert dans la mesure où, par hypothèse, ces documents sont potentiellement couverts par le secret professionnel et /ou étrangers à l'information conduite par le magistrat instructeur (Ordonnance du JLD de RENNES du 8 mars 2013, inédit).

4. LE SECRET PROFESSIONNEL S'APPLIQUE EN MATIÈRE DE CONSEIL ET DE DÉFENSE.

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée est clair: le secret professionnel s'applique en toutes matières, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels que soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, supports électroniques...).

Dans un arrêt du 3 mai 2012 (n° 11-14008), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé intégralement les principes de l'article 66-5 de la loi de 1971 alors qu'elle devait se prononcer sur des opérations de visites de l'administration fiscale chez le client d'un avocat. Elle a également précisé que les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères portant la mention «officielle» ne sont pas couvertes par le secret professionnel. Cinq ans plus tard, la même Chambre réaffirmait que, « *selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères* » (Cass. Com., 15 mars 2017, n° 15-25649).

Quant à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, elle a jugé le 4 octobre 2016 (n° 16-82308) que, « *si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* » (voir aussi Cass. Crim., 3 avril 2013, n° Y12-88021: « *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* »). En l'espèce, la Chambre criminelle a maintenu la décision de la Chambre de l'instruction qui avait retenu que « *chacune des pièces saisies comporte intrinsèquement des indices d'implication de l'avocat dans le système X et se trouve ainsi en lien direct avec les faits objets de l'enquête* ».

On rappellera enfin que l'interdiction de divulgation de tout document couvert par le secret professionnel cède devant les «strictes exigences» de la propre défense de l'avocat devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévus ou autorisés par la loi (Cass. Soc., 12 mai 2017, n° 15-28943 ; n° 15-29129)

C. Les documents et objets saisis

Quelle que soit la nature des documents ou objets saisis (pièces, contenu des ordinateurs, etc.), le magistrat et le bâtonnier ou son délégué sont les seuls à pouvoir les consulter au sein du cabinet d'avocats, à l'exclusion des enquêteurs.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé par un arrêt du 10 janvier 2017 (n° 16-84.740) qu'en application des articles 56 et 76 CPP, « *à peine de nullité de la procédure, l'officier de police judiciaire a seul le droit, lors d'une perquisition, de prendre connaissance des papiers, documents ou données trouvés sur place, avant de procéder à leur saisie* ».

On rappellera que, en cette matière, les dispositions de l'article 56 alinéa 3 du CPP prévoient à propos du rôle de l'OPJ en perquisition que, « *sans préjudice de l'application des articles 56-1 à 56-5, 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* ».

1. LA SAISIE DE DOCUMENTS INTÉRESSANT L'ENQUÊTE OU L'INSTRUCTION

1.1. Les enquêteurs ne peuvent pas consulter les éléments saisis

Seuls peuvent prendre connaissance du contenu des documents ou objets saisis :

- le magistrat
- le Bâtonnier ou son délégué pendant et après la perquisition
- le JLD lors de l'audience de contestation

1.2. Les objets saisis doivent être en lien avec l'infraction poursuivie

En principe, aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles sur lesquelles portent les investigations (art. 56-1 CPP), à peine de nullité (articles 56-1 et 59 al. 2 CPP).

Il convient d'avoir à l'esprit le cas particulier des assistants spécialisés (article 706 du CPP) des magistrats, précisément ceux spécialisés en informatique, qui peuvent investiguer car leur rôle sera d'intégrer des mots-clés dans les ordinateurs pour faire remonter l'information qu'ils ne liront pas et à destination du magistrat qui perquisitionne.

Pour le JLD, il existe plusieurs critères de saisie :

- un lien avec l'objet de l'enquête,
- le fait qu'il s'agit d'éléments utiles à la manifestation de la vérité,
- les éléments saisis constituent en eux-mêmes une infraction.

1.3. La distinction entre saisie et réquisition

Les réquisitions prévues aux articles 60-1, 77-1-1 et 99-3 CPP peuvent permettre aux magistrats de contourner les obligations de l'avocat liées au secret professionnel et à la confidentialité des échanges entre confrères. Toutefois, conformément à ces dispositions, l'avocat n'est pas tenu de répondre à ces réquisitions ou peut invoquer un motif légitime pour s'y opposer.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 17 décembre 2013 (n° 13-85717) en application de l'article 99-3 CPP, a validé la réquisition adressée à une banque à propos du compte bancaire d'un avocat et la remise de documents par le banquier sans l'accord de celui-ci.

Cependant, la CEDH, dans un arrêt *Villanova c. Portugal* du 1^{er} décembre 2015 (req. n°69436/10) condamne cette solution dans une espèce portant sur la consultation des comptes bancaires d'un avocat dans le cadre d'une procédure pénale, et a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par un autre arrêt du 27 avril 2017 (*Sommer c. Allemagne*, req. n° 73607/13), la CEDH, au visa de l'article 8 de la Convention, a jugé que l'inspection du compte bancaire de l'avocat requérant était disproportionnée. Elle a notamment tenu compte des éléments suivants : les conditions peu strictes fixées par le droit interne pour autoriser l'inspection, qui permettaient l'adoption d'une telle mesure dès l'existence de soupçons de perpétration d'une infraction pénale ; l'ampleur des demandes de renseignements formées par le parquet, qui n'étaient limitées que dans le temps et englobaient toutes les informations concernant le compte et les transactions bancaires de l'avocat ; la publication et l'archivage consécutifs de ces informations à caractère personnel ; et le défaut de garanties procédurales adéquates permettant de compenser ces carences.

Il peut arriver qu'une réponse négative à une réquisition d'un magistrat instructeur soit le prélude à la venue du magistrat instructeur au cabinet d'avocats pour entendre les avocats requis en qualité de témoins sur place. Dans une telle hypothèse, en pratique rare, il appartient aux avocats d'avertir immédiatement leur bâtonnier qui mandatera son délégué pour formuler toutes protestations auprès du juge en exigeant son départ immédiat. Aucun texte n'autorise une telle intrusion en violation des dispositions de l'article 56-1 du CPP.

De même, une déclaration de soupçon, perçue à tort comme un gage d'immunité, transmise par le bâtonnier à Tracfin peut être à l'origine d'une perquisition si cette déclaration est jugée tardive et ou sélective par les magistrats auxquels elle aura été transmise in fine par Tracfin (art. L561-28 CMF).

Il convient aussi de faire attention à la proximité magistrat-avocat qui, en cette matière, est susceptible d'être une source d'intrusion. Un avocat, par exemple fiscaliste, qui fournirait sur la demande du juge une consultation dans sa spécialité sur un point de l'instruction, pourrait prendre le risque d'une (voire deux) perquisition à son cabinet.

D'une manière générale, le fait pour les avocats exerçant une activité de conseil de fournir spontanément des informations à l'autorité judiciaire n'annihile en rien le risque de mesures intrusives et coercitives dans leurs cabinets.

2. LA SAISIE D'ÉLÉMENTS CONFIDENTIELS EST PAR NATURE IRRÉGULIÈRE.

L'obligation d'instruire ou d'enquêter « à charge et à décharge » ne peut avoir sa place lors d'une saisie chez un avocat d'éléments confidentiels qui intervient toujours à charge, le secret professionnel de l'avocat ne pouvant être évincé que contre la démonstration effective d'indices préexistants de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Dès lors, toute saisie d'éléments confidentiels s'effectuant par nature à charge, est intrinsèquement entachée d'*« irrégularité »* au sens des dispositions de l'article 56-1 CPP et oblige le bâtonnier ou son délégué à une contestation qu'il appartiendra au JLD de trancher. (comparer avec Cass. Crim., 26 avril 2017, n°16-86.840 : « *Vu l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles préliminaires et 81 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge d'instruction doit effectuer tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité en veillant à l'équilibre des droits des parties et au caractère équitable de la procédure et en instruisant, de façon impartiale, à charge et à décharge [...]. Mais attendu que [...] alors que la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction ne visait qu'à établir les seuls éléments à charge des infractions poursuivies, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé ».*).

Par ordonnance du 23 mars 2018 (inédit), le JLD de Paris a jugé que les pièces couvertes par le secret « *ne comportent en outre intrinsèquement aucun indice d'implication de l'avocat dans le délit de ... et constituerait plutôt des éléments à décharge, que, dès lors, l'ensemble de ces pièces sous scellés, couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X... ».* ».

3. LES DOCUMENTS COUVERTS PAR LE SECRET PROFESSIONNEL PEUVENT ÊTRE SAISIS

Sont couverts par le secret :

- Les correspondances entre l'avocat et son client ou avec ses confrères, quel qu'en soit le support, y compris dématérialisé, qui ne peuvent être produites en justice, ni faire l'objet d'une levée de confidentialité.
- Les échanges, verbaux ou écrits, quel qu'en soit le support, entre l'avocat et son client ou l'avocat ses confrères qui sont par nature confidentiels.
- Les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci (attention aux projets, notes manuscrites...), les pièces jointes aux courriers à savoir les pièces du dossier, y compris celle qui possèdent nécessairement une apparence 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 conventions d'honoraires, les factures, les relevés de diligences, les justificatifs de paiement des honoraires (jurisprudence répétée du JLD de Paris sur ce point précisément par ordonnance du 7 octobre 2016 visée dans les réserves reproduites en annexe; v. Cass. Civ. 1re, 13 mars 2008, n° 05-11314) (voir infra 3.).
- Les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi n° 71-1130 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).

La saisie de ces documents ou pièces devra être systématiquement contestée par le bâtonnier ou son délégué.

Les correspondances entre avocats qui portent la mention officielle ne sont pas couvertes par le secret professionnel (article 3 du RIN, article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et loi du 11 février 2004). Il peut s'agir :

- d'une correspondance équivalente à un acte de procédure ;
- d'une correspondance ne faisant référence à aucun écrit, propos ou éléments antérieurs confidentiels.

Ces correspondances doivent respecter les principes essentiels de la profession définis par l'article 1 du RIN sur les principes essentiels de la profession d'avocat (loyauté, dignité, confiance, prudence, etc.).

Il conviendra néanmoins de **contester la saisie de correspondances officielles au nom de l'exercice des droits de la défense**.

Les pièces officielles associées à un courrier confidentiel sont confidentielles, même si les juges peuvent les saisir ailleurs. Et il arrive que les juges souhaitent détacher des pièces officielles de leur support confidentiel ; dans ce cas, la contestation se fait violemment.

Enfin, il convient de porter une attention particulière aux correspondances qualifiées à tort d'officielles et qui, en réalité, sont confidentielles.

4. LES DOCUMENTS ET ÉLÉMENTS TENANT AUX HONORAIRES D'AVOCAT SONT COUVERTS PAR LE SECRET PROFESSIONNEL

4.1. Plusieurs décisions de JLD affirment que les documents relatifs aux honoraires de l'avocat sont couverts par le secret professionnel :

- **Ordonnance JLD Paris 20 juin 2011** : « *Sur les conventions d'honoraires, les notes d'honoraires et les justificatifs de paiement d'honoraires entre Me X et... Attendu que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel, qu'ils 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 restitués à Me X... »* (inédit).

- **Ordonnance JLD Paris 16 juin 2012** : « *Les justificatifs de paiement d'honoraires sont par nature soumis au secret professionnel* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 22 juin 2012** : « *Que ces documents concernent les maniements de fonds (CARPA) de l'avocat pour le compte de son client ; qu'ils sont couverts par le secret professionnel* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 30 octobre 2012** : « *Attendu que ces pièces sont constituées de mémorandums détaillant les services rendus accompagnés de notes d'honoraires, qu'il s'agit en fait de conventions d'honoraires très détaillées, que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 18 janvier 2013** : « *S'agissant des notes d'honoraires, ces documents sont par nature soumis au secret professionnel* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Bobigny 22 mars 2016** : *Qui restitue des espèces saisies et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif que la perquisition a débuté « en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris »* (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 7 octobre 2016** : « *Les honoraires payés par un client à un avocat sont couverts par le secret professionnel et d'une manière générale, les bordereaux CARPA relatifs aux honoraires ou dépens versés à d'autres intervenants (y compris les honoraires de l'avocat) émis par l'avocat dans l'exercice de sa mission de défense et de conseil sont couverts par le secret professionnel sauf à ce qu'ils contiennent l'indice d'une infraction susceptible d'avoir été commise par l'avocat* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 8 novembre 2016** : « *Les factures d'honoraires [...] n'ont fait l'objet d'aucune contestation par la cliente, laquelle les a dûment payées et en a déjà versé des copies à la procédure pénale. Ainsi, sans autre considération tirée du secret professionnel afférent aux dites factures d'honoraires, il y a lieu d'en conclure que leur versement en procédure n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité. Il y a donc lieu d'en ordonner la restitution à Maître X* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 11 juin 2017** : « *Les notes d'honoraires [...] peuvent être considérées comme parties intégrantes du dossier de conseil et dès lors, couvertes par le secret professionnel* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 6 juillet 2017** : « *Les originaux des factures d'honoraires de Maître... sont certainement couverts par le secret professionnel* » (inédit).
- **Ordonnance JLD de Senlis 16 octobre 2017** : « *Les conventions d'honoraires sont par nature soumises au secret professionnel mais qu'elles peuvent être saisies si elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et si elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 8 décembre 2017** : « *Qu'au surplus, cette note d'honoraires ne peut être rapprochée en l'état, notamment au regard de sa date... largement postérieure à la période des faits reprochés..., des infractions visées dans l'acte de saisine... Que le secret professionnel lié à ce dernier document ne saurait être ainsi levé* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Paris 23 mars 2018** : « *L'ensemble de ces pièces sous scellés (notes d'honoraires, conventions d'honoraires, relevés de diligences), couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X...* » (inédit).
- **Ordonnance JLD Rennes 5 septembre 2018** : « *S'agissant de conventions d'honoraires entre un avocat et son client, et de documents relatifs au paiement d'honoraires, soumis par nature au secret professionnel* » (inédit).

- **Ordonnance JLD Paris 5 décembre 2018 :** *A propos de saisie d'espèces en réalité retirées d'un compte bancaire professionnel dans une enquête du chef de fraude fiscale et blanchiment : « Il y a lieu d'observer que le document [relevé de compte professionnel] faisant état de mouvements pour l'année [...] comporte trois retraits de 500 euros chacun en date des [...] ; que si on ne saurait en inférer par principe qu'ils ont le caractère d'honoraires couverts par le secret professionnel, aucune note d'honoraire n'étant jointe et peu de mouvements apparaissant au crédit du compte, il n'en demeure pas moins que la période de prévention des faits visés par l'enquête [...] est antérieure de plusieurs années aux dits retraits ; que la somme saisie n'apparaît pas nécessaire à la manifestation de la vérité ni clairement en relation directe avec les infractions ; que dans ces conditions, il y a lieu d'en ordonner la restitution » (inédit).*

4.2. La jurisprudence de la Cour de cassation est plus nuancée.

Dans une décision du 14 janvier 2003 (n° 02-87062), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la validité de la saisie de « *listings relatifs à la comptabilité [d'un] cabinet entre 1992 et 1997* » au motif que « *la saisie effectuée, en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, était limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité* ».

Quant à la Chambre civile de la Cour de cassation, elle décide le 13 mars 2008 (n° 05-11314) que « *le secret professionnel, qui couvre la convention d'honoraires et les facturations y afférentes intervenues entre un comité d'établissement et une société civile professionnelle d'avocats, n'est pas opposable à la présidente de ce comité d'établissement qui, en tant que membre, a accès aux documents et pièces de cet organe représentatif* ».

Plus récemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, se prononçant sur une saisie effectuée sur le fondement des dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, a jugé que des factures d'honoraires d'avocat jointes à une correspondance d'avocat sont couvertes par le secret professionnel, sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes (Cass. Com., 6 déc. 2016, n° 15-14554).

4.3. La saisie de documents dans le cadre de contrôles fiscaux.

En ce qui concerne la demande de communication de factures d'honoraires adressée par l'administration à un avocat, la Cour d'appel de Paris a jugé que dès lors qu'elle ne constitue pas un document confidentiel et ne reprend pas nécessairement la nature des prestations fournies, une facture n'est pas couverte par le secret professionnel au sens de l'article L 86-A du livre des procédures fiscales (CA Paris, 6 nov. 2012, n°12/00099).

Cette solution est confirmée par une décision de la Cour administrative d'appel de Lyon du 16 mai 2013 qui a limité le droit de contrôle de l'administration sur le fondement de l'article 1649 quater G du code général des impôts en jugeant qu'il ne peut porter ni sur l'identité des clients, ni sur la nature des prestations rendues par des personnes dépositaires du secret professionnel qui, en l'espèce, prime (CAA Lyon, 16 mai 2013, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique*, n° 11LY01009).

Par ailleurs, le Conseil d'État (CE Ass., 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, n° 268564), dans le cadre du contentieux de la communication et de l'accès aux documents administratifs, a jugé que l'ensemble des correspondances échangées entre un avocat et son client, notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à son intention, la convention d'honoraires ou les facturations y afférentes (voir également Cass. 1^{re} Ch civ, 13 mars 2008, n° 05-11314), si elles constituent des documents administratifs au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978, sont couvertes par le secret professionnel, protégé par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. Le juge administratif précise toutefois que le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux mandats de paiement émis par l'ordonnateur de la collectivité en vue du règlement des factures présentées, qui demeurent des pièces de la comptabilité de la commune, communicables à toute personne qui en fait la demande sur le fondement de l'article L2121-26 du code général des collectivités territoriales.

Enfin, s'ajoute à ces décisions un avis de la Commission d'accès aux documents administratifs en date du 27 février 2014 qui, sur demande de communication des factures d'un cabinet d'avocat adressée à la mairie de Ploërmel, reprend les principes dégagés par l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 mai 2005 (Avis CADA 20140080 - Séance du 27/02/2014, *Mairie de Ploërmel* - <http://www.cada.fr/avis-20140080,20140080.html>).

5. SAISIES DE DONNÉES NUMÉRIQUES

Correspondances téléphoniques, SMS, courriels constituent des correspondances électroniques susceptibles d'être captées à distance, notamment chez le client de l'avocat, et cette captation est susceptible de constituer le prélude à une perquisition chez l'avocat.

Ainsi, la vigilance s'impose dans la sélection des informations dématérialisées car dès lors que les données sont intégrées au plan informatique, « *il est déjà trop tard* ».

POINT DE VIGILANCE

Isoler les données informatiques en rapport avec l'objet de la perquisition

Les magistrats se rendent dans les cabinets d'avocats avec des spécialistes de l'informatique, gendarmes, policiers ou experts privés, pour prendre la copie de tous les éléments informatiques (disques durs, etc.) aux fins d'une exploitation ultérieure.

Il est indispensable d'isoler dans la copie du disque dur ce qui est en rapport avec l'objet de la perquisition, c'est-à-dire le seul dossier dont le juge a la charge, pour en effectuer la retranscription et restituer la copie à l'avocat.

Il appartiendra ensuite au juge des libertés et de la détention, saisi d'une contestation, de rechercher si la saisie de données informatiques ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense.

5.1. La copie du disque dur doit être contestée en totalité

Il appartiendra au JLD de désigner un expert (Cass. Crim., 25 juin 2013, n° 12-88021) et de définir précisément sa mission sur la base de mots-clés contradictoirement débattus lors de l'audience portant sur les pièces placées sous scellés.

Il est impératif que l'expert se voie interdire de donner un avis. Il lui appartient simplement d'imprimer les données informatiques identifiées à partir de mots-clés et de déposer un rapport auprès du JLD. Ce rapport n'est pas stricto sensu un rapport d'expertise, mais plutôt une collection de scellés que seul le JLD peut ouvrir lors de son audience, sauf à marquer l'accord des parties pour une consultation avant l'audience de renvoi du JLD.

5.2. Courriers électroniques

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, par son arrêt du 8 juillet 2015 (n° 14-88457), a assimilé le courriel à une correspondance téléphonique alors que, s'agissant, en matière de criminalité organisée (article 706-102-5 CPP), de la captation des données informatiques à distance, ce procédé de captation est interdit à propos des avocats, seule la perquisition en présence du Bâtonnier étant possible.

Dans le cas des courriels assimilés à des correspondances téléphoniques, c'est le régime de l'article 100-7 CPP qui s'appliquera. S'agissant de l'interception de courriels constituant des données cryptées, il faudra que le Bâtonnier, lui-même alerté par le juge à propos du cryptage (il suffit au magistrat instructeur d'informer le Bâtonnier de la saisie à distance des courriels cryptés...), sollicite du confrère le décryptage.

Il convient ici de faire attention aux dispositions de l'article 434-15-2 CP qui disposent :

« Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 270 000€ d'amende le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application des titres II et III du livre Ier du code de procédure pénale.

Si le refus est opposé alors que la remise ou la mise en œuvre de la convention aurait permis d'éviter la commission d'un crime ou d'un délit ou d'en limiter les effets, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 450 000€ d'amende ».

La préservation de la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client passe par la renonciation à la technologie pour privilégier le nécessaire chuchotement « à l'oreille » dans un lieu sécurisé.

5.3. Données stockées sur le cloud

Avec le développement de la dématérialisation des échanges, de nouveaux problèmes se posent en matière de respect du secret professionnel qui couvre désormais les lieux de stockage (clouds, boîte mail, etc.).

La notion de domicile de l'avocat au sens du Code de procédure pénale s'étend au cloud. Une perquisition des données contenues sur le cloud devra alors respecter les garanties offertes à l'avocat par l'article 56-1 CPP concernant notamment la présence du bâtonnier lors des perquisitions.

Fiche n° 4 : LA CONTESTATION DES PERQUISITIONS ET SAISIES

A. Le contrôle des perquisitions : l'audience du juge des libertés et de la détention suite à la contestation de la saisie

Il s'agit d'une audience de nature hybride, centrée, en réalité, sur la culpabilité ou l'innocence de l'avocat simplement perquisitionné.

1. LE JLD DOIT DISPOSER DE L'ORIGINAL OU D'UNE COPIE DU DOSSIER DE LA PROCÉDURE

Au terme de la perquisition, les documents ou les objets placés 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 (art. 56-1 CPP). Le JLD a l'obligation de se faire communiquer le dossier de la procédure en original ou en copie pour l'audience et ce à peine de nullité (art. 59 al. 2 CPP).

2. LE BÂTONNIER EXIGERA LA COMMUNICATION DU DOSSIER D'ENQUÊTE OU D'INSTRUCTION

Dans la perspective de l'audience, le bâtonnier est en droit d'exiger la communication du dossier d'enquête ou d'instruction. Il appartient au bâtonnier de se faire communiquer l'acte du magistrat qui saisit le JLD en début d'audience pour en appréhender les informations.

Sa demande doit être appuyée par l'avocat choisi par l'avocat perquisitionné pour l'assister. La désignation d'un avocat de la défense pour l'audience du JLD s'inscrit dans une perspective de renforcement du contradictoire par l'accès au dossier d'instruction, qui doit être demandé, et le recueil d'informations à un stade de la procédure où cet accès est normalement impossible.

3. PERSONNES PRÉSENTES LORS DE L'AUDIENCE DU JLD

Seront présents :

- le magistrat qui a procédé à la perquisition,
- 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.

Et n'oublions pas l'avocat de la défense ! Si sa présence n'est pas prévue par les textes, il est à l'évidence le bienvenu selon les intérêts en cause !

Sa présence s'impose de manière systématique. Elle n'est jamais l'indicateur d'un quelconque indice de culpabilité.

L'audience du JLD reste l'instant privilégié pour l'expression d'une protestation d'innocence, l'élaboration éventuelle d'un dialogue avec le magistrat qui perquisitionne. Elle n'est jamais, pour l'avocat perquisitionné, le lieu d'un exercice d'auto-incrimination.

L'avocat perquisitionné n'est pas obligé de s'exprimer. Rien ne l'oblige à être présent. La contestation est le fait du Bâtonnier ou de son délégué. Il peut se contenter de s'y rapporter.

En pratique, il est vivement conseillé à l'avocat perquisitionné d'être présent avec son conseil car toute absence sera interprétée de manière négative.

4. L'AUDIENCE SE TIENT DANS LES 5 JOURS DE LA RÉCEPTION DES PIÈCES SAISIES

Une audience du JLD se tient dans les cinq jours de la réception de ces pièces au cours de laquelle le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation de la saisie par ordonnance motivée non susceptible de recours.

Dans le cadre de ce contrôle des contestations, le juge des libertés et de la détention n'est pas le juge des nullités. Il est le garant de la « régularité » de la saisie au sens de l'article 56-1 CPP ainsi que de sa loyauté.

Nous devons mettre ces éléments pratiques en perspective.

Le rapport de Jacques Beaume avance que « *le juge des libertés et de la détention, gardien naturel « de second niveau » de la liberté individuelle ou de la vie privée susceptibles d'être compromises par une enquête, ne doit intervenir « que » pour garantir la légalité et la proportionnalité de l'investigation attentatoire à la liberté ou à la vie privée* »¹⁹.

¹⁹. Jacques Beaume, *Rapport sur la procédure pénale*, page 32 : <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>

Pour l'ancien Garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas, « *le juge des libertés et de la détention est un contrepouvoir qui s'assure de la solidité du dossier* »²⁰.

Quelques JLD soutiennent que le JLD « *n'est pas un alibi face à la montée en puissance des prérogatives du parquet, ni une simple chambre d'enregistrement apposant son cachet sur les requêtes qui lui sont transmises. L'importance fondamentale de protection des libertés doit rendre le JLD efficace, critique, impliqué dans les dossiers qui lui sont soumis [...]. Le JLD doit apprécier au fond si la mesure sollicitée est nécessaire à l'enquête, si elle est utile à la manifestation de la vérité et si elle est proportionnée à la gravité de l'infraction. Autrement dit, l'exigence de l'enquête justifie-t-elle l'entorse aux libertés individuelles ? [...]. Les libertés individuelles ne seront garanties qu'au prix d'un contrôle effectif* »²¹.

Par décision rendue le 9 octobre 2014, Jean-Michel Hayat, Président du Tribunal de Grande Instance de Paris faisant fonction de JLD, a consacré la nécessité de l'exercice d'un « *contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter, sous quelque forme que ce soit, que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense* »²².

Sur ce point, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 22 mars 2016, a jugé que ne pouvait être transcrise la conversation téléphonique entre un avocat, placé sous interception, et son Bâtonnier, qui ne révélait aucun indice de participation personnelle de ce dernier (du Bâtonnier !) à la commission d'une infraction pénale²³.

Il est donc définitivement jugé que la conversation téléphonique entre un avocat perquisitionné puis placé sur écoutes avec son Bâtonnier est, par principe, strictement confidentielle et couverte par le secret professionnel.

5. IL FAUT PROCÉDER À UN EXAMEN MINUTIEUX DE CHACUNE DES PIÈCES SAISIES

Toute velléité d'analyse « en vrac » des pièces saisies doit être impérativement rejetée.

Au cours de l'audience, le JLD 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. Lors de l'audition des acteurs de la perquisition, le JLD n'est pas tenu de suivre l'ordre des interventions prévu par l'article 56-1 CPP.

20. Interview du 25 mai 2016, Les Quatre Vérités, France 2.

21. Sophie Carrère, JLD TGI Tours, Gazette du Palais, 15 au 21 août 2014, n° 227 à 233.

22. Gazette du Palais, « *Du secret professionnel de l'avocat : permanence du triomphe et de la déchéance* », vendredi 28 au dimanche 30 novembre 2014, n° 332 à 334.

23. Cass. Crim., 22 mars 2016, n° 15-83205.

Il appartient au JLD d'examiner dans chaque document 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.

On rappellera que, selon la Cour de cassation, « *le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale* » (Cass. Crim. 14 janvier 2003, n° 02-87062).

Cependant, « *si, pour qu'ils puissent être valablement saisis, les objets ou documents doivent comporter la révélation intrinsèque de la participation de l'avocat à l'infraction, cela ne doit pas s'entendre comme devant concerner les seuls éléments constitutifs de celle-ci, sauf à méconnaître la jurisprudence précitée de la Cour de cassation qui visent les pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de l'intéressé à une infraction pénale, le terme intrinsèque indiquant que la vraisemblance de l'implication doit ressortir de la pièce saisie en elle-même* »²⁴.

Ne sont pas satisfaisants les critères à géométrie variable, souvent retenus par certains juges des libertés et de la détention pour valider certaines saisies tels que :

- « un lien direct avec les faits objets de l'enquête et utiles à la manifestation de la vérité »,
- « un lien suffisant avec l'affaire »,
- « les documents sont directement en rapport avec les infractions qui sont l'objet de la présente procédure »,
- « les documents présentent un intérêt manifeste et apparaissent utiles à la manifestation de la vérité »,
- la nécessité « d'examiner les documents aux fins d'examiner les liens avec les faits incriminés et leur utilité à la manifestation de la vérité ».

En protecteur du secret professionnel, le bâtonnier ou son délégué doit préparer minutieusement ce contrôle des contestations. Le bâtonnier ou son délégué peut produire des conclusions jusqu'au jour de l'audience, et devra plaider de manière intransigeante la protection du secret professionnel et la restitution immédiate des pièces à l'avocat perquisitionné.

24. Cass. Crim., 8 juillet 2015, n° 15-81179. Voir dans le même sens Cass. Crim., 8 septembre 2015, n° 14-83306 : « *la levée du secret professionnel entre avocats est permise lorsqu'une pièce révèle intrinsèquement la commission par l'avocat d'une infraction* ».

B. La décision du juge des libertés et de la détention statuant sur les contestations

1. CONFIRMATION DE LA SAISIE OU RESTITUTION IMMÉDIATE

Le JLD statue, par ordonnance motivée insusceptible de recours, dans les cinq jours à compter de la réception des éléments sur la contestation.

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 (Cass crim 25 juin 2013, n° 12-88021 : « *Vu l'article 56-1 du code de procédure pénale ; 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* »),
- 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.

Lorsqu'il considère qu'il y a eu atteinte au secret professionnel, il JLD peut rendre une ordonnance de restitution totale ou partielle des objets ou documents saisis lors de la perquisition.

Un procès-verbal de restitution sera ultérieurement dressé. Il appartiendra donc à l'avocat dont les éléments sont restitués de se rendre au greffe du JLD et de veiller à ce que toutes les mentions relatives aux scellés soient cancellées.

Enfin, on rappellera que « *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* » si bien que « *l'irrégularité* » dénoncée par le délégué du Bâtonnier doit être tranchée par le JLD qui devient par définition le juge de la « *régularité* » ou de « *l'irrégularité* » - à ne pas confondre avec la « *nullité* » de la saisie pratiquée dont le contentieux ressort théoriquement de la compétence de la chambre de l'instruction alors que le contentieux de la « *régularité* » ressort en cette matière spécifique de la compétence du JLD.

En effet, la sanction de « *l'irrégularité* » par le JLD consiste en **la restitution** à l'avocat des pièces, objets ou éléments irrégulièrement saisis.

La décision du JLD de ne pas restituer un élément irrégulièrement saisi serait sanctionné par la nullité de la perquisition par la Chambre de l'Instruction.

Ainsi, lorsque le Bâtonnier conteste, le contentieux de la régularité des saisies s'opère de deux manières, devant le JLD par **la restitution** des pièces irrégulièrement saisis et, à défaut, par la Chambre de l'Instruction par **l'annulation** de la saisie si la procédure le permet.

2. ON DOIT CONSIDÉRER QUE LES DOCUMENTS RESTITUÉS NE CONTIENNENT PAS L'INDICE DE LA PARTICIPATION DE L'AVOCAT À LA COMMISSION D'UNE INFRACTION

La Chambre criminelle de la Cour de cassation considère de manière constante que si la protection du secret professionnel est d'ordre public, « *il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction tient des articles 96 et 97 CPP le pouvoir de saisir de telles pièces lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* » (Cass. Crim. 27 juin 2001, n° 01-81865).

Cependant, s'agissant des documents restitués couverts par le secret professionnel et consacrés comme tels par le JLD, ils doivent être considérés comme ne contenant pas l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

L'ordonnance du JLD non-susceptible de recours passe donc en force de chose jugée sur le secret professionnel et, par conséquent, sur l'absence d'indices dans chacune des pièces, si bien que cette décision passée en force de chose jugée s'oppose à ce que l'avocat soit ultérieurement convoqué par le juge d'instruction pour un interrogatoire de première comparution.

L'audience du JLD fait l'objet d'un procès-verbal dressé par le greffier. Aucune disposition de procédure n'interdit sa communication au dossier d'enquête ou d'instruction sauf sa cancellation à propos des pièces restituées. Il s'agit de notes d'audience qui prennent la forme d'un procès-verbal qui contiendra notamment les protestations du bâtonnier.

La force de la décision de restitution du JLD.

En pratique, une décision du JLD qui restitue des pièces couvertes par le secret professionnel, met à néant l'enquête comme le soutiennent certains magistrats instructeurs en plaidant vainement la mise en péril de leur enquête car cette décision passe en force de chose jugée sur le secret, donc sur l'absence d'indices.

En effet, dans le cas où le JLD restitue à l'avocat perquisitionné des pièces confidentielles au motif qu'elles ne contiennent aucun indice de commission d'une infraction, cette constatation doit emporter pour conséquence que les pièces restituées sont couvertes par le secret professionnel d'ordre public et ne peuvent plus servir de fondement à une quelconque poursuite.

Il en est de même lorsque les ordinateurs saisis sont restitués car le juge est privé des éléments qu'il pensait contenir des indices dont la recherche a fondé le recours à la perquisition et destinés en toute logique à suppléer la carence initiale de la poursuite qui finalement ne les possède pas.

Or il arrive que l'avocat perquisitionné soit plus tard convoqué en garde à vue pendant 48 heures avec nuit au poste par des enquêteurs qui lui avouent l'avoir convoqué du seul fait d'avoir été privés des pièces saisis par la décision du JLD.

Cette initiative est proprement scandaleuse et doit renvoyer les magistrats à leurs responsabilités en général et au but qu'ils poursuivent en particulier : la justice n'est pas le lieu d'une vindicte personnelle ou d'une haine vengeresse.

Avocats et magistrats n'ont d'autre raison d'être que d'assurer la prééminence du droit.

C'est évidemment le sens de la contestation du Bâtonnier.

3. LE PROCÈS-VERBAL DE L'AUDIENCE DU JLD

Aucun texte ne prévoit l'établissement d'un procès-verbal de l'audience du JLD lors de laquelle le greffier note les déclarations de chacune des personnes présentes. Il arrive que certains JLD exigent que ce procès-verbal soit signé par ces mêmes personnes. D'autres non.

Dans l'hypothèse d'une signature, chaque signataire doit préalablement relire ses déclarations. Certains JLD s'opposent à toute lecture car, pour eux, il s'agit de notes d'audience. En l'occurrence, il s'agit de notes d'audience consignées sur procès-verbal. Rien ne s'oppose, ainsi que le montre la pratique, à ce que ce procès-verbal rejoigne le dossier d'enquête ou d'instruction.

La seule interdiction résiderait dans l'hypothèse d'une restitution de l'intégralité des pièces saisis à l'avocat perquisitionné car, dans ce cas, toute référence aux dites pièces doit être cancellée. Dans l'hypothèse d'une décision de restitution partielle, il faudra canceller les passages relatifs aux pièces restituées. Ce procès-verbal contenant les protestations du Bâtonnier ou de son délégué peut s'avérer utile pour la suite de la procédure.

C. Nullité des perquisitions : sanctions de l'inobservation des formalités et des garanties procédurales (articles 56-1 alinéa 1 et 59 alinéa 2 CPP)

La question de la sanction de l'inobservation des formalités et garanties procédurales concerne l'avocat mis en cause devenu partie à la procédure.

Les contestations du bâtonnier constituent une anticipation de l'invocation éventuelle d'exceptions de nullité par l'avocat ultérieurement mis en cause.

La contestation du bâtonnier a pour but d'ouvrir le champ aux exceptions de nullité pour éviter le grief de certains magistrats instructeurs ou de certaines Chambres de l'instruction du caractère infondé de la cause de nullité au motif de l'absence de contestation antérieure du bâtonnier.

L'article 56-1 CPP prévoit en son alinéa 1^{er} des causes de nullité, autant « d'*infractions de procédure*²⁵ » qui tiennent : à la qualité de celui qui effectue la perquisition (un magistrat),

- à l'absence du bâtonnier ou de son délégué,
- à l'absence de motivation de la décision du magistrat,
- au fait que la décision du magistrat n'aurait pas été portée à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué dès le début de la perquisition,
- au fait que d'autres personnes que le magistrat et le bâtonnier ou son délégué auraient consulté ou pris connaissance des documents ou objets se trouvant sur les lieux de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie,
- au fait que des documents ou des objets saisis sont relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision du magistrat.

Dans cette perspective, l'arrêt de cassation partielle rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 9 février 2016 (n° 15-85063) mérite d'être souligné. S'inscrivant dans un courant jurisprudentiel fondateur du rôle du bâtonnier contestataire antérieurement défini par l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 janvier 2013 (n°12-90063), cet arrêt rappelle que le Bâtonnier ou son délégué exerçant les prérogatives de l'article 56-1 du CPP est « **chargé de la protection des droits de la défense** », et, surtout, décide que « *l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné* ».

25. À propos des exceptions de nullité textuelles et virtuelles, les auteurs renvoient aux ouvrages d'Alexandre Gallois « *Les nullités de procédure pénale* », Éditions Gazette du Palais, Collection Guide Pratique, 2016

Quant à l'article 59 CPP, il prévoit, par exemple, en son alinéa 1^{er} la nullité de toute perquisition commencée avant 6 heures et après 21 heures. L'article 59 al. 2 CPP prévoit que toutes les formalités de l'article 56-1 CPP sont à peine de nullité.

L'irrégularité fait nécessairement grief à l'avocat perquisitionné et justifie que soit annulée en toute logique l'ordonnance de perquisition ainsi que la procédure subséquente [Cass. Crim., 18 novembre 2015, n° 15-83400]²⁶.

CONCLUSION

1. La pratique du bâtonnier et de son délégué : multiplier les foyers de contestation pour épouser la poursuite.

Aucune perquisition ne ressemble à la précédente et le bâtonnier ou son délégué doit à chaque fois organiser avec originalité et prudence une contestation générale systématique, étant précisé qu'il ne doit en aucun cas juger son confrère **même s'il est en désaccord à titre personnel avec la situation qu'il découvre et qui peut marquer une faute déontologique ou disciplinaire qui ne doit, en aucun cas et sous aucun prétexte, être un obstacle à la contestation. Le but poursuivi est d'obtenir gain de cause devant le JLD et de dédramatiser le dossier ou l'anéantir.**

Le délégué du bâtonnier doit être aguerri car son travail et donc celui du bâtonnier sera systématiquement analysé, loué ou critiqué par la suite par les avocats en charge de la défense du confrère mis en cause ainsi que par les magistrats.

Plus que jamais le délégué doit apprendre à connaître magistrats et enquêteurs dont il doit déjouer « l'intox » matinale sur le trottoir quasi-systématique qu'il retournera à son profit, et qu'il cherchera à déstabiliser dans la mesure du possible.

Il ne peut pas exister deux catégories d'avocats. Les perquisitionnés nos confrères pénalistes, civilistes, fiscalistes dont certains, il est vrai, sont à jamais maudits et proscrits pour avoir été diabolisés, pour servir de bouc émissaire et pour être l'exutoire de toutes les peurs, de toutes les mesquineries et de toutes les ingratitudes. Et les avocats « de cour » ou de proximité avec la magistrature, d'autant plus qu'en matière judiciaire la roue, moyen de supplice, tourne inlassablement et inexorablement pour chaque avocat.

Tous les avocats sont concernés par les perquisitions, entreprises pour n'importe quel motif, y compris lorsqu'après analyse du délégué du Bâtonnier, il n'existe aucune infraction pénale, qu'ils soient en charge d'une défense civile, pénale (avec une recrudescence pour ceux-ci), fiscale ou d'une mission de conseil ou de n'importe quelle mission relevant du domaine des affaires avec ou sans obligation de déclaration de soupçons.

26. François Saint-Pierre « Pratique de défense pénale », LGDJ-Lextenso, février 2018, 2^{ème} édition.

Il est arrivé que deux magistrats instructeurs perquisitionnent un avocat sur une plainte avec constitution de partie civile précédée d'un classement sans suite du parquet motivé expressément par le constat de « *l'absence de toute infraction pénale* » à l'encontre de l'avocat pourtant par la suite perquisitionné. Les honoraires étaient en cause. Le JLD a restitué tous les éléments saisis.

Le pouvoir de coercition ou d'intrusion à la disposition des magistrats semble dispenser certains d'entre eux, juges ou parquetiers, de l'analyse, pourtant nécessaire et antérieure, des indices des éléments constitutifs d'une infraction dont il importe peu à leurs yeux, en fait, qu'elle existe ou non, l'objectif étant de recueillir des « *pièces à conviction* », en d'autres termes de saisir tout et n'importe quoi parfois n'importe comment pour essayer de se forger une conviction et de réunir des éléments à charge.

Il faut dès lors dresser le constat de la revendication par certains magistrats de « *la culture de l'inculture juridique* » puisqu'au-delà de l'existence même de l'infraction, une perquisition peut être entreprise sur du néant. **Le pouvoir d'intrusion des magistrats est absolu et n'a pour contre-pouvoir que la contestation du bâtonnier exerçant les droits de la défense.**

2. En fait, il y a « un avant et un après » la perquisition du 4 mars 2014 chez notre confrère Thierry Herzog qui fut suffocante, contraignante, asphyxiante. Depuis, nous sommes passés d'un climat général brutal à ce que Pascal Eydoux, ancien Président du Conseil national des barreaux, appelle une « courtoisie assassine ».

Rappelons une évidence : le but de la mesure intrusive n'est pas la recherche de la vérité, mais la manifestation de la transparence. En cette matière, l'autorité judiciaire ignore l'équité. Elle privilégie l'opportunité qui parfois est une véritable dictature. Elle perçoit le droit comme un accessoire. De la cruauté ou de l'humanité selon l'instant.

Dès lors, la contestation du bâtonnier n'a d'autre but que de permettre à l'avocat qui ne sera pas poursuivi de tenter de tenir en échec la volonté de l'autorité judiciaire de faire impunément son marché, et à l'avocat qui sera mis en cause postérieurement à la perquisition d'exercer pleinement les droits de la défense, ainsi que la protection intransigeante du secret professionnel, dans le prolongement de ce même exercice préalable par le bâtonnier ou son délégué.

Et ce sera justice...jusqu'à la prochaine contestation.

ANNEXES

I. LES 10 COMMANDEMENTS DE L'AVOCAT PERQUISITIONNÉ

II. LES 10 COMMANDEMENTS DU BÂTONNIER OU DE SON DÉLÉGUÉ PRÉSENT LORS DE LA PERQUISITION

III. CHECK-LIST

Points à vérifier lors d'une perquisition ou d'une visite domiciliaire au cabinet et/ou au domicile d'un avocat ainsi que pour l'audience de contestation devant le juge des libertés et de la détention

IV. RÉSERVES DU BÂTONNIER LORS DE LA CONTESTATION EN PERQUISITION DES SAISIES PRATIQUÉES

Annexe I

LES 10 COMMANDEMENTS DE L'AVOCAT PERQUISITIONNÉ

- 1.** Ne pas s'opposer physiquement à la perquisition et laisser agir le bâtonnier ou son délégué. Ne pas approuver la perquisition et la saisie. Garder son calme.
- 2.** S'entretenir avec le bâtonnier ou son délégué dès le début de la perquisition dans la mesure du possible.
- 3.** Mettre à disposition du juge une pièce du cabinet à l'abri des autres avocats et du personnel du cabinet pour y réunir juge, enquêteurs et greffier.
- 4.** Tenir éloignés les collaborateurs et autres associés du cabinet du lieu de la perquisition.
- 5.** Convenir préventivement d'une attitude commune à tous les membres du cabinet en cas de perquisition : éviter la dramatisation, poursuivre le fonctionnement normal du cabinet de manière vigilante et circonscrire la perquisition à l'avocat concerné par le client ou le dossier objet de la perquisition, éventuellement en concertation et avec l'intervention ponctuelle des autres associés pour éviter la diabolisation de l'avocat perquisitionné.
- 6.** Garder le silence. Eviter de répondre ou de faire allusion au fond du dossier (risque d'auto-incrimination) avec qui que ce soit, y compris le magistrat ou les enquêteurs avec lesquels il ne doit exister ni proximité ni familiarité.
- 7.** Suivre la perquisition aux côtés du bâtonnier ou de son délégué en l'alertant sur les risques d'atteinte au secret professionnel. Ne s'exprimer que sur le caractère confidentiel ou non des éléments ou objets dont la saisie est envisagée.
- 8.** Préférer, en termes d'organisation, une classification codée des dossiers du cabinet pour éviter un accès généralisé aux autres dossiers.
- 9.** Tenir un cabinet avec division des dossiers pour éviter le phénomène de contagion de l'intrusion en cas de perquisition.
- 10.** Préférer une organisation stricte, individuelle, cloisonnée et sécurisée du système informatique (crypter les données). Attention à l'article 434-15-2 du code pénal.

Annexe II

LES 10 COMMANDEMENTS DU BÂTONNIER OU DE SON DÉLÉGUÉ PRÉSENT LORS DE LA PERQUISITION

- 1.** Lire minutieusement l'ordonnance de perquisition (respect des exigences de forme ; définition de l'infraction poursuivie ; définition du champ de la perquisition et des recherches). Ne pas hésiter à la consulter à plusieurs reprises en cours de perquisition.
- 2.** Inviter, autant de fois qu'il est nécessaire, le confrère perquisitionné à garder son calme et le silence.
- 3.** Attirer l'attention du magistrat sur les atteintes au secret professionnel et à l'exercice de la profession d'avocat au sein du cabinet par les enquêteurs.
- 4.** Veiller à ce que seul le magistrat qui perquisitionne consulte les documents et objets à l'exclusion de toutes autres personnes dont les enquêteurs qui ne peuvent ni lire, ni saisir, ni écrire, avec une réserve concernant le ministère public en fonction des circonstances. Veiller à ce que les recherches restent axées sur les motifs de la perquisitions décrits dans l'ordonnance.
- 5.** Ne jamais se laisser impressionner par quiconque, magistrats ou enquêteurs.
- 6.** Contester automatiquement, avec fermeté le cas échéant, la saisie de chacun des documents et objets au motif de la protection de tous les secrets protégés par la loi et des droits de la défense. Exiger le placement immédiat sous scellés fermés des documents contestés.
- 7.** Veiller à ce que le PV de contestation soit correctement rédigé et contienne les réserves du bâtonnier ou de son délégué.
- 8.** Relire attentivement les PV établis lors de la perquisition avant signature.
- 9.** Préparer l'audience de contestation devant le JLD avec le confrère perquisitionné.
- 10.** Lors de l'audience de contestation, prendre la parole en dernier après le juge d'instruction, le procureur, l'avocat perquisitionné et l'avocat de la défense en exigeant l'examen minutieux de chaque pièce.
En cas de saisie informatique, exiger la désignation d'un expert par le JLD avec mission comportant les mots-clés contradictoirement débattus. Exiger le renvoi de l'audience pour l'examen des saisies papiers jusqu'au dépôt du rapport de l'expert informatique.
Exiger la traduction de toutes les pièces en langue étrangère et le renvoi de l'audience jusqu'au retour de la traduction.

Annexe III

CHECK-LIST

Points à vérifier lors d'une perquisition ou d'une visite domiciliaire au cabinet et/ou au domicile d'un avocat ainsi que pour l'audience de contestation devant le juge des libertés et de la détention

1. PRÉALABLEMENT À L'ENTRÉE DANS LE CABINET OU LE DOMICILE PERQUISITIONNÉ

- La perquisition commence après 6 heures le matin et avant 21 heures le soir, sauf si l'enquête porte sur :
 - ◆ Une infraction à la législation sur les stupéfiants (article 706-28 CPP).
 - ◆ Des activités de proxénétisme ou de recours à la prostitution des mineurs (article 706-35 CPP).
 - ◆ Des activités de criminalité organisée (article 706-73 CPP et 706-89 CPP).
- Un magistrat effectue la perquisition.
- Un greffier est présent.
- Une décision écrite et motivée prise par ce magistrat indique :
 - ◆ la nature de l'infraction ou des infractions reprochées à l'avocat sur lesquelles portent les investigations,
 - ◆ les raisons justifiant la perquisition (indices préalables),
 - ◆ l'objet de celle-ci,
 - ◆ l'adresse des lieux dans lesquels la perquisition peut être effectuée.
- La décision est portée à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué dès le début de la perquisition.
- La personne visée par la perquisition est un avocat toujours inscrit au tableau ou qui l'a été.

2. PENDANT LA PERQUISITION

- L'avocat faisant l'objet de la perquisition a donné son assentiment par une déclaration écrite de sa main (art. 75 CPP).
- L'avocat est physiquement présent.
Si non, pourquoi ?
- L'avocat absent a été invité « à désigner un représentant de son choix » autre que le bâtonnier ou son délégué présent lors de la perquisition, et autre que les deux témoins choisis par le magistrat et non placés sous son autorité.

-
- Dès lors que l'avocat qui n'a pas pu « désigner un représentant de son choix », l'officier de police judiciaire a choisi deux témoins requis par lui en dehors des personnes relevant de son autorité administrative.
 - L'avocat exerce son droit de se taire.
 - Le représentant de l'avocat, le bâtonnier ou son délégué et les témoins désignés ont assisté à toutes les opérations de perquisition.
 - Seul le bâtonnier ou son délégué et le magistrat prennent / ont pris connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie.
 - Les policiers et enquêteurs n'ont pas pris connaissance des documents présents dans le cabinet et de ceux saisis.
 - Pas de saisie de documents ou d'objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision du juge et qui portent atteinte au secret professionnel.
 - En cas de besoin, le bâtonnier ou son délégué demande de nouveau la communication de la décision du magistrat au cours de la perquisition.
 - Le libre exercice de la profession d'avocat et le fonctionnement du cabinet ne sont pas empêchés par le magistrat pendant la perquisition.
 - Dans la mesure du possible, une pièce est mise à disposition du magistrat et des enquêteurs pendant la durée de la perquisition.
 - En cas de saisie informatique, isoler dans la copie du disque dur ce qui est en rapport avec l'objet de la perquisition, c'est-à-dire le seul dossier dont le juge a la charge, pour en effectuer la retranscription et restituer la copie à l'avocat.
 - S'opposer à la saisie de toutes les pièces et de tous les documents.
 - Vérifier le placement sous scellé fermé de chaque pièce et document saisi.
 - Un procès-verbal différent de celui de la perquisition liste l'ensemble des contestations du bâtonnier ou de son délégué, les pièces placées sous scellés et les réserves.
 - Porter les contestations sur le PV de saisie et de placement sous scellé fermé.

3. À LA FIN DE LA PERQUISITION

- Lire attentivement le PV de saisie et de placement sous scellé fermé.
- Signer le PV de saisie et de placement sous scellé fermé.
- Refuser de signer le PV de saisie et de placement sous scellé fermé du fait d'une opposition irréductible avec le magistrat.
- Le procès-verbal des opérations est signé par les personnes visées à l'article 66 CPP.

Audience du juge des libertés et de la détention sur la contestation des pièces et documents saisis lors de la perquisition

1. PRÉALABLEMENT À L'AUDIENCE DU JLD

- L'audience a lieu et l'ordonnance est rendue dans les 5 jours de la réception des pièces par le JLD.
- Préparation de l'audience avec l'avocat ayant subi la perquisition.
- Le bâtonnier exige la communication du dossier d'enquête ou d'instruction.

2. VÉRIFICATIONS À EFFECTUER

- La perquisition était fondée sur des indices préalables de l'éventuelle commission d'une infraction par l'avocat.
- La perquisition avait pour objet de servir à trouver des indices ou des preuves de l'infraction.

3. PENDANT L'AUDIENCE DU JLD

- En début d'audience, le bâtonnier se fait communiquer l'acte du magistrat qui saisit le JLD.
- Chaque pièce saisie fait l'objet d'un examen individuel et minutieux lors de l'audience.
- En cas de saisie informatique et de transcription d'un disque dur, définir précisément la mission de l'expert sur la base de mots-clés contradictoirement débattus lors de l'audience portant sur les pièces placées sous scellés.
- Les pièces non retenues par le JLD sont immédiatement restituées à l'avocat.
- Le JLD ordonne la cancellation de toute référence aux documents restitués, à leur contenu ou à leur objet, qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Annexe IV

RESERVES DU BATONNIER LORS DE LA CONTESTATION EN PERQUISITION DES SAISIES PRATIQUEES

1. LA MISSION DU BATONNIER OU DE SON DÉLÉGUÉ : DÉFENSE DU LIBRE EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT, DU SECRET PROFESSIONNEL ET DES DROITS DE LA DÉFENSE

Le Bâtonnier Jean Lemaire écrivait dans son traité sur « *Les règles de la profession d'avocat* » (LGDJ, 1975, n°463) : « *Le Bâtonnier assistera lui-même à la perquisition ou déléguera un membre du Conseil de l'Ordre pour le représenter et veillera à ce que soient respectés les intérêts des tiers étrangers à la perquisition [...] Le Bâtonnier doit veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense* ».

1.1. 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

Cela résulte de plusieurs arrêts :

En effet, « *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* » (CEDH 21 janvier 2010, *Xavier Da Silveira c. France*, requête n°43757/05).

Cass. Crim., 8 janvier 2013, n°12-90.063

« *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 chargée de la protection des droits de la défense* ».

Cass. Crim., 9 février 2016 n° 15-85063

« *Le Bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense* » et que la CEDH définit comme étant une « *garantie spéciale de procédure* »

Par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88.021), la Chambre Criminelle maintenant l'arrêt de la Chambre de l'Instruction retient que « *le Bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision* ».

L'ordonnance de perquisition doit mentionner tous les faits compris dans la saisine du juge d'instruction afin que le Bâtonnier ou son délégué soit informé de l'étendue de la perquisition qui ne peut porter sur des faits différents de ceux appartenant à la saisine du magistrat instructeur.

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombaît au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « *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* ».

Par deux ordonnances du 29 avril 2019, le JLD de Paris a défini les principes qui gouvernent les saisies en perquisition chez l'avocat et leurs contestations :

« MOTIFS

Les principes en cause :

Il résulte des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale que 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 au domicile de ce dernier sont tranchées par le juge des libertés et de la détention ;

*Il appartient au Juge des libertés et de la détention de vérifier si les conditions **légalement requises** pour la saisie de documents et de pièces lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocat sont réunies ;*

*La perquisition au sein d'un cabinet d'avocat est un **acte grave** car ce cabinet est le lieu où l'avocat reçoit ses clients et prépare la défense de ces derniers et à ce titre le cabinet d'avocat présente **un caractère d'inviolabilité** qui préserve le droit pour tout homme de bénéficier de la défense d'un avocat ;*

En cas de perquisition au sein d'un cabinet d'avocat, les règles gouvernant le versement à la procédure des pièces saisies, obéissent à un régime particulier qui se distingue de celui de la défense d'un avocat ;

Lorsque la perquisition est faite dans un local autre qu'un cabinet d'avocat, toute pièce saisie peut être versée à la procédure d'information ou au Parquet si elle est utile à la manifestation de la vérité ;

En revanche, s'agissant d'un cabinet d'avocat, il convient de distinguer entre divers documents :

- *d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité,*
- *d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel et qui ne peuvent être versés à la procédure d'instruction qu'à la condition qu'ils manifestent l'indice de la participation de l'avocat à l'infraction objet de la poursuite,*

Pour être versé à la procédure d'information, un document couvert par le secret professionnel doit porter en soi l'indice ou la présomption rendant plausible la participation ou l'implication de l'avocat dans la commission de l'infraction objet de la poursuite ; hors cette condition, le document couvert par le secret professionnel ne pourra être versé à la procédure ;

Il faut rappeler que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ;

Lors de l'audience de contestation de la saisie, il a été produit (par les magistrats saisissants) un arrêt de la Cour de cassation, dans le cadre d'une perquisition au cabinet d'un avocat, permettrait la saisie de toutes pièces utiles à la manifestation de la vérité, même si cette pièce était couverte par le secret professionnel ;

Cet arrêt du 4 octobre 2016 ne permet pas, contrairement à ce qui est allégué, que toute pièce couverte par le secret professionnel puisse être saisie par le seul fait qu'elle serait utile à la manifestation de la vérité ; au contraire la Cour de cassation reprend bien le principe acquis, et posé par la CEDH ; qu'une pièce couverte par le secret professionnel ne peut être saisie que si elle est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».

A propos de l'arrêt isolé de la Chambre criminelle du 4 octobre 2016²⁷, le JLD a précisé, désavouant les magistrats saisissants parties adverses du Bâtonnier ou de son délégué : « *Cet arrêt du 4 octobre 2016 ne permet pas, contrairement à ce qui est allégué, que toute pièce couverte par le secret professionnel puisse être saisie par le seul fait qu'elle serait utile à la manifestation de la vérité ; au contraire la Cour de cassation reprend bien le principe acquis, et posé par la CEDH ; qu'une pièce couverte par le secret professionnel ne peut être saisie que si elle est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».*

Cette solution a été confirmée par une ordonnance du 22 juillet 2019 (inédit) qui précise en outre que « *la perquisition... doit rester une procédure exceptionnelle, un moyen exceptionnel d'obtention de pièces* ». « *...Les pièces susvisées ne caractérisent en soi aucune implication plausible de Maître X dans les opérations de blanchiment* ».

La perquisition, par sa nature intrusive, génère systématiquement une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD que le rapport sur la procédure pénale « Jacques BEAUME » (page 84, juillet 2014) défini comme « *le juge de la loyauté et de la régularité de l'enquête, à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause* ».

27. Crim. 4 octobre 2016 n°16-82308 : « *Qu'en effet, si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* ».

1.2. L'article 56-1 du Code de procédure pénale institue la présence du Bâtonnier susceptible de contester une saisie « irrégulière »

L'article 59 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que le respect des formalités de l'article 56-1 du Code de procédure pénale est à peine de nullité.

Cette présence du Bâtonnier constitue, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une « **garantie spéciale de procédure** » en faveur de l'avocat perquisitionné.

Il s'agit de préserver non seulement le secret professionnel mais aussi les droits de la défense.

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 domicile ou le cabinet d'avocat destinée à porter atteinte au secret professionnel et aux droits de la défense dont le Bâtonnier ou son délégué est le garant par sa présence qualifiée par la CEDH de « *garantie spéciale de procédure* ».

Elle ne doit pas méconnaître les principes de nécessité et de proportionnalité.

Elle doit être « **proportionnée** » au but poursuivi ainsi que le juge la CEDH.

Pour la CEDH, ce texte comporte « *une garantie spéciale de procédure* », à savoir la présence contestataire du Bâtonnier qui aboutira à la saisine par le magistrat qui perquisitionne du JLD dont toutefois 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** ».

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 **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. »

S'agissant des avocats, la CEDH a jugé par un arrêt du 21 janvier 2010 (Xavier Da Silveira c. France, requête n° 43757/05) 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** ».

De plus, par un autre arrêt rendu le 23 novembre 2010 [Affaire MOULIN c/France – requête n°37104/06], la CEDH a estimé 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)** ».

Elle souligne à nouveau le rôle du Bâtonnier en retenant que « **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** ».

1.3. La visite domiciliaire commencée dès la garde à vue hors la présence du Bâtonnier ou de son délégué est irrégulière

Il est de jurisprudence constante que « *Toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire* » (Cass. Crim., 3 juin 1991 n° 90-81435).

Par décision du 22 mars 2016, le JLD du Tribunal de grande instance de Bobigny a consacré cette solution au visa de l'article 56-1 du CPP, en restituant à un avocat gardé à vue à son domicile puis perquisitionné, l'ensemble des éléments saisis et contestés dans les termes suivants : « *Attendu que toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire... que les perquisitions au domicile d'un avocat ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier... que les enquêteurs ont forcé la porte du domicile de Maître X... à 6h05 du matin ...et ont donc dès lors ...débuté la perquisition à son domicile à cette heure ...qu'il n'est pas contesté que ces opérations ont débuté en l'absence du procureur de la République qui devait lui-même procéder à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier... que le début de la perquisition en l'absence du magistrat et du représentant du bâtonnier ne peut que conduire à la constatation de l'irrégularité de la dite perquisition, peu important que des documents ne soient saisis qu'ultérieurement dans la même opération lorsque le procureur de la république et le bâtonnier arriveront ;... qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'accueillir l'opposition à saisie formulée par le Bâtonnier de Paris, d'ordonner la restitution immédiate des documents et objets saisis et la cancellation de toute référence aux documents et objets saisis qui figurent dans le dossier de la procédure...».*

La visite domiciliaire ne saurait débuter hors la présence du magistrat instructeur ou du Parquet et du délégué du Bâtonnier.

2. L'IMPOSSIBILITÉ D'APPRÉCIER L'EXISTENCE OU NON D'INDICES FAUTE D'ACCÈS AU DOSSIER PAR LE BÂTONNIER OU SON DÉLÉGUÉ

La perquisition, par sa nature intrusive, génère nécessairement une atteinte excessive aux droits de la défense et au secret professionnel que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat de saisir le JLD.

En outre, le délégué du Bâtonnier se heurte en fait à l'impossibilité d'apprécier l'existence ou non des indices mentionnés à la décision de perquisition ou invoqués en cours de perquisition comme en l'occurrence, faute d'accès au dossier pénal **dont aucune règle d'ailleurs n'interdit la communication lors de la perquisition comme lors de l'audience du JLD à son profit.**

En effet, qu'il s'agisse des pièces et objets, documents papiers ou dématérialisés copiés ou non sur un support par le magistrat saisissant, couverts par le secret professionnel ou officiels, le Bâtonnier ou le délégué du Bâtonnier est par principe dans l'incapacité d'apprécier si ces objets et 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 dont l'absence de communication empêche l'exercice d'un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et au respect du secret professionnel.

3. LA CONDITION DE L'EXISTENCE D'INDICES EFFECTIFS PRÉEXISTANTS À LA PERQUISITION : L'EXIGENCE IMPÉRATIVE DE MOTIVATION DE L'ORDONNANCE DE PERQUISITION

« *Les raisons qui justifient la perquisition doivent être établies dans le dossier de la procédure antérieurement à la mesure de perquisition ; elles doivent être objectives et sérieuses, et ne doivent pas résulter de seules hypothèses ou d'une suspicion que la perquisition aurait pour but d'étayer ; enfin, la mesure de perquisition doit être absolument nécessaire pour la suite de l'instruction judiciaire ; elle doit n'être donc envisagée qu'à défaut de tout autre mode d'investigation possible. Ces critères de nécessité, de proportionnalité et de légitimité dans une société démocratique doivent impérativement gouverner l'usage des perquisitions des locaux d'avocats* » (Doctrine François SAINT-PIERRE).

« 2. Modifications relatives aux perquisitions concernant les avocats

Raisons justifiant la perquisition

Les informations qui figureront dans la décision devront être suffisamment explicites pour justifier l'opération (en indiquant par exemple que l'avocat est mis en cause par certaines personnes comme coauteur ou complice de telle ou telle infraction).

Pour autant, elles ne devront pas consister en des révélations qui seraient de nature à gêner les investigations en cours (l'identité de ces personnes pouvant par exemple ne pas être précisée).

Il convient à cet égard d'observer qu'une motivation jugée insuffisamment explicite par le bâtonnier ou son délégué pourra conduire celui-ci à contester le bien fondé de la perquisition et à s'opposer en conséquence à toute saisie, ce qui amènera le juge des libertés et de la détention à se prononcer sur la contestation au vu de l'ensemble du dossier de la procédure, en application des dispositions, inchangées, des alinéas trois à sept (anciennement deux à six) de l'article 56-1 ».

Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales renforçant les droits de la défense.

3.1. Nonobstant les termes de la décision de perquisition, 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, ces indices devant être appréciés de manière intrinsèque dans les documents saisis, (Crim 25 juin 2013, n°12-88.021, 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 ; Crim 8 juillet 2015, n°15-81.179 qui confirme l'arrêt de la Chambre de l'instruction de Bordeaux du 5 février 2015 qui avait jugé que « *le 14 janvier 2003, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le respect du secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir sa participation éventuelle à une infraction pénale. Il résulte de cette jurisprudence que si, pour qu'ils puissent être valablement saisis, les objets ou documents doivent comporter la révélation intrinsèque de la participation de l'avocat à l'infraction, cela ne doit pas s'entendre comme devant concerner les seuls éléments constitutifs de celle-ci sauf à méconnaître la jurisprudence précitée de la Cour de cassation qui vise les pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de l'intéressé à une infraction pénale, le terme intrinsèque indiquant que la vraisemblance de l'implication doit ressortir de la pièce saisie en elle-même* » ; Crim 27 septembre 2011, n°11-83.755, « qu'en ce qui concerne ce courrier, la levée du secret professionnel entre avocats est permise lorsqu'une pièce révèle intrinsèquement la commission par l'avocat d'une infraction » Crim. 8 septembre 2015, n°14-83.306) ;

et précisément de manière explicite :

« Mais attendu qu'en refusant d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et du projet rédigé par lui, alors que cette appréhension n'était pas indispensable à la recherche de la preuve d'un trafic d'influence, dont seul était suspecté un magistrat étranger à la chambre criminelle, qu'il n'existaient aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction et qu'en conséquence, en procédant ainsi, les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe énoncé ci-dessus » (Crim. 22 mars 2016, n°15-83.207).

L'usage de l'imparfait par cet arrêt suffi à démontrer la nécessité de l'antériorité à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Ainsi, elle a estimé par application du principe de nécessité et de proportionnalité, que les magistrats saisisants avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré en perquisitionnant sans la moindre démonstration contre les magistrats la composant, d'indices antérieurs à la mesure intrusive.

Par arrêt du 9 février 2016 (n°15-85063), elle a jugé que :

« *Il résulte des articles 56-1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'absence, dans la décision, prise par un magistrat, de perquisition du cabinet d'un avocat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.*

Encourent la censure les motifs par lesquels la chambre de l'instruction qui, pour rejeter le moyen de nullité tiré de ce qu'une décision de perquisition dans le cabinet d'un avocat ne répond pas aux exigences de l'article 56-1 du code de procédure pénale précité, énonce que, si elle ne comporte pas la désignation du lieu exact des investigations, cette difficulté n'a pas été soulevée lors de la perquisition tant par l'avocat que par le délégué du bâtonnier, qui n'ont pu se méprendre sur l'objet de cette mesure d'instruction, alors que la décision de perquisition, portée à la connaissance de l'autorité ordinaire, ne contient pas les motifs précis justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci ni ne mentionne le lieu où doivent être effectuées les investigations ».

« *L'arrêt précité du 9 février 2016 exige que l'information du bâtonnier de l'ordre des avocats soit précise, s'agissant des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons qui justifient la perquisition et l'objet de celle-ci, cette information devant être contenue dans la décision qui ordonne la perquisition, et qui est communiquée au bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense.*

La rédaction de cet arrêt du 9 février 2016 est claire :

« *Vu les articles 56-1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;*
Attendu qu'il résulte de ces textes 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 et dont le contenu est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué ; que l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.

Or, selon les termes de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la décision ordonnant la perquisition : « 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 ».

Pour la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 9 février 2016 : « l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné ».

Le maintien de cette jurisprudence devrait conduire la Chambre criminelle à considérer que l'imprécision de l'ordonnance de perquisition du juge d'instruction, qui ne mentionne pas les faits dont il est saisi, en particulier la prise illégale d'intérêts à l'occasion du marché public (...), ne satisfait pas aux exigences de l'article 56-1 du code de procédure pénale, car cette ordonnance n'indique pas que la perquisition vise la recherche et la saisie de documents relatifs au marché public de la (...). Il est incontestable que la perquisition du cabinet d'avocat visait la recherche et la saisie de documents relatifs au marché public de la (...). Cette information sur les motifs justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci n'était pas contenue dans l'ordonnance de perquisition ».

Cette solution a été confirmée par arrêt du 8 juillet 2020 (n°19-85491) dans les termes suivants sur le recours en excès de pouvoir de l'avocat perquisitionné contre l'ordonnance de validation des saisies du JLD : « *Il résulte des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 56-1 du code de procédure pénale que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées, par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, qu'à la suite d'une décision écrite et motivée prise par le 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. L'absence dans la décision des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi d'une contestation, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné. Excède en conséquence ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui ordonne le versement au dossier de l'information de documents saisis au cours de cette perquisition irrégulièrement menée ».*

Par arrêt du 23 octobre 2019 (n°18-84738), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a également jugé que :

« Vu l'article 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que tout arrêt de la chambre de l'instruction doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte à la suite de dénonciations de faits de corruption et favoritisme lors de l'attribution du marché public de la construction de la Nouvelle route du Littoral à la Réunion, le parquet national financier a ordonné plusieurs perquisitions dans les locaux du Conseil régional de la Réunion, au cours desquelles des documents papier, la copie de fichiers informatiques et des messageries électroniques ont été saisis ; que le Conseil régional de la Réunion a sollicité, le 27 juillet 2017, que lui soit restitué l'ensemble des éléments couverts par le secret professionnel attaché aux correspondances avocat-client saisi par les enquêteurs lors des opérations de perquisition des 8 octobre 2015 et 3 mai 2016 ; que, par décision en date du 31 août 2017, le procureur de la République financier a rejeté cette demande ; que le Conseil régional de la Réunion a relevé appel de cette décision ;

Attendu que, pour rejeter la demande du Conseil régional de la Réunion en restitution des éléments saisis couverts par le secret professionnel, l'arrêt retient que la décision de refus de restitution est motivée par le fait que l'enquête préliminaire, ouverte le 13 mars 2014, est toujours en cours et que la conservation des données saisies demeure utile à la manifestation de la vérité, motif se rattachant à la dernière catégorie visée par le deuxième alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale qui indique que la décision de non restitution peut être prise par le procureur de la République pour l'un des motifs explicitement énoncés ainsi que pour tout autre motif ; que les juges ajoutent que, sous couvert de la demande de restitution, qui, indéterminée dans sa portée, ne leur permettrait même pas d'en apprécier la pertinence, étant précisé que seules des copies ayant été appréhendées, les originaux des données placées sous main de justice sont restés en possession du Conseil régional, il leur est ainsi demandé de s'immiscer dans l'enquête préliminaire pour en apprécier l'opportunité de certains actes d'enquête ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le contenu des documents dont la restitution était sollicitée, s'agissant de correspondances entre la personne visée par l'enquête et son avocat, était étranger à l'exercice des droits de la défense et si l'atteinte portée au secret des correspondances invoqué était nécessaire et proportionnée au but recherché, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale ».

3.2. S'agissant de la jurisprudence du JLD, une première ordonnance du JLD de Rennes du 8 mars 2013 (inédit) a consacré le principe de la présomption d'innocence au bénéfice des avocats :

« S'agissant plus particulièrement des pièces échangées entre un avocat et son client dans le cadre de la défense pénale de ce dernier, la saisie n'est susceptible de concerner que les pièces qui sont de nature à faire suspecter l'implication de l'avocat lui-même dans la commission de l'infraction reprochée à son client.

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.

A cet égard, il convient d'observer que les pièces éventuellement versées à la procédure peuvent constituer des éléments à charge comme à décharge ».

Une autre ordonnance du JLD de Paris du 9 octobre 2014 (inédit) retient qu'au stade de la perquisition qu'il n'est « aucunement démontré que les téléphones portables utilisés par Me X ont été utilisés à des fins délictueuses ou criminelles, ou dans la préparation des faits, objets de l'information en cours » et les restitue.

Cette ordonnance ajoute, concernant le rôle du JLD, que ce magistrat doit « exercer un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter, sous quelque forme que ce soit, que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense mais aussi au respect de la confidentialité qui s'attache aux fonctions de Bâtonnier en exercice, dans sa relation avec l'ensemble des confrères de son Barreau ».

Il a été jugé par ordonnance du JLD de Paris du 7 octobre 2016 (inédit) que : « Le secret professionnel d'un avocat ne peut être évincé que s'il existe des indices **effectifs** de la participation de cet avocat à la commission d'une infraction, indices qui doivent **préexister** à la perquisition et résulter **intrinsèquement** du contenu de chacune des pièces saisies ». En outre, par cette même décision, le JLD a jugé que « **la protection du secret professionnel fait obstacle à la saisie de pièces uniquement utiles à la détermination des circonstances d'une infraction ayant pu être commise par ailleurs** ».

Relevons en outre **l'ordonnance du JLD de Versailles du 26 mai 2017 (inédit)** qui retient que : « *Le secret professionnel de l'avocat n'a pas un caractère absolu et les dispositions précitées (article 66-5 loi de 1971) ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces :* »

- qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité,
- mais à la condition que celles-ci ne soient pas relatives à l'exercice des droits de la défense,
- cette dernière restriction pouvant être levée seulement en cas de suspicion d'implication de l'avocat concerné dans l'infraction (...)

Qu'ainsi, le document saisi, nonobstant son utilité pour la manifestation de la vérité, bénéficie de la protection absolue des droits de la défense s'agissant d'une correspondance entre avocats où sont abordées des données confidentielles relatives à leurs clients respectifs et leurs intérêts.

Que faute d'éléments constitutifs d'une présomption d'implication de l'avocat dans l'infraction concernée, il ne saurait être dérogé au principe de la protection du secret professionnel.

Qu'il convient par conséquent d'invalider la saisie..., d'en ordonner la restitution... et d'ordonner la cancellation de toutes références aux documents restitués ou à leur contenu qui figureraient dans le dossier de la procédure ».

Relevons également une ordonnance du JLD de Paris du 2 avril 2017 qui décide qu'il y a lieu de « *considérer que la perquisition litigieuse, qui par sa nature intrusive pourrait générer une atteinte excessive à la renommée du cabinet d'avocats, a été conduite en l'espèce avec mesure et célérité, sans priver l'avocat des originaux nécessaires au libre exercice de sa profession ».* »

Par conséquent, un document couvert par le secret professionnel, même s'il est objectivement utile à la manifestation de la vérité, ne peut être versé en procédure que s'il permet de caractériser « *une présomption d'implication* », en d'autres termes, des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, appréciation qui devra se faire de manière intrinsèque.

Par ordonnance du 30 octobre 2018 (inédit), le JLD de Paris a jugé « *qu'il (l'élément saisi) ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet, que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée ».* »

Par une ordonnance du 17 avril 2019 (inédit), le JLD de Paris a jugé que « *si le secret ainsi défini ne peut revêtir 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 concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence, la révélation intrinsèque des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat ».* »

Par ordonnance rendue le 19 avril 2019 (inédit), le JLD de Paris a jugé que « *si le secret... ne peut revêtir 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 dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence la révélation intrinsèque des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat ».* »

Par ordonnance rendue le 26 avril 2019 (inédit), le JLD de Paris a jugé que « attendu néanmoins que le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir un caractère absolu et que les dispositions précitées ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat **des pièces qui seraient de nature à démontrer son implication dans l'infraction, ou des pièces qui, dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction** ».

Par ordonnance rendue le 29 avril 2019 (inédit), le JLD de Paris a jugé que « si le secret ainsi défini ne peut revêtir 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 dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque **les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles en l'espèce d'établir ou non** à l'encontre de Maître X les infractions de [...] ».

Par une autre ordonnance rendue le 29 avril 2019 (inédit), le JLD de Paris a jugé que « s'agissant des échanges entre avocats, il faut rappeler qu'ils sont couverts par le secret professionnel et que ce secret ne peut être surmonté que si les échanges en question manifestent l'indice d'une implication de Maître Z ou des autres avocats, dans la commission des infractions visées par la poursuite [...]».

Ces échanges entre avocats sont succins et laconiques ; en tout état de cause en aucun endroit ils ne portent l'indice d'une implication de Maître Z ou des autres avocats. Ce scellé ne sera donc pas versé à la procédure d'instruction [...].

Ce sont là des conversations entre avocats qui sont intervenus pour la défense de W ; à ce titre ces conversations sont couvertes par le secret professionnel ; ainsi qu'il a été dit plus haut, ce secret professionnel ne peut être levé qu'à la condition que ces conversations montrent l'indice de la participation d'un avocat à la commission des infractions visées par la poursuite, tel n'est pas le cas en l'espèce [...].

Il faut observer que le scellé est bien constitué par des conversations entre avocats s'agissant de la défense de W et qu'à ce titre ces conversations sont protégées par le secret professionnel sauf si leur teneur manifeste l'indice de la participation de Maître Y à la commission des infractions visées dans la poursuite ».

Et plus précisément, sur le rôle du JLD quant à l'appréciation de l'inexistence d'indices et la déclaration d'innocence à propos des avocats perquisitionnés : « il ressort de cet échange de courriel que ni Maître X ni aucun autre des avocats de la défense n'ont connaissance que ces documents qu'ils reçoivent seraient des faux ».

« Il apparaît que cet échange pourrait être utile puisqu'il montre que les documents concernant W n'ont pas été forgés par Maître Z mais viennent d'une tierce personne ».

Par une ordonnance du 3 juillet 2019 (inédit), le JLD de Paris a jugé à propos des documents officiels, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas relatifs à l'exercice des droits de la défense, que : « Si le secret ainsi défini ne peut revêtir aucun 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 dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat.

Ainsi, il y a lieu de distinguer d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité, et d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel et qui ne peuvent être versés à la procédure d'instruction qu'à la condition qu'ils manifestent l'indice de la participation de l'avocat à l'infraction objet de la poursuite [...].

Attendu que le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir un caractère absolu et que les dispositions précitées ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces qui seraient de nature à démontrer son implication dans l'infraction, ou des pièces qui, dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction.

Attendu que les pièces présentées par le Ministère public n'apparaissent pas couvertes par le secret professionnel, qu'aucun des fichiers n'est en lien direct avec l'exercice des droits de la défense (...).

Attendu néanmoins que pour être versé à la procédure, un document doit connaître une utilité dans le cadre de la recherche de la vérité ; qu'il ne résulte pas des documents présentés une utilité à la présente procédure ni, au surplus, la caractérisation directe d'une infraction pénale ; que l'infraction d'origine n'est pas concernée par ces pièces ; que les faits de blanchiment ne sont pas non plus concernés par ces pièces à défaut de flux financiers dont il serait fait la démonstration par le Ministère public ; qu'il est évoqué un réemploi de fonds... en l'absence de flux démontrés ou a minima tracés ».

3.3. S'agissant précisément des perquisitions en enquête préliminaire et de l'application des dispositions de l'article 76 alinéa 4 du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé deux arrêts des 23 novembre 2016 (n°15-83649), 14 novembre 2017 (n°17-81688) et 10 janvier 2018 (n°17-83932) que l'ordonnance du JLD qui autorise la perquisition sans assentiment ne peut se borner à se référer à la requête présentée par le Procureur de la République et doit contenir une motivation justifiant de la nécessité de la mesure :

« Vu l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Attendu que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décideant, sur requête du procureur de la République à l'occasion d'une enquête préliminaire, que les opérations prévues par le premier de ces textes seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être motivée au regard des éléments de fait et de droit justifiant de leur nécessité ;

Que cette exigence d'une motivation adaptée et circonstanciée s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et en tenant compte de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur ;

Que cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée et doit permettre au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquelles ces opérations ont été autorisées ;

Attendu qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte ;

Attendu que, pour rejeter l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention en date du 7 décembre 2015, autorisant la perquisition au domicile du mis en examen, l'arrêt énonce notamment que si cette décision doit, conformément aux dispositions de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant la nécessité de ces opérations, elle peut se référer expressément à la requête présentée par le procureur de la République lorsque celle-ci comporte toutes les indications exigées par le texte et qu'en l'espèce, la requête du procureur de la

République datée du 7 décembre 2015 et qui figure au dossier après avoir été annexée par procès-verbal de jonction de pièces, indique, après mentions de la qualification de l'infraction et de l'adresse des lieux, que les nécessités de l'enquête exigent qu'il soit procédé aux opérations de perquisitions et de saisies sans l'assentiment des personnes concernées, en ce que «le couple s'il était simplement convoqué par le service enquêteur pourrait être tenté de faire aisément disparaître des preuves, s'agissant essentiellement de données informatiques»

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ne contient aucune motivation justifiant de la nécessité de la mesure, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

3.4. Par son arrêt *Leotsakos c/ Grèce* du 4 octobre 2018 (req. n° 30958/13), la CEDH a jugé que :

« 47. La Cour note d'abord que la perquisition litigieuse a été effectuée en application du même mandat que celui que la Cour a eu à examiner dans l'arrêt *Modestou* précité. 48. Dans cet arrêt, la Cour a souligné qu'une perquisition effectuée au stade de l'enquête préliminaire doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes **qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction** (ibid. § 44) ».

Par l'arrêt *Modestou c. Grèce* du 16 mars 2017 (req. n° 51693/13), la CEDH a déjà jugé que :

« 44. La Cour relève d'abord que la perquisition en question a eu lieu au stade de l'enquête préliminaire, un stade antérieur à l'instruction préparatoire et donc particulièrement précoce de la procédure pénale. **La Cour considère qu'une perquisition effectuée à un tel stade doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction.**

La Cour estime aussi opportun de distinguer la présente affaire de certains arrêts de la Cour cités par le requérant et qui concernent **des cas de perquisition dans des cabinets d'avocats** ;

les garanties devant entourer les perquisitions dans ce type de lieu pouvant être plus strictes que celles dans un appartement privé ou un local professionnel, compte tenu de la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients.

45. En application de sa jurisprudence, la Cour se doit d'examiner les modalités d'émission et les termes mêmes du mandat de perquisition pour vérifier si des précautions suffisantes ont été prises pour garantir que celle-ci ne dépassât pas le but de prévention et de répression des infractions envisagées par la mesure. **Un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise dans les droits garantis par l'article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine. En outre, la personne visée doit disposer d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'acte en cause pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus** (*Van Rossem c. Belgique*, précité, §§ 45 et 47) ».

Au plan conventionnel, la CEDH a également condamné l'Azerbaïdjan notamment au visa de l'article 8 de la Convention à la suite d'une perquisition pratiquée chez un avocat, sans que soient préalablement caractérisées contre lui des raisons plausibles de soupçonner sa participation à la commission d'une infraction, dans les termes suivants :

« *La Cour souligne que la perquisition des cabinets d'avocats requiert un contrôle particulièrement rigoureux en ce que la persécution et le harcèlement de gens de loi touche le cœur même du système de la Convention.*

La Cour relève en particulier que le tribunal a autorisé la perquisition en se fondant sur des motifs vagues, sans aucune mention de faits en lien avec les infractions spécifiques d'abus de pouvoir et de faux qui étaient reprochées à M. Aliyev. Il n'apparaît pas que le tribunal se soit assuré de l'existence de raisons plausibles de soupçonner M. Aliyev ni de la possibilité de trouver des éléments de preuve pertinents à son bureau ou à son domicile.

Dans son ensemble, la perquisition ne poursuivait aucun des buts légitimes énumérés dans l'article 8 pour justifier une ingérence dans la vie privée d'une personne. Il y a donc eu violation de cette disposition » (CEDH 20 septembre 2018, Aliyev contre Azerbaïdjan, req. 68762/14 et 71200/14).

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 (CEDH, 24 juillet 2008, André c. France, req. n° 18630/03).

Cette solution a été réaffirmée par la CEDH par arrêt du 3 décembre 2019 (Affaire KIRDÖK ET AUTRES c. TURQUIE, req. n° 14704/12) :

« 49. *La Cour rappelle que les mesures imposant aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, par exemple dans le cadre de la lutte contre les infractions pénales, doivent être impérativement encadrées d'une façon stricte, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice (voir, inter alia, Heino c. Finlande, n 56720/09, § 43, 15 février 2011, et Kolesnichenko c. Russie, n 19856/04, § 31, 9 avril 2009).* 50.

Quant au cas particulier des saisies opérées dans le cabinet d'un avocat, la Cour rappelle qu'elles doivent impérativement être assorties des garanties spéciales de procédure, puisque ces saisies 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 fait partie des droits de la défense au sens de l'article 6 de la Convention : elle est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui presuppose 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 » (voir, inter alia, Niemietz, précité, § 37, et André et autre c. France, n 18603/03, §§ 41-42, 24 juillet 2008) [...]

52. *En l'espèce, la Cour constate que les requérants, de profession avocat, n'étaient pas visés eux-mêmes par une enquête pénale, mais qu'ils partageaient leurs bureaux avec un autre avocat qui faisait l'objet des poursuites pénales dans le cadre desquelles la perquisition litigieuse avait été ordonnée. Les requérants ont fait valoir devant les autorités judiciaires que les données électroniques saisies lors de cette perquisition, à savoir celles sur le disque dur de l'ordinateur de bureau (indiqué au début comme ayant l'usage collectif, ensuite indiqué comme ayant l'usage exclusif des requérants) et sur la clé USB, leur appartenaient et relevaient de leur secret professionnel entre avocats et clients [...]*

54. *La Cour observe en outre que l'ampleur large de l'ordonnance s'est reflétée dans la manière dont elle a été exécutée. Bien qu'un représentant du barreau d'Istanbul et l'une des requérants, M Kirdök, aient assisté à la perquisition et que les données saisies aient été placées dans un sac scellé, aucune autre mesure de protection spéciale n'était en place contre l'ingérence dans le secret professionnel.* En effet, aucune procédure de filtrage des documents ou des données électroniques protégés par le secret professionnel ne semble pas être suivie et/ou aucune interdiction explicite de saisir des données protégées par ce secret n'avaient été imposées pendant la perquisition en cause (voir Kolesnichenko c. Russie, précité, § 34, et Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH, précité, § 63). Au contraire, l'ensemble des données se trouvant sur le disque dur de l'ordinateur utilisé conjointement par les avocats qui partageaient les locaux ainsi que sur une clé USB ont été saisies (voir paragraphe 12 ci-dessus).

55. *La Cour observe ensuite qu'une fois le secret professionnel des relations avocats-clients invoqué et le retour des données électroniques saisies demandé, la loi imposait aux autorités judiciaires une obligation de procéder rapidement à un examen des données saisies, et, le cas échéant, de restituer aux intéressés ou de détruire les données protégées par ce secret.* Cependant, la législation et la pratique du droit national n'étaient pas claires sur les conséquences attribuées à un éventuel manquement par les autorités judiciaires à cette obligation (...)

58. *A la lumière de l'ensemble de ces éléments, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention, les mesures imposées aux requérants quant à la saisie de leurs données électroniques et au refus de les restituer ou de les détruire n'ayant répondu à aucun besoin social impérieux, qu'elles n'étaient pas, en tout état de cause, proportionnées aux buts légitimes visés et que, de ce fait, elles n'étaient pas nécessaire dans une société démocratique ».*

4. LE SECRET PROFESSIONNEL S'APPLIQUE EN MATIÈRE DE CONSEIL ET DE DÉFENSE AINSI QU'AUX HONORAIRES DE L'AVOCAT :

Le secret professionnel s'applique 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...) comme exposé plus loin .

« *C'est ainsi que le juge doit garantir la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense (Crim. 13 décembre 2006, n°06-87.169, Bul. n°313). La confidentialité des documents saisis lors d'une perquisition faite au cabinet d'un avocat doit être assurée : « par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat instructeur et au bâtonnier ou à son délégué et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation étant soumise au juge des libertés et de la détention » (Cass. Crim. 8 juillet 2015, n° 15-81.179).*

Mais des pièces échangées entre l'avocat et son client peuvent être saisies lorsqu'elles sont de nature à caractériser la participation de l'avocat à une infraction (Crim. 18 juin 2003, n°03-81.979, Bul. n°129 ; Crim. 4 octobre 2016, n°16-82.308). La saisie effectuée doit être en relation directe avec l'infraction, objet de la poursuite, être destinée à apporter la preuve de la participation éventuelle de l'avocat à cette infraction, et être limitée aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité (Crim. 1^{er} mars 2006, n°05-87.252, Bul. n°60).

Il revient au juge des libertés et de la détention, en cas de contestation d'une saisie de documents au cabinet d'un avocat, « *de prendre personnellement connaissance des documents saisis et de décider s'ils doivent être restitués ou versés dans le dossier de la procédure* » (Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021, Bul. n°155).

Par ordonnance du JLD de Paris du 30 octobre 2018, il a été jugé que « *la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe de portée générale qui vise à protéger l'exercice de la profession d'avocat. Il ne saurait être restreint au motif que les saisies sont opérées dans le cadre d'une information judiciaire ouverte sur constitution de partie civile d'un client de l'avocat concerné*

4.1. Les textes

Article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés à droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. **Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.**

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011

« **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 ».

Article 2 du RIN : le secret professionnel

L. 31 déc. 1971, art. 66-5 ; D. 12 juill. 2005, art. 4 ; C. pénal, 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 ETENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL

Art. 2.2 modifié par DCN n°2007-001, AG du Conseil national du 28-04-2007

« 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 ...) :

- 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 maniements 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).

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 ».

4.2. La jurisprudence

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 3 mai 2012 (n°11-14008) la solution suivante dans le cadre d'opérations de visites l'administration fiscale chez un client :

« Il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 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 ».

Par arrêt rendu le 4 octobre 2016 (n°16-82308), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction [cf arrêt rendu le 3 avril 2013 n° Y12-88.021 : « 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** »).

Elle a maintenu l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui avait retenu que « chacune des pièces saisies comporte **intrinsèquement** des indices d'implication de l'avocat dans le système X et se trouve ainsi en lien direct avec les faits objets de l'enquête ».

Par arrêt rendu le 12 mai 2017 (n°15-28.943 ; 15-29.129), la Chambre Sociale de la Cour de cassation a réaffirmé que : « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, et 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 ; Attendu, selon ces textes, 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, 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 peut commettre, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

Par arrêt rendu le 15 mars 2017 (n°15-25.649), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a également réaffirmé que : « Mais attendu que selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères ».

S'agissant de la jurisprudence du JLD, il faut préciser que deux ordonnances rendues le 16 mars 2012 en faveur de deux avocats fiscalistes ont déjà consacré le secret professionnel tant dans le domaine de la défense que dans celui du conseil :

« **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, les documents qui ne bénéficiaient 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 (...).

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 X, que 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 rattacherait 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 X ; 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 par X à son avocat, dont il n'est pas contesté qu'il a effectué une déclaration de régularisation auprès de l'administration fiscale, dans le cadre notamment de sa défense pénale ; qu'ils sont donc couverts par le secret professionnel ;

Attendu que les autres documents constituent des pièces du dossier de l'avocat, reçues de son client dans le cadre de l'exercice de sa profession, qu'ils sont donc également à ce titre couverts par le secret professionnel ;

Attendu qu'il ressort de l'ordonnance de saisine du magistrat instructeur que la fraude présumée a consisté en la souscription de déclarations minorées d'impôt sur le revenu et d'impôt sur la fortune pour les années [...] ; qu'il convient de relever que la déclaration de régularisation de [...], à supposer qu'elle soit minorée et qu'elle soit susceptible de faire l'objet d'une plainte de l'administration fiscale, n'entre pas en l'état dans la saisine du juge d'instruction, qu'aucun document saisi ne permet de contester que Maître Z n'est intervenu dans le dossier de X, comme il le déclare, qu'à partir de [...], suite aux perquisitions effectuées notamment au domicile des consorts X dans le cadre de la présente instruction ; que Maître Z n'est donc pas susceptible d'être impliqué en tant qu'auteur ou complice dans les faits concernés [...] ;

Attendu que ces documents seront restitués étant couverts par le secret professionnel et n'étant pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés en tant qu'auteur ou complice ».

« *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 correspondance entre 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 Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ;

Attendu qu'il s'agit des documents suivants saisis dans le dossier [...], 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 Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ;

Attendu que s'agissant d'un courrier entre un client et son avocat et d'un projet de contrat remis par le client à ce dernier, ils sont couverts par le secret professionnel ;

Attendu que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués.

Par ordonnance rendue le 5 septembre 2018, le JLD de Rennes a jugé que « *le secret couvre par ailleurs l'intégralité des activités professionnelles de l'avocat sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les activités de défense pénale ou civile et les activités de gestion ou de conseil. Il n'y a plus lieu de distinguer entre les documents échangés entre avocats et ceux échangés entre un avocat, ses clients ou des tiers. En revanche, ne sont pas couverts par le secret professionnel, tous les documents extérieurs à l'activité judiciaire ou juridique de l'avocat* ».

Par ordonnance rendue le 25 septembre 2018, le JLD de Paris a jugé que « *il appartient au Juge des libertés et de la détention de vérifier si les conditions légalement requises pour la saisie de documents et de pièces lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocat sont réunis. Il incombe au Juge des libertés et de la détention d'établir une balance entre des intérêts duals ; d'une part, le secret professionnel qui est une prérogative de l'avocat et un principe absolu, d'autre part les nécessités de l'enquête et la recherche de la manifestation de la vérité lorsque l'avocat pourrait être suspecté d'avoir commis une infraction* » ;

Le secret professionnel est certes absolu en son principe mais peut trouver dérogation dès lors qu'il existe des présomptions que l'avocat ait commis une infraction ; présomptions sérieuses ou à tout le moins des indices qui rendent plausibles la mise en cause de l'avocat ; en ce cas, le secret professionnel ne peut faire obstacle au code pénal, aux intérêts de la société et à la manifestation de la vérité ;

La perquisition ne peut donner lieu à saisine de documents couverts par le secret professionnel que dans la seule et stricte mesure où un lien est caractérisé entre le document saisi et l'infraction reprochée à l'avocat ;

Il faut rappeler, à cet égard, que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires .

Toutefois, par trois ordonnances des 10 et 11 décembre 2019, le JLD qui reconnaît que le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de contentieux fiscal, l'évincé cependant lorsqu'il apparaît que les pièces saisies sont utiles à la manifestation de la vérité.

Il est argué de ce que la nature fiscale de l'activité objet de la perquisition n'est pas assimilable à une activité de défense pénale couverte par le secret.

Ces solutions sont totalement contestables et participent d'un excès de pouvoir au regard de la loi mais méritent d'être rappelées pour la clarté du débat étant précisé que les contestations seront maintenues dans ce type d'hypothèses :

Par une ordonnance du 10 décembre 2019, le JLD a rappelé les principes dégagés par les ordonnances précitées du 16 mars 2012 mais en ajoutant à propos d'une activité de conseil en matière fiscale et précisément de constitution de trusts à l'étranger, que « *si le secret ainsi défini ne peut revêtir 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 dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles d'établir ou non à l'encontre de Maître X les infractions d'association de malfaiteurs en vue de la préparation des délits de fraude fiscale, de blanchiment aggravé en bande organisée de fraude fiscale aggravée et de fraude fiscale aggravée* »

en bande organisée qu'elles aient été commises par Maître X en qualité d'auteur ou de complice [...].

L'ensemble des documents saisis relèvent du devoir de conseil entre l'avocat et son client ou se rapportent à des échanges de mails entre avocats au sujet du trust [...]. En tant que tels, ils sont bien évidemment couverts par le secret professionnel de l'avocat mais ne ressortent aucunement de l'exercice des droits de la défense. Ils apparaissent particulièrement utiles à la manifestation de la vérité dans la mesure où ils précisent les liens entre les différents intervenants, sont en lien direct avec les infractions poursuivies alors que leur saisie est proportionnée aux buts recherchés. Ils seront dans ces conditions versés à la procédure ».

Par une deuxième ordonnance du même jour, le JLD à propos de courriels que l'avocat s'adresse à lui-même en matière fiscale relative à des trusts, a décidé que « *ce sont là des documents qui ont trait à l'intimité de la pensée de l'avocat et de l'idée qu'il se fait d'une défense qui pourrait être suggérée à son client ; ce sont donc là des documents qui sont nécessairement couverts par le secret professionnel, l'avocat étant évidemment libre d'émettre ses réflexions sur un dossier en ayant la garantie que ses pensées seront couvertes par le secret professionnel ; en revanche, ces deux courriels ne touchent pas aux droits de la défense ; le courriel qui retrace l'historique du trust ne concerne évidemment pas les droits de la défense, il est en revanche utile à la manifestation de la vérité... S'agissant de la question du secret professionnel, il faut remarquer que les documents saisis sont des pièces de travail avec des listings d'opérations et de trusts ; en ce sens, ces documents ne sont pas couverts par le secret professionnel et ils n'intéressent pas les droits de la défense ».*

Par une ordonnance du 11 décembre 2019, le JLD rappelle les règles précitées en précisant que « *les missions de conseil d'un avocat, notamment en matière fiscale même dans le cadre d'une assistance dans un contentieux fiscal, ne paraissent pas assimilables à l'activité de défense pénale telle que définie par la Cour de cassation dans une décision du 3 avril 2013 suite à une QPC et que les pièces en relevant, même couvertes par le secret professionnel, peuvent dès lors être saisies dès lors qu'elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec les infractions recherchées sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'indices ou d'éléments attestant d'une participation de ou des avocats concernés par ces pièces à une quelconque infraction ».*

En l'espèce, le JLD retient « *qu'aucune des pièces saisies ne relève de la défense pénale de sorte que ce sont les règles relatives à la protection du secret professionnel qui trouveront à s'appliquer selon les principes ci-dessus rappelés ».*

4.3. Précisément, s'agissant des honoraires d'avocat, y compris ceux payés en espèces même au-delà des limites des articles L112-6 et D112-3 du CMF, ceux-ci sont couverts par le secret professionnel

Jurisprudence du JLD

- **Ordonnance JLD Paris 20 juin 2011** : « *Sur les conventions d'honoraires, les notes d'honoraires et les justificatifs de paiement d'honoraires entre Me X et... Attendu que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel, qu'ils 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 restitués à Me X... ».*

-
- **Ordonnance JLD Paris 16 juin 2012** : « *Les justificatifs de paiement d'honoraires sont par nature soumis au secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 22 juin 2012** : « *Que ces documents concernent les maniements de fonds (CARPA) de l'avocat pour le compte de son client ; qu'ils sont couverts par le secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 30 octobre 2012** : « *Attendu que ces pièces sont constituées de mémorandums détaillant les services rendus accompagnés de notes d'honoraires, qu'il s'agit en fait de conventions d'honoraires très détaillées, que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 18 janvier 2013** : « *S'agissant des notes d'honoraires, ces documents sont par nature soumis au secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD Bobigny 22 mars 2016** : Qui restitue des espèces saisies (2.810 €) et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif que la perquisition a débuté « *en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 7 octobre 2016** : « *Les honoraires payés par un client à un avocat sont couverts par le secret professionnel et d'une manière générale, les bordereaux CARPA relatifs aux honoraires ou dépens versés à d'autres intervenants (y compris les honoraires de l'avocat) émis par l'avocat dans l'exercice de sa mission de défense et de conseil sont couverts par le secret professionnel sauf à ce qu'ils contiennent l'indice d'une infraction susceptible d'avoir été commise par l'avocat* »...
 - **Ordonnance JLD Paris 8 novembre 2016** : « *Les factures d'honoraires [...] n'ont fait l'objet d'aucune contestation par la cliente, laquelle les a dûment payées et en a déjà versé des copies à la procédure pénale. Ainsi, sans autre considération tirée du secret professionnel afférent aux dites factures d'honoraires, il y a lieu d'en conclure que leur versement en procédure n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité. Il y a donc lieu d'en ordonner la restitution à Maître X* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 11 juin 2017** : « *Les notes d'honoraires [...] peuvent être considérées comme parties intégrantes du dossier de conseil et dès lors, couvertes par le secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 6 juillet 2017** : « *Les originaux des factures d'honoraires de Maître... sont certainement couverts par le secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD de Senlis 16 octobre 2017** : « *Les conventions d'honoraires sont par nature soumises au secret professionnel mais qu'elles peuvent être saisies si elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et si elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 8 décembre 2017** : « *Qu'au surplus, cette note d'honoraires ne peut être rapprochée en l'état, notamment au regard de sa date... largement postérieure à la période des faits reprochés..., des infractions visées dans l'acte de saisine... Que le secret professionnel lié à ce dernier document ne saurait être ainsi levé* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 22 mars 2018** : « *L'ensemble de ces pièces sous scellés (notes d'honoraires, conventions d'honoraires, relevés de diligences), couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X...* ».
 - **Ordonnance JLD Rennes 5 septembre 2018** : « *S'agissant de conventions d'honoraires entre un avocat et son client, et de documents relatifs au paiement d'honoraires, soumis par nature au secret professionnel* ».
 - **Ordonnance JLD Paris 5 décembre 2018** : *A propos de saisie d'espèces (1.500 €) en réalité retirées d'un compte bancaire professionnel dans une enquête du chef de fraude fiscale et blanchiment : « Il y a lieu d'observer que le document (relevé de compte professionnel) faisant état de mouvements pour l'année [...] comporte trois retraits de 500 euros chacun en date des [...] ; que si on ne saurait en inférer par*

principe qu'ils ont le caractère d'honoraires couverts par le secret professionnel, aucune note d'honoraire n'étant jointe et peu de mouvements apparaissant au crédit du compte, il n'en demeure pas moins que la période de prévention des faits visés par l'enquête [...] est antérieure de plusieurs années aux dits retraits ; que la somme saisie n'apparaît pas nécessaire à la manifestation de la vérité ni clairement en relation directe avec les infractions ; que dans ces conditions, il y a lieu d'en ordonner la restitution ».

- **Ordonnance JLD Paris 26 avril 2019** : A propos de la saisie d'espèces (3.050 €) dans une affaire de blanchiment d'abus de confiance, le JLD retient que « *Attendu qu'il est établi lors de la saisie, Me X n'a versé aucun élément permettant d'attester de l'origine de cette somme ; que toutefois, elle s'est présentée à l'audience en présentant une note d'honoraires, établie par elle-même, mais sur lequel figure le nom de son client ; que ces informations sont donc vérifiables ; que la somme saisie n'apparaît en tout état de cause pas nécessaire à la manifestation de la vérité, ni clairement en relation directe avec les infractions, nonobstant les faits de blanchiment sur lesquels porte l'enquête* ».
- **Ordonnance JLD Paris 3 juillet 2019** : « *Attendu qu'il apparaît que les scellés 1 et 2 sont des notes d'honoraires entre les Conseils et leur client ; que les factures contenues dans les scellés 1 et 2 sont couvertes par le secret professionnel ; qu'elles ne manifestent pas l'indice de la participation des avocats à l'infraction objet de la poursuite ; qu'elles ne seront pas versées aux débats et restituées aux parties ; que le scellé 3 n'est pas requis par le Ministère public ; qu'il ne sera pas versé au dossier et reversé aux Conseils* ».
- **Ordonnance JLD Paris 22 juillet 2019** : « *Il faut rappeler que les honoraires d'un avocat sont soumis au régime des documents couverts par le secret professionnel, c'est dire que les sommes trouvées en l'espèce (10.000 €) ne peuvent être saisies que si elles sont en lien avec le blanchiment d'argent allégué ; en l'espèce, un tel lien n'est pas démontré, les sommes trouvées pouvant correspondre à des honoraires donnés par des clients, par ailleurs, Maître X fait valoir de façon pertinente qu'il pourrait justifier de la provenance des sommes si on lui en laissait le temps* ».
- **Ordonnance JLD Paris 10 décembre 2019** qui retient une solution nuancée s'agissant du devoir de conseil d'un avocat fiscaliste en matière de trust : « *Il faut considérer que la note d'honoraires même accompagnée d'un mémorandum n'est pas couverte par le secret professionnel ; elle ne reprend pas en effet des éléments qui auraient pu être confiés à l'avocat sous le coup du secret par un client ; la note d'honoraires ne met pas d'avantage en cause les conseils qui ont pu être donnés par l'avocat dans l'exercice des droits de la défense... ce scellé n'est pas couvert par le secret professionnel et... peut donc être saisi dès lors qu'il est utile à la manifestation de la vérité, ce qui est le cas en l'espèce puisqu'il permet de constater les relations, à tout le moins de conseil, existant entre Maître X et son client, gestionnaire important d'un trust* ».
- **Ordonnance JLD Paris 7 juillet 2020** : « *Attendu que le délégué du Bâtonnier s'est opposé à la saisie de ces éléments en faisant valoir notamment que les espèces en euros saisies correspondent à des honoraires, par principe couverts par le secret professionnel, comme mentionné aux réserves annexées au procès-verbal d'opposition à saisie, que la correspondance saisie est échangée entre un avocat tenu au secret professionnel et une journaliste protégée par le secret des sources ; Attendu qu'aux termes de l'article 66-5 alinéa 1 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 7 avril 1997, « 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 celle portant la mention officielle, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel [...] Attendu que Monsieur X a justifié à l'audience du 2 juillet 2020, au moins en partie, l'origine des espèces en euros, en indiquant qu'elles provenaient d'honoraires perçus au moment où il exerçait la profession d'avocat ; qu'il n'est pas démontré à ce stade que ces sommes ont un lien avec les faits qui lui sont reprochés ; qu'il convient de les restituer* ».

Jurisprudence de la Cour de cassation

- **Cass. Crim 14 janvier 2003 n°02-87062 :** « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, le 22 mai 2000, lors d'une perquisition effectuée au cabinet de Vincent Y..., les juges d'instruction ont saisi plusieurs documents, parmi lesquels, notamment, des "listings" relatifs à la comptabilité de ce cabinet entre 1992 et 1997 ; que Vincent Y... a demandé l'annulation de cette saisie, soutenant qu'en violation des articles 96 du Code de procédure pénale et 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, avaient été appréhendées des pièces étrangères à l'information et que le secret professionnel avait été méconnu ; Attendu que, pour écarter cette argumentation, la chambre de l'instruction énonce, notamment, que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale ; qu'elle relève que tel est le cas en l'espèce, l'information ayant pour objet de vérifier la réalité d'une "machination" qui aurait été conçue avec la participation de Vincent Y..., afin d'obtenir de la société Lagardère qu'elle accepte, par une transaction, le versement d'une importante somme d'argent en réparation d'un préjudice imaginaire, allégué par cet avocat devant la Commission des opérations de bourse, le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris au nom de la société GPSC, de la société Calpers et, prétendument, des "petits actionnaires français" de la société Matra ; Sue les juges retiennent que la saisie des éléments comptables précités était nécessaire pour comparer la liste exhaustive des clients du cabinet de Vincent Y... avec celle de ses prétendus mandants dans les actions en justice précitées ; Attendu qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte que la saisie effectuée, en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, était limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».
- **Cass. Civ. 1^{ère} 13 mars 2008 N°05-11314 :** « Le secret professionnel, qui couvre la convention d'honoraires et les facturations y afférentes intervenues entre un comité d'établissement et une société civile professionnelle d'avocats, n'est pas opposable à la présidente de ce comité d'établissement qui, en tant que membre, a accès aux documents et pièces de cet organe représentatif ».
- **Cass. Com. 6 décembre 2016 N°15-14554 :** « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales ; Attendu que pour confirmer la saisie des factures d'honoraires d'avocat, le premier président retient qu'il s'agit de pièces comptables devant être émises par tout prestataire de services ; Qu'en statuant ainsi alors que les demandeurs faisaient valoir que ces factures étaient jointes à une correspondance d'avocat, de sorte qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel de ce dernier sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes, le premier président a violé les textes susvisés ; PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'elle déclare irrecevables les recours de MM. Y... et Eric X... contre le déroulement des opérations au Plessis-Robinson et en ce qu'elle confirme la saisie de factures d'honoraires d'avocat jointes à une correspondance de ce dernier ainsi qu'en ce qu'elle condamne MM. Y... et Eric X... aux dépens et à paiement sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'ordonnance rendue le 19 février 2015, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Versailles ; Remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le premier président de la cour d'appel de Paris ».

5. LA SAISIE D'ÉLÉMENTS CONFIDENTIELS EST PAR NATURE IRRÉGULIÈRE :

L'obligation d'instruire ou d'enquêter « à charge et à décharge » ne peut avoir sa place lors d'une saisie chez un avocat d'éléments confidentiels, qui intervient toujours à charge, le secret professionnel de l'avocat ne pouvant être évincé que contre la démonstration effective d'indices préexistants de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Dès lors, toute saisie d'éléments confidentiels s'effectuant par nature à charge, est intrinsèquement entachée d'« irrégularité » au sens des dispositions de l'article 56-1 du CPP et oblige le bâtonnier ou son délégué à une contestation qu'il appartiendra au JLD de trancher.

[Comparer avec Crim 26 avril 2017, n°16-86.840 : « Vu l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles préliminaires et 81 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge d'instruction doit effectuer tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité en veillant à l'équilibre des droits des parties et au caractère équitable de la procédure **et en instruisant, de façon impartiale, à charge et à décharge...**

Mais attendu que... alors que la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction ne visait **qu'à établir les seuls éléments à charge** des infractions poursuivies, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé »].

Par ordonnance du 23 mars 2018, le JLD de Paris a jugé que les pièces couvertes par le secret « ne comportent en outre intrinsèquement aucun indice d'implication de l'avocat dans le délit de ... et constitueraient plutôt des éléments à décharge, que, dès lors, l'ensemble de ces pièces sous scellés, couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X... ».

6. LE RÔLE DU JLD :

6.1. Le respect du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « 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** ».

Également, par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88021), la Chambre criminelle a jugé : « Vu l'article 56-1 du code de procédure pénale ; 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 ».

Il est rappelé que « *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* » si bien que « *l'irrégularité* » dénoncée par le délégué du Bâtonnier doit être tranchée par le JLD qui devient par définition le juge de la « *régularité* » ou de « *l'irrégularité* » - à ne pas confondre avec la « *nullité* » de la saisie pratiquée dont le contentieux ressort théoriquement de la compétence de la chambre de l'instruction alors que le contentieux de la « *régularité* » ressort en cette matière spécifique de la compétence du JLD.

Par ordonnance du 16 octobre 2017, le JLD de Senlis a jugé qu'il lui appartient « *dans l'exercice de son contrôle de s'interroger sur la proportionnalité de la perquisition et des saisies réalisées au regard de l'atteinte portée au secret professionnel et de se prononcer sur l'utilité des éléments saisis à la manifestation de la vérité* ».

Également, par ordonnance du 30 octobre 2018, le JLD de Paris a jugé par l'appréciation des éléments à l'origine de la perquisition « *qu'il [l'élément saisi] ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet, que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée* ».

L'irrégularité doit s'entendre du non-respect du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense.

Par exemple, par ordonnance du 22 mars 2016, le JLD Bobigny a restitué des espèces saisies (2.810 €) et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif du non-respect de la procédure de l'article 56-1 du CPP en ce que la perquisition a débuté « *en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris* ».

En effet, la sanction de « *l'irrégularité* » par le JLD consiste en **la restitution** à l'avocat des pièces, objets ou éléments irrégulièrement saisis.

La décision du JLD de ne pas restituer un élément irrégulièrement saisi serait sanctionné par la nullité de la perquisition par la Chambre de l'Instruction.

Ainsi, lorsque le Bâtonnier conteste, le contentieux de la régularité des saisies s'opère de deux manières, devant le JLD par **la restitution** des pièces irrégulièrement saisies et, à défaut, par la Chambre de l'Instruction par **l'annulation** de la saisie si la procédure le permet.

6.2. La faculté de désignation de l'expert par le seul JLD à l'exclusion du magistrat saisissant en cas de saisie informatique :

Qu'en ce qui concerne la saisie de données dématérialisées effectuée de manière globale, qui emporte nécessairement la saisie d'éléments étrangers à l'infraction poursuivie qui est à l'origine de la perquisition, la contestation s'impose et pourra conduire le juge des libertés et de la détention qui en a seul la faculté à l'exclusion du juge saisissant :

- Ou bien à restituer les éléments saisis : Par ordonnance en date du 25 juin 2018, le JLD de BAR LE DUC a jugé que « *le juge des libertés et de la détention ne peut, comme le prévoit l'article 56-1 précité, qu'ordonner la restitution des documents saisis ou leur versement immédiat en procédure. S'il lui est loisible d'ordonner une mesure d'expertise pour faire extraire le contenu des éléments informatiques saisis et de différer sa décision à une date ultérieure, en l'espèce, au regard de la violation*

cumulée des principes de libre exercice de la profession d'avocat, violation qui a pris naissance depuis la perquisition et que le juge des libertés et de la détention ne saurait faire perdurer, de respect du secret professionnel et de celui des droits de la défense, il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise ».

- Ou bien à désigner un expert en informatique afin que, à partir de mots-clés contradictoirement débattus, il trie et sélectionne les éléments informatiques directement en rapport avec l'objet de la perquisition [Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021], en assurant une impression sur support papier des seuls éléments en rapport avec les mots clés adoptés, sans donner d'avis, et en prenant soin d'assurer une restitution immédiate des objets informatiques et électroniques saisis après en avoir effectué sans délai à partir de sa désignation une copie (de travail) préalable de leur contenu pour les besoins de l'expertise.

Il est exclu que soient versés en procédure des documents présents sur les supports informatiques et qui n'auraient pas fait l'objet de l'extraction ciblée par l'expert dans la mesure où par hypothèse ces documents sont potentiellement couverts par le secret professionnel et /ou étrangers à l'information conduite par le magistrat instructeur (Ordonnance du JLD de RENNES du 8 mars 2013).

6.3. La prohibition de la saisie informatique indifférenciée

Par ordonnance du 25 juin 2018, le JLD a jugé que 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 :

« Il découle de l'article 56-1 que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptible d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale, dès lors que la saisie est en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite et est limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité.

Le juge des libertés et de la détention se doit de rechercher si la saisie de données informatiques ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense.

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de mise sous scellé que la saisie au domicile de Maître X porte exclusivement sur des données informatiques qui n'ont pas été copiées, ni a fortiori exploitées dans le cadre de la perquisition. Ainsi, le contenu de ce matériel et la nature des documents qu'il recèle sont ignorés tant du juge d'instruction que du juge des libertés et de la détention.

Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'ensemble du matériel informatique présent au domicile a été saisi sans distinction, alors même qu'il est indiqué que ce n'est pas en sa qualité d'avocat que le domicile de Maître X a été perquisitionné. Cependant, il n'existe commencement de preuve que le matériel saisi ne servirait pas à l'exercice de la profession d'avocat mais uniquement à des fins personnelles, en dépit des déclarations de Maître X dont on ne peut que souligner qu'elles ne sont contredites par aucun élément du dossier.

Il en découle que cette saisie indistincte de l'ensemble du matériel informatique utilisé par un avocat dans le cadre de son activité professionnelle, sans que soit rapportée la preuve à ce stade qu'il est susceptible de contenir des éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, infractions qui datent au demeurant (...), porte une atteinte injustifiée et démesurée au libre exercice de la profession d'avocat.

En outre, il ne peut qu'être souligné que la saisie doit être limitée aux seuls et uniques éléments, y compris couverts par le secret professionnel, en lien direct avec les infractions objets de la procédure. En l'espèce, le juge des libertés et de la détention est dans l'incapacité de veiller au respect du secret professionnel à ce stade de la

procédure et au cantonnement de la saisie aux éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, à supposer même qu'ils existent. Au surplus, la perquisition pratiquée dans le cabinet ou au domicile de l'avocat ne saurait entraîner la saisie des pièces déposées chez l'avocat, en sa qualité, par une partie qui lui a confié sa défense, y compris de manière dématérialisée.

En effet, le droit de saisie rencontre une limite dans le droit supérieur de la défense, qui commande d'affranchir de toute entrave les communications des mis en cause avec leurs conseils. En l'espèce, il importe de veiller au respect des communications confidentielles de l'avocat avec ses clients, ce que ne permet pas la saisie litigieuse [...]. La restitution immédiate de l'intégralité des scellés sera ordonnée ».

6.4. L'hypothèse de l'excès de pouvoir

« La décision du juge des libertés et de la détention statuant sur la contestation de la saisie d'un document, effectuée lors de la perquisition au cabinet d'un avocat est insusceptible de recours, selon l'article 56-1 du code de procédure pénale.

Cependant, la Chambre criminelle admet la recevabilité du pourvoi en cassation contre une telle décision, en cas d'excès de pouvoir du juge des libertés et de la détention (Crim. 8 août 2007, n°07-84.252, Bul. n°188).

Dans l'affaire ayant donné lieu au prononcé de cet arrêt, le juge des libertés et de la détention, saisi d'une contestation de la saisie d'un ordinateur portable, avait déclaré cette contestation irrecevable, au motif qu'elle ne portait pas sur la saisie d'un document et sa décision avait été annulée, au motif que le juge des libertés devait rechercher si la saisie de données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Il a été jugé par la Cour de cassation : « qu'aucun principe ni aucune disposition légale ne fait obstacle » à ce que le juge des libertés et de la détention, appelé à statuer sur l'opposition à la saisie d'un document dans le cabinet d'un avocat, appartienne à la même juridiction que le juge d'instruction qui a procédé à la perquisition et à la saisie litigieuse (Crim. 22 juin 2005, n°05-82.759, Bul. n°190).

En l'absence d'excès de pouvoir, le pourvoi contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention rejetant la contestation de la saisie est irrecevable (même arrêt). Au-delà de ces deux décisions très isolées, portant sur des pourvois contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention, l'essentiel de la jurisprudence relative au régime des perquisitions dans les cabinets d'avocats provient d'arrêts rendus par la Cour de cassation sur des pourvois formés contre des arrêts de chambres de l'instruction.

Il appartiendra à la Cour de cassation d'en tirer les conséquences sur l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, et de déterminer s'il a commis un excès de pouvoir en validant la saisie de documents, effectuée dans un cabinet d'avocat, lors d'une perquisition ordonnée par une décision présentant ces lacunes ».

7. L'ABSENCE DE CONDITION DE NÉCESSITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ :

En l'espèce, la perquisition entreprise n'est pas nécessaire. Elle est disproportionnée et non nécessaire par rapport au but visé et contraire à l'article 8 de la CEDH.

Le Bâtonnier ou son délégué

Le vice-Bâtonnier ou son délégué

NOTES

NOTES



© Conseil national des barreaux
3^e édition | Octobre 2020
Etablissement d'utilité publique
Art. 21-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971
modifiée

180, Bd Haussmann - 75008 Paris
Tél. 01 53 30 85 60 - Fax. 01 53 30 85 62
www.cnb.avocat.fr
ldh@cnb.avocat.fr - cnb@cnb.avocat.fr

**Ce document à destination exclusive des avocats
a été élaboré par la commission Libertés
et droits de l'Homme du CNB**

Il ne doit en aucun cas faire l'objet d'une diffusion ou d'une rediffusion en dehors du strict cadre de la profession. À ce titre, sa reproduction et sa réutilisation ne sont autorisées sans accord préalable qu'aux avocats et pour un usage lié à leur activité professionnelle. Toute autre diffusion ou réutilisation est soumise à autorisation préalable du Conseil national des barreaux qui en conserve tous les droits de propriété intellectuelle. Elle reste dans tous les cas subordonnée au respect de l'intégrité de l'information et des données et à la mention précise des sources.
