

définition du lanceur d'alerte. Si les avocats ne doivent pas se faire les complices de la commission d'infractions, ils devront cependant pallier ces atteintes au secret professionnel en étant particulièrement précautionneux et prudents.

Il est regrettable de constater que le législateur a contraint les avocats à mettre en œuvre de plus en plus souvent des méthodes de chiffrement de leurs conversations ou à utiliser des messageries dédiées pour garantir la confidentialité de leurs échanges avec leurs clients.

# Règles pratiques essentielles de la contestation d'une perquisition chez l'avocat

## Le bâtonnier ou son délégué protecteur impénitent des droits de la défense : *bis repetita placent*



**L**a contestation d'une saisie en perquisition, toujours et nécessairement systématique à peine de parjure et de disgrâce, n'est jamais formée par le Bâtonnier ou son délégué de manière désordonnée, voire désemparée, pour la protection de n'importe quel prétendu débordement à caractère professionnel. Elle procède devant le juge des libertés et de la détention (JLD) de l'exercice réfléchi et scrupuleux des droits de la défense comme en matière de défense pénale pure et dure – elle existe ! – et précisément de l'invocation du non-respect des règles de procédure en perquisition pour le respect du secret professionnel, qui ne peut plus être protégé en tant que tel parce qu'il serait simplement le secret et procéderait du sacré.

La présence de l'avocat de la défense lors de la perquisition et lors de l'audience du JLD s'impose, le but étant, avec les avocats de la défense choisis, de transformer cette audience consacrée à la contestation du Bâtonnier, en contestation généralisée de l'ensemble des griefs formulés contre l'avocat perquisitionné tant il est vrai que l'avocat de la défense, qu'il soit délégué du Bâtonnier ou non, est un nettoyeur incandescent de crasse procédurale, de crasse judiciaire ainsi qu'un porteur de deuil, le deuil de la cause qu'il

défend jusqu'à parfois se mettre en risque, en danger lui-même, non sans héroïsme. Et c'est cette mise en cause à raison de la défense (!) que le Bâtonnier, ne craignant pas de prendre sérieusement à partie, le cas échéant, le magistrat<sup>1</sup>, devra contester de toutes ses forces par l'exercice rebelle des droits de la défense pour la défense de l'avocat. Le thème du présent article concernera ainsi quelques règles essentielles de la méthode pratique de contestation d'une perquisition chez l'avocat<sup>2</sup>.

Par définition, le secret, autant devoir que droit, est destiné à être violé par son détenteur même, malheureusement, sauf à de rares exceptions, jamais rompu à l'exercice du silence qui est une force sans laquelle par définition le secret n'est rien sinon la marque d'une trahison. La protection du secret, loin d'être une forteresse inexpugnable, passe nécessairement par une contestation de la procédure de saisie par le Bâtonnier ou son délégué faute de pouvoir se défendre par elle-même. Le Bâtonnier ou son délégué agit en contestation de perquisition dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargé de la protection des droits de la défense<sup>3</sup>, ce que juge la chambre criminelle et ce que prévoit l'article 56, alinéa 3, du code de procédure pénale à propos de l'officier de police judiciaire, et



Par

**Vincent Nioré**  
Avocat à la Cour

<sup>1</sup> Étant précisé qu'une perquisition n'a rien à voir avec une cérémonie mondaine à caractère protocolaire.

<sup>2</sup> Il est exclu ici de se lamenter sur la disparition irréversible du secret professionnel que ce soit en matière de défense pénale et/ou en matière de conseil du fait de l'autorité judiciaire ou encore en toutes matières mercantiles à caractère spéculatif et financier auxquelles s'étend pompeusement et de manière dévoyée la profession d'avocat, lesquelles, il est vrai, sur un plan historique et statutaire, lui sont fondamentalement étrangères, voire déléguées.

<sup>3</sup> Crim. 8 janv. 2013, n° 12-90.063 ; Crim. 9 févr. 2016, n° 15-85.063.

l'article 96, alinéa 3, du même code s'agissant du juge d'instruction.

Par un arrêt du 25 juin 2013<sup>4</sup>, la chambre criminelle retient ainsi 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 ».

Le texte de l'article 56-1 du code de procédure pénale institue la présence du Bâtonnier susceptible de contester une saisie « irrégulière » chez l'avocat y compris chez celui investi d'une qualité d'arbitre et dès lors « exerçant des fonctions juridictionnelles » au sens des dispositions de l'article 56-5 du même code de création récente et qui prévoient ainsi

la présence du premier président de la cour d'appel ou de la Cour de cassation ou de son délégué lorsque la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré est envisagée.

Dans ce cas, à notre avis, les présences cumulées du délégué du Bâtonnier et du premier président s'exerceront de manière concurrente et non exclusive pour les contestations compte tenu de l'inévitable confusion des qualités d'avocat et d'arbitre en pratique et surtout pour contrecarrer l'inertie complaisante à l'égard de la poursuite, de l'un au détriment de l'autre. Il est vrai que le JLD de Paris, par une ordonnance du 4 juillet 2018, a réservé cette contestation de la saisie des éléments relatifs au secret du délibéré au seul délégué du premier président. Il n'avait d'ailleurs rien contesté en déclarant la contestation du délégué du Bâtonnier irrecevable sur ce seul point de la contestation des saisies des pièces relatives au secret des arbitres.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le texte de l'article 56-1 du

code de procédure pénale 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 et des libertés fondamentales qui prévoient le droit à un « recours effectif ». En effet, cet article matérialise une pénétration féroce, une invasion brutale dans la sphère de l'intimité privée et professionnelle vécues dans la quiétude et l'insouciance avec la certitude de l'inviolabilité, la croyance de l'avocat d'être mithridatisé contre l'intrusion et que rien ne peut lui arriver, une ingérence au sens où l'entend la jurisprudence de la CEDH au visa de l'article 8 de la Convention. Une perquisition ne peut être pratiquée que par un magistrat. Faut-il discuter sa qualité d'autorité judiciaire au sens de la jurisprudence de la CEDH ?

En pratique, il s'agit d'un juge d'instruction ou d'un représentant du parquet. L'essentiel pour le délégué du bâtonnier est de contester par principe toute saisie en totalité ou au moins partiellement quel que soit le statut du magistrat du parquet autorité judiciaire indépendante ou non au sens constitutionnel ou au sens de la CEDH, qu'il s'agisse d'une perquisition avec ou sans assentiment au sens des dispositions de l'article 74, alinéa 4 du Code de procédure pénale.

S'agissant de l'avocat perquisitionné, qui évidemment en aucun cas ne saurait s'auto-incriminer ou être perçu comme tel à peine de nullité, conformément à la jurisprudence de la CEDH *Da Silveira*, tout avocat de l'Union européenne présent sur le territoire national doit bénéficier de la présence du Bâtonnier même s'il n'est pas inscrit au Barreau du lieu de la perquisition. Également, la présence du Bâtonnier s'impose quel que soit le statut de l'avocat en exercice ou non si bien qu'il suffit d'avoir été avocat pour en bénéficier car le secret professionnel demeure illimité à propos des dossiers archivés. Bénéficiaire donc de cette protection les avocats omis, radiés, suspendus, honoraires, en liquidation judiciaire.

Les réserves du Bâtonnier concerneront « l'irrégularité » des saisies pratiquées par le magistrat instructeur ou le parquet. Nous pourrions les résumer autour de quelques grandes lignes directrices en complément de celles figurant au guide de la contestation édité par

<sup>4</sup> Crim. 25 juin 2013, n° 12-88.021.

le Conseil national des barreaux (CNB) et disponible sur son site.

## LA SAISIE D'ÉLÉMENTS CONFIDENTIELS EST PAR NATURE IRRÉGULIÈRE

Le magistrat ne peut saisir qu'à charge. Il ne peut jamais saisir à décharge à propos du secret professionnel. 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.

Le JLD de Paris a jugé le 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 ». 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 code de procédure pénale et oblige le bâtonnier ou son délégué à une contestation qu'il appartiendra au JLD de trancher<sup>5</sup>. En application de cette jurisprudence, 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 M<sup>e</sup> X... ».

Sur le plan conventionnel, la CEDH, dans l'arrêt *Aliyev c/ Azerbaïdjan* du 20 septembre 2018<sup>6</sup>, vient de condamner 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. La Cour y 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 ». Elle y « 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 [au requérant]. Il n'apparaît [ainsi] pas que le tribunal se soit assuré de l'existence de raisons plausibles de soupçonner [ce dernier] ni de la possibilité de trouver des éléments de preuve pertinents à son bureau ou à son domicile ». Dès lors, elle juge que, « 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 » et conclut à la violation de cette disposition.

Cette décision doit être systématiquement invoquée d'autant qu'elle s'inscrit dans le sillage de la solution retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, à propos d'une perquisition dans ses murs concernant ses magistrats et relative au secret du délibéré, a jugé, en cassant l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant refusé d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et de son projet, « qu'il n'existait aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction »<sup>7</sup>. Ainsi, elle a estimé, par application du principe de nécessité et de proportionnalité, que les magistrats saisissants 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.

## L'ACCÈS AU DOSSIER PÉNAL PAR LE BÂTONNIER OU SON DÉLÉGUÉ

Il est arrivé qu'un JLD autorise une telle consultation qui n'est ni interdite ni prévue par les textes. En l'état, le JLD se fait

*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 code de procédure pénale.*

<sup>5</sup> Comp. Crim. 26 avr. 2017, n° 16-86.840 : « 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 [...] ».

<sup>6</sup> CEDH, 20 sept. 2018, n° 68762/14 et 71200/14, *Aliyev c/ Azerbaïdjan*. En ce sens CEDH 4 oct. 2018, n° 30958/13, *Leostakos contre Grèce*, § 48, « 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 ».

<sup>7</sup> Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.207.

communiquer en vue de son audience le dossier pénal auquel il a accès comme le juge d'instruction et le parquet. À vérifier sur place la présence du dossier par le délégué car, en l'absence du dossier, l'audience se déroule de manière illicite en contravention avec les règles de l'article 56-1 du code de procédure pénale, ce qu'il convient de faire noter au procès-verbal des débats par le greffier d'audience.

Cette absence de communication du dossier au JLD pour son audience 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, comme l'a jugé le JLD de Paris le 9 octobre 2014 en restituant sur le champ à un bâ-

tonnier en exercice ses deux téléphones portables saisis en perquisition dans un dossier qualifié de terrorisme.

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. Le délégué du Bâtonnier se heurte en fait à l'impossibilité d'apprécier l'existence ou non des indices lorsqu'ils sont mentionnés à la décision de perquisition, 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 papier 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. Quand bien même il y aurait accès, sa consultation renforcerait de plus fort la contestation.

## L'IRRÉGULARITÉ DE LA VISITE DOMICILIAIRE DÈS LE PLACEMENT EN GARDE À VUE AU DOMICILE DE L'AVOCAT

Il apparaît parfois en pratique que la perquisition débute dès l'arrivée des enquêteurs par le placement de l'avocat en garde à vue hors la présence du magistrat instructeur et du délégué du Bâtonnier en violation flagrante des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale. La visite domiciliaire commencée dès la garde à vue 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 »<sup>8</sup>.

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 code de procédure pénale, 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 enquêteurs ont forcé la porte du domicile de Maître X... à 6 h 05 du matin [...] et ont donc dès lors [...] débuté la perquisition à son domicile à cette heure [...] 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 ».

Si la visite domiciliaire a débuté hors la présence du magistrat instructeur et du délégué du Bâtonnier qui n'en était pas informé alors qu'elle avait pour but à travers la saisie des éléments informatiques et électroniques de l'avocat d'y constater les indices prétendus de la commission de telle infraction supposée, de ce seul chef, la restitution des éléments irrégulièrement saisis sera ordonnée.

<sup>8</sup> Crim. 3 juin 1991, n° 90-81.435.

## LES CONTOURS DES NOTIONS DE CABINET ET DE DOMICILE

Doivent être précisées les notions de cabinet et de domicile sur un plan matériel et dématérialisé.

Sur un plan matériel, le domicile en droit pénal se définit comme le lieu où une personne a son principal établissement ou le lieu dans lequel elle a le droit de se dire chez elle. Y sont assimilées les dépendances et annexes situées à proximité. La chambre criminelle juge qu'un coffre situé dans une banque n'est pas un domicile. Or, en pratique, sont perquisitionnés le domicile personnel et tout local y ressemblant, le coffre-fort situé dans une banque, la cabane de jardin, le véhicule, la motocyclette, la chambre d'hôtel, un bateau, etc. Il faut donc exiger que la présence du Bâtonnier s'impose pour la perquisition au domicile et dans tout lieu ou bien meuble portant le nom d'un avocat par location ou propriété, occupé ou non etc., qu'il constitue ou non un domicile sur le plan juridique *stricto sensu*.

Sur un plan matériel à propos du cabinet, il faut tenir compte de la domiciliation. Les avocats entreposent leurs dossiers à leur domicile et louent un bureau de manière occasionnelle. Se pose la question du local d'archives. Il faut donc adjoindre au mot cabinet, tous lieux d'exercice de fait de la profession d'avocat ou de stockage des dossiers. Dans tous ces cas, s'impose la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

Sur un plan dématérialisé, se pose la question du *cloud*, des ordinateurs portables, des tablettes, clés USB, des disques externes et des téléphones portables, etc. Il faut développer l'idée du cabinet d'avocat dématérialisé, c'est-à-dire le lieu de circulation et/ou de stockage d'une information confidentielle dans un téléphone portable, un ordinateur portable, une tablette pour citer les exemples les plus récurrents. La consultation de l'un ou l'autre de ces objets, en dehors du domicile ou du cabinet d'avocat, sur la demande d'un magistrat par exemple à son cabinet, doit obéir au régime de l'article 56-1 du code de procédure pénale.

Certes s'agissant de l'ordinateur fixe, il sera perquisitionné au cabinet ou au domicile. Il faut donc prévoir une formule générale de contestation selon laquelle le magistrat qui convoque à son cabinet de magistrat un avocat pour l'entendre comme témoin, consulter son téléphone portable ou ordinateur portable en présence d'un expert, doit respecter les

règles de l'article 56-1 du code de procédure pénale par la présence aux côtés du confrère convoqué du Bâtonnier contestataire.

En pratique, ces situations ne posent aucune difficulté car les magistrats sont en principe soucieux de sécuriser leur procédure en cette matière. En revanche, s'agissant du *cloud*, nous ne disposons d'aucun cas concret. Il faut donc prévoir que pour la consultation ou la perquisition à distance d'un lieu de stockage de données informatiques, la présence du Bâtonnier ou d'un délégué aux côtés du magistrat s'impose en présence du confrère ou de son représentant.

Enfin, il nous faut sur ce point citer la décision du Conseil constitutionnel n° 2018-693 du 30 mars 2018 qui retient que les dispositions de l'article 434-15-2 du code pénal sont conformes à la Constitution en leur premier alinéa qui sanctionne d'une peine de trois ans d'emprisonnement notamment le fait pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé dans le cadre de la commission d'une infraction, de refuser de la délivrer ou de la mettre en œuvre.

## LE RÔLE DU JLD

### *La loyauté et la régularité de la procédure*

Il doit être précisé s'agissant du JLD qu'il est le juge de la loyauté et de la régularité de la procédure de perquisition et de saisie.

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

*Il faut prévoir que pour la consultation ou la perquisition à distance d'un lieu de stockage de données informatiques, la présence du Bâtonnier ou d'un délégué aux côtés du magistrat s'impose en présence du confrère ou de son représentant.*

*Le magistrat instructeur ne peut procéder à une saisie indifférenciée en perquisition sans prendre le soin d'intégrer des mots-clés dans les objets et éléments informatiques afin d'en assurer une sélection.*

secret professionnel et de se prononcer sur l'utilité des éléments saisis à la manifestation de la vérité ». En effet, si le Bâtonnier conteste parce qu'il estime que la saisie est irrégulière, le JLD est donc le juge de la régularité et non pas de la nullité nonobstant le fait que les deux notions se confondent par leur objet ; elles diffèrent en effet par leur date de survenance dans le temps. Par exemple, le JLD veille en effet à ce que les enquêteurs n'aient pas pénétré dans le domicile avant l'arrivée du magistrat et du Bâtonnier ou à ce que le magistrat n'ait pas saisi hors saisine. Il doit être exigé en outre que le JLD examine dans chaque pièce de manière intrinsèque l'existence ou non de l'indice de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

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. En effet, la sanction de « l'irrégularité » par le JLD consiste en la restitution à l'avocat des pièces, objets ou éléments confidentiels ou non irrégulièrement saisis. La décision du JLD de ne pas restituer un élément irrégulièrement saisi serait sanctionnée plus tard 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.

Par ordonnance du 25 juin 2018, le JLD de Barle-Duc a jugé que « 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 » et a restitué à un avocat l'intégralité des objets informatiques irrégulièrement saisis par un juge d'instruction chez lui de manière indifférenciée et en violation du libre fonctionnement du cabinet validant la contestation du délégué du Bâtonnier.

**La sanction de l'atteinte flagrante au libre fonctionnement du cabinet d'avocat**

Dans le prolongement de ses réserves mentionnées au procès-verbal de scellés distinct, le Bâtonnier demandera au JLD de restituer l'intégralité des objets et éléments saisis en violation des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale, lesquelles prévoient en leur alinéa 2 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 »<sup>9</sup>.

La saisie globale pratiquée a pour conséquence de déposséder l'avocat de l'intégralité de son cabinet se trouvant ainsi dans l'impossibilité de poursuivre l'exercice de sa profession d'avocat en violation des dispositions précitées dont le non-respect est sanctionné par la nullité ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article 59, alinéa 2, du code de procédure pénale.

**L'illicéité de la saisie globale**

En outre, le magistrat instructeur ne peut procéder à une saisie indifférenciée en perquisition sans prendre le soin d'intégrer des mots-clés dans les objets et éléments informatiques afin d'en assurer une sélection qui doit être copiée sur un support informatique lui-même soumis à la contestation du Bâtonnier. En effet, les dispositions du premier alinéa de l'article 56-1 du code de procédure pénale prévoient que : « 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 ».

Il ressort donc de cette disposition doublement à peine de nullité<sup>10</sup> que la saisie ne peut être indifférenciée et doit être strictement limitée à l'infraction ou aux seules infractions poursuivies décrites dans la décision de perquisition. Le magistrat qui a procédé, sans même prendre le temps d'investiguer par l'introduction de mots-clés, à une saisie globale sur place des objets et éléments informatiques et électroniques irrégulièrement saisis, prend le risque d'une irrégularité et potentiellement d'une nullité.

<sup>9</sup> V. not. Crim. 25 juin 2013, n° 12-88.021, jugeant qu'il résulte de l'article 56-1 du code de procédure pénale « 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 ».

<sup>10</sup> C. pr. pén., art. 56-1, al. 1<sup>er</sup>, et 59, al. 2.

### L'expertise informatique

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 JLD, qui en a seul la faculté à l'exclusion du juge saisissant :

- ou bien à restituer les éléments saisis ; par ordonnance 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<sup>11</sup>, 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<sup>12</sup>.

Dans l'hypothèse de la contestation d'une saisie d'éléments informatiques, c'est au JLD que revient la décision de désigner un expert en informatique lors de l'audience dont la mission sera établie à partir de mots-clés contradictoirement débattus et sans que l'expert reçoive mission de donner un avis juridique. Cette solution a été consacrée par l'arrêt de la chambre criminelle précité du 25 juin 2013. Si la saisie devait révéler lors de l'audience du JLD des pièces rédigées en langue étrangère, l'examen total des pièces

saisies devrait faire l'objet d'un renvoi jusqu'à traduction. Même remarque dans l'hypothèse d'une saisie de documents papier et d'une saisie informatique qui nécessite le recours à un expert, l'examen de l'ensemble des éléments saisis y compris papier devant être renvoyés par le JLD au dépôt du rapport de l'expert.

Lors de l'audience de désignation d'un expert informatique, le JLD doit permettre aux parties et au Bâtonnier de pouvoir consulter avant l'audience de renvoi le rapport de l'expert au greffe du JLD.

### Conséquence de la décision de restitution du JLD

Pour 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 lesdites pièces sont couvertes par le secret professionnel d'ordre public et ne peuvent plus servir de fondement à une quelconque poursuite.

## ÉPILOGUE

En pratique, la profession d'avocat ne se développe sur un plan économique que par l'inéluctable renonciation à ses principes fondateurs nonobstant les déclarations indignées de celles et ceux qui prétendent la défendre et qui doivent apprendre à vivre avec les inquiétudes de leur temps. Le secret professionnel est affaire de proportion ou plutôt de dosage subtil entre recherche de l'appât effréné du gain – fût-elle illusoire – et respect de l'objet même du sacerdoce de l'avocat confident naturel du justiciable.

La *compliance*, évidente sœur jumelle relookée de la transparence et de la délation, n'a évidemment pas sa place dans la mission originelle de l'avocat sinon par une dépravation de l'essence de son

*Le secret professionnel est affaire de proportion ou plutôt de dosage subtil entre recherche de l'appât effréné du gain – fût-elle illusoire – et respect de l'objet même du sacerdoce de l'avocat confident naturel du justiciable.*

<sup>11</sup> Crim. 25 juin 2013, n° 12-88.021, préc.

<sup>12</sup> Rennes, ord. JLD, 8 mars 2013.

rôle par l'adoption d'un nouveau genre, celui d'enquêteur-récolteur-incubateur d'informations à négocier avec la poursuite qui, contrairement à sa vocation naturelle d'enquêter sans fin, trouve à contrecœur sa limite par le *deal* de justice importé servilement de l'hégémonisme culturel anglo-saxon également concepteur des vertigineuses bulles spéculatives à haut risque et rendement gravement désastreux à tous égards.

Aussi, n'en déplaise à ses thuriféraires, la *compliance* devient-elle en fait à la fois la meilleure alliée et le pire ennemi sur un plan objectif du phénomène de corruption générale qu'elle fustige inlassablement d'un côté tout en étant incapable de l'éradiquer de l'autre ; cette disposition naturelle pulsionnelle de l'*homo business* étant en

effet indissolublement enracinée à la fois dans un exercice humain, trop humain de la culture des affaires – terme à connotation aussi péjorative qu'exécration –, dans un pitoyable réflexe hystérique de survie et dans un désir insatiable d'hypertrophie financière.

C'est dans un univers chaotique, voire dramatique, que le Bâtonnier ou son délégué doit faire respecter autant que faire se peut l'exercice des droits de la défense pour la légitime préservation du secret, précisément de la confiance reçue du justiciable qui chaque jour nous livre sa part d'ombre que nous soumettons comme un devoir impérieux, à peine de poursuites, à l'inexorable loi du silence, notre noble *omerta* positive et d'ordre public qui est notre éternité.

## Le secret professionnel et les enquêtes internationales



Par

**Constantin  
Achillas**

Associé Bryan  
Cave Leighton  
Paisner

et

**David Père**  
Counsel Bryan Cave  
Leighton Paisner

**L**e développement rapide au cours des quinze dernières années de l'extranéité des dispositifs pénaux mise en place dans de nombreux pays et tout particulièrement aux États-Unis où le département de la Justice a intensifié ses poursuites contre nombre d'entreprises étrangères depuis la fin des années 1990, au Royaume-Uni depuis cinq ans sur la base de l'*Anti-Bribery Act* et en France très récemment avec la loi Sapin II mais également avec la poursuite parallèle des actes de terrorisme et des atteintes aux droits de l'homme, a changé la donne pour les entreprises et notamment pour celles qui sont mondialisées.

Ces phénomènes ont non seulement provoqué chez les acteurs économiques une prise de conscience que le risque pénal, sur l'entreprise et ses dirigeants, n'était plus circonscrit géographiquement comme jadis, mais aussi que la circulation et la fluidité de l'information au sein notamment des grands groupes internationaux – un atout majeur dans la compétition internationale – peut aussi s'avérer une vulnérabilité lorsque l'entreprise fait l'objet de visites et

d'enquêtes diligentées par les forces de police ou les autorités judiciaires pour lesquelles l'accès à l'information « brute » (fichiers papier, serveurs, etc.), c'est-à-dire non pré-traitée par l'entreprise et ses conseils lorsqu'ils disposent de temps pour répondre à des demandes de communication, constitue bien souvent l'occasion de rassembler des éléments déterminants pour justifier les poursuites. Figurent notamment en bonne place dans ces « prises de guerre », les rapports d'enquêtes internes concernant les faits suspectés qui peuvent ainsi, paradoxalement, devenir des pièces à charge contre les dirigeants alors qu'ils documentent généralement des initiatives prises par le *management* précisément pour identifier et mettre fin à des agissements révélés.

### LA QUESTION DE LA BONNE GESTION DES ENQUÊTES

Se pose ainsi la question de la bonne gestion des enquêtes dans la phase initiale de découverte de