



## SECRET PROFESSIONNEL

# Perquisitions administratives : le juge des libertés et de la détention, ectoplasme ou garant effectif du secret professionnel de l'avocat et des droits de la défense ?

Par

**Vincent Nioré**  
*Coordinateur  
des délégués du  
bâtonnier de Paris  
aux contestations  
des perquisitions  
Membre du Conseil  
national des  
barreaux*

Encourt la critique par l'étroitesse de sa motivation, l'arrêt rendu le 6 août 2014 par la chambre criminelle de la Cour de cassation (n° 14-81204) qui a jugé que n'était pas sérieuse la QPC portée à propos de la constitutionnalité de l'article L. 450-4 du code de commerce, tel qu'interprété par la chambre criminelle de la Cour de cassation, en ce qu'il limite la sanction de la violation du principe de confidentialité des échanges entre avocats et clients à l'annulation des seules saisies relatives aux documents protégés par le secret.

## LE VER EST DANS LE FRUIT MAIS QU'IMPORTE

Ainsi, la jurisprudence de la chambre criminelle au sujet de l'article L. 450-4 du code de commerce, arguée d'inconstitutionnalité, a été finalement jugée par la même Chambre criminelle comme conforme au droit au procès équitable, aux droits de la défense et au droit au recours effectif protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme, en raison d'un présumé contrôle effectif des opérations de saisie par le JLD, précisons

à l'initiative de... l'officier de police judiciaire en cours de saisie.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, pour décider de l'absence, « à l'évidence » d'un caractère sérieux de la QPC, a retenu - *a minima* - que la disposition contestée assure un contrôle effectif du juge tout au long de la visite et lui permet de régler les éventuels incidents portant notamment sur la saisie, par l'administration, des documents protégés par le secret des correspondances entre avocat et client, et que l'annulation de la saisie de tels documents interdirait rétroactivement à l'administration d'en faire état.

La Cour suprême consacre ainsi l'axe discrétionnaire et exclusif JLD/OPJ dont dépend la protection du secret professionnel et l'exercice des droits de la défense. Cette solution appelle ainsi une série de questions immédiates : les agents qui saisissent au cours d'opérations de visite et de saisie des éléments couverts par le secret professionnel de l'avocat commettent-ils le délit de violation du secret professionnel prévu et réprimé par les dispositions de l'article 226-13 du code pénal ? Et la saisie par l'administration d'éléments confidentiels, non contestée par l'OPJ présent sur place car frappé d'inertie, invalide-t-elle, à raison de cette même inertie, la totalité de la saisie d'éléments non couverts par le secret et laissant présumer une fraude ? À plus forte raison lorsque l'on sait que de l'avis même de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI), aucune solution technique ne garantirait l'effacement total des données sur un support magnétique ? Mieux encore, la saisie d'éléments confidentiels dématérialisés dans les locaux du contribuable constitue-t-elle une perquisition déguisée à distance des données informatiques du cabinet d'avocat sans la protection du bâtonnier avec son pouvoir de contestation et prohibée par les dispositions de l'article 706-102-5 du code de procédure pénale ?

De prime abord, la QPC portée à propos de l'article L450-4 du code de commerce pouvait être posée dans les mêmes termes s'agissant de l'article L16B du Livre des procédures fiscales qui contient des règles procédurales identiques en matière de saisie fiscale. La première question posée est celle de l'étendue de la saisie d'éléments confidentiels susceptibles de vicier l'intégralité de la saisie. Par un arrêt rendu le 24 avril 2013 (n° 12-80331), la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que seule la saisie d'éléments confidentiels était entachée d'illicéité tout en reconnaissant la

violation du secret professionnel de l'avocat du seul fait de la saisie dans les termes suivants : « Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher si les pièces et supports informatiques dont la saisie était contestée par la société étaient ou non couverts par le secret professionnel entre un avocat et son client, et sans annuler la saisie de correspondances dont il a constaté qu'elles relevaient de la protection de ce secret et alors enfin que la violation dudit secret intervient dès que le document est saisi par les enquêteurs, le premier président a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelés ; d'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ».

Une telle solution a déjà été retenue<sup>1</sup> par la chambre commerciale et la chambre criminelle de la Cour de cassation. Ainsi, il y aurait une violation flagrante du secret professionnel de l'avocat par les personnes physiques représentant l'administration incarnée ou bien par l'Autorité de la concurrence, ou bien par l'Administration fiscale ou bien encore par l'Autorité des marchés financiers.

Le recours du saisi consisterait-il à intervenir auprès du Ministère Public pour se plaindre de cette violation du secret professionnel et du recel de cette infraction par les représentants personnes physiques des administrations concernées, qui, dès lors, ne saisiraient plus sur place sauf par le biais du JLD (comme l'AMF le concède à propos des perquisitions qu'elle pratique chez l'avocat) ?

Quant à l'étendue de la saisie, elle se limiterait aux seuls éléments non couverts par le secret et au sujet desquels serait constatée une présomption de fraude. Qui plus est, cette saisie globale ne serait pas viciée en raison de l'inertie de l'OPJ seul investi du pouvoir de saisir le JLD.

La solution ne serait pas choquante si n'était constatée, contrairement aux dires de la Chambre criminelle, l'impossibilité faite au saisi et à ses conseils présents sur place de recourir au JLD au cours des opérations de visite comme d'avoir la possibilité de pouvoir interjeter appel avec effet suspensif de l'ordonnance d'autorisation du JLD. En effet, les textes des articles L. 450-4 du code de commerce, L621-12 du code monétaire et financier et L. 16B du Livre des procédures fiscales prévoient l'intervention du JLD comme juge de l'autorisation des opérations de visites et de saisies mais aussi comme juge du contrôle de celles-ci par des termes identiques : « La

<sup>1</sup> Com. 18 janv. 2011 n° 10-11.778 et n° 10-11.777 (LPF, art. L. 16B) ; Crim. 11 janv. 2012 n° 10-87.087 (C. com., art. L. 450-4) : « Mais attendu que la présence, dans une messagerie électronique, de courriels couverts par le secret professionnel, n'a pas pour effet d'invalider la saisie des autres éléments de cette messagerie ; que le premier président n'avait dès lors pas à procéder à une recherche inopérante ; que le moyen n'est pas fondé ».

visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisés. À cette fin, il donne toutes instructions aux agents qui participent à ces opérations. Il désigne un officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Il peut, s'il l'estime utile, se rendre dans les locaux pendant l'intervention. À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite [...]. L'officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ; l'article 58 de ce code est applicable [...]. Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés. L'occupant des lieux ou son représentant est avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés qui a lieu en présence de l'officier de police judiciaire ; l'inventaire est alors établi ».

Or, le recours au JLD n'est institué au plan textuel qu'en faveur de l'officier de police judiciaire qui, en application des dispositions de l'article 56 alinéa 3 du code de procédure pénale, est garant du respect du secret professionnel et de l'exercice des droits de la défense, rôle éminent que la chambre criminelle a consacré par son arrêt du 11 juin 2013<sup>2</sup> (n° 12-21944, n° 12-21936 et 12.21949). D'ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par son arrêt du 13 novembre 2013<sup>3</sup> (n° 12-28289), a jugé que le recours au JLD était le privilège de l'OPJ. C'est lui qui est en mesure de pouvoir contester, en droit comme en fait, les ardeurs intrusives de l'autorité saisissante.

Qu'en est-il alors des protestations des avocats du saisi, présents sur place, dont par exemple, les courriels confidentiels échangés avec le contribuable sont globalement saisis dans la messagerie Outlook ? Certes, le texte n'interdit pas expressément aux avocats présents sur place de recourir au JLD, dont les références sont en principe mentionnées sur l'ordonnance de visite et de saisie prise par ce même JLD sur la requête de l'administration. Mais il est clair que leur droit de recourir au JLD au cours de la visite ne leur est pas expressément consacré par le législateur. Reste certes une particularité prévue par l'article L621-12 du code monétaire et financier qui renvoie aux dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale en matière de visites et saisies en cabinet d'avocat par la présence, à peine de nullité, du bâtonnier ou de son délégué, avec pouvoir de contestation, à charge pour

l'AMF de saisir ce même JLD, qui devra juger de la régularité de la saisie. Dans ce cas précis, le JLD intervient à trois reprises comme juge qui statue sur la requête aux fins de visite et de saisie, comme juge du contrôle en relation avec l'OPJ présent sur place, et comme juge de la contestation soulevée par le bâtonnier ou son délégué (sauf dans les deux autres hypothèses où la présence du bâtonnier n'est pas prévue : C. com., art. L. 450-4 et L. 16B du Livre des procédures fiscales).

Ainsi, comme une conséquence involontaire, l'arrêt de la chambre criminelle offre l'opportunité de mettre l'accent sur le rôle du JLD, que la mission Beaume définit avec hauteur 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 »<sup>4</sup>. Cette revendication de souveraineté du JLD, tant attendue par la défense, a été merveilleusement exprimée par l'un d'entre eux qui confie, pour la première fois, avec excellence : « Si le législateur n'a pas renforcé l'institution du JLD au point d'en faire un véritable juge de l'enquête, il n'en demeure pas moins que ce juge 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 veiller à ne pas être instrumentalisé par un détournement de procédure. Enfin, le JLD doit apprécier au fond si la mesure sollicitée... est utile à la manifestation de la vérité et si elle est proportionnée à la gravité de l'infraction... 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 »<sup>5</sup>. Or, les textes des articles L. 450-4 du code de commerce et L. 16B du Livre des procédures fiscales ne prévoient en aucun cas expressément la possibilité pour les avocats de la défense de saisir le JLD, devant subir l'inertie de principe de l'OPJ en général plutôt convaincu par l'allégation d'une présomption de fraude que par un souci réel de la protection du secret professionnel et de l'exercice des droits de la défense, sauf exceptions il est vrai, comme nous l'a démontré la pratique. Sur ce point, le texte méritait la censure d'autant que le Conseil constitutionnel par sa décision du 4 avril 2014<sup>6</sup> a censuré les dispositions de l'article L8271-13 du code du travail prévoyant que le président du tribunal de grande instance peut autoriser les OPJ

2 « Mais attendu, en premier lieu, que les visites et saisies pratiquées en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales sont autorisées par le juge des libertés et de la détention, sous son contrôle, par des agents de l'administration des impôts habilités, qui peuvent saisir, quel qu'en soit le support, les documents et pièces en rapport avec la fraude suspectée, en présence d'un officier de police judiciaire chargé de veiller au respect du secret professionnel et ayant l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect de ce secret ainsi que les droits de la défense ; qu'il ne résulte ni de ce texte ni d'aucun autre que seul l'officier de police judiciaire peut appréhender des documents couverts par le secret professionnel, en prendre connaissance ou les lire ».

3 « Mais attendu que l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et les libertés fondamentales impose seulement de permettre à la personne concernée par les opérations de visite et saisies de bénéficier d'un contrôle juridictionnel effectif ; qu'en permettant à l'officier de police judiciaire présent au cours des opérations de saisir le juge des libertés et de la détention en cas de difficultés et en ouvrant aux parties concernées la possibilité de contester tant le principe de la visite que le déroulement des opérations devant le premier président, l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales ne contrevient pas aux dispositions conventionnelles précitées ; que le moyen n'est pas fondé ».

4 Rapport sur la procédure pénale, juill. 2014, p. 84.

5 S. Carrere, JLD, TGI de Tours, Gaz. Pal., 15-21 août 2014, n° 227 à 233, p. 27.

6 « 7. Considérant toutefois qu'en l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie autorisées en application des dispositions contestées, aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance ou son délégué et la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre en application de cette autorisation ; que, par suite, les dispositions contestées méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution » Conseil constitutionnel, 4 avr. 2014, n° 2014-387.

à procéder à des perquisitions alors que son ordonnance n'est pas susceptible de recours.

Pour le professeur Didier Rebut, « le Conseil constitutionnel ayant considéré qu'il est contraire au droit d'exercer un recours effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au motif qu'il ne permet pas à une personne, qui ne fait pas l'objet de poursuites, de contester la décision du président du TGI et la régularité des opérations »<sup>7</sup>.

Dans l'hypothèse d'une perquisition en cabinet d'avocat, l'impossibilité étant la même, le texte de l'article 56-1 du code de procédure pénale ne prévoit aucun pouvoir de contestation en faveur de l'avocat de la défense – dont la présence n'est d'ailleurs pas prévue en droit commun des perquisitions... y compris lors de l'audience de contestation du JLD – et encore moins au profit de l'avocat perquisitionné.

En outre, n'est pas réglée la question de la restitution proprement dite des éléments confidentiels dématérialisés que l'administration consentirait à rendre dans l'espoir d'échapper à des poursuites du chef de violation du secret professionnel à raison de leur saisie indifférenciée. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation juge constamment au visa des articles L. 450-4 du code de commerce et L16B du Livre des procédures fiscales qu'il appartient au saisi de produire aux débats les éléments saisis argués de confidentialité, et ce en audience publique (après exercice des recours et de l'appel nullité devant le Premier Président)<sup>8</sup> : « Mais attendu que l'ordonnance retient à bon droit que, dès lors qu'il est allégué que certains des documents saisis au cabinet de l'avocat étaient couverts par le secret professionnel, il y a lieu d'ordonner la production desdits documents, sans annulation du procès-verbal établi à cette occasion, seules la saisie de ces documents devant éventuellement être annulée et leur restitution ordonnée ; que le moyen n'est pas fondé ».

## UNE TELLE SOLUTION EST MORTIFÈRE

Elle oblige l'avocat, qui prétend à la violation du secret professionnel, à violer celui-ci par la production de pièces couvertes par le secret et ce en audience publique. Certes, l'exercice des droits de la défense constitue un fait justificatif de cette violation. Dans ce cas, pourquoï ne pas prévoir la désignation par le Premier

Président avant-dire droit d'un expert qui, dans le silence de son cabinet, en présence du Premier Président et des parties, identifierait au plan informatique les éléments confidentiels saisis de manière illicite ? Cette solution s'impose, d'autant que la Chambre criminelle l'a retenue en matière de perquisitions judiciaires chez l'avocat par son arrêt du 25 juin 2013 (n° 12-88021), consacrant le JLD comme étant le seul magistrat à pouvoir désigner un expert, et qu'il résulte de l'avis précité que la saisie d'éléments dématérialisés n'est jamais, au plan informatique, supprimée du disque dur de l'administration saisissante.

Pour la Chambre criminelle, c'est au JLD, et à lui seul, que revient la décision de désigner une mesure d'expertise pour investiguer sur les éléments dématérialisés placés sous scellés fermés par le juge d'instruction lors de la perquisition sur la contestation du bâtonnier ou de son délégué à la suite d'un débat où il sera discuté des mots clés comme moteurs de recherches à intégrer dans la mission de l'expert<sup>9</sup>.

La solution retenue par la chambre criminelle par son arrêt du 6 août 2014 est en deçà de nos espérances, d'autant que par son arrêt rendu le 25 juin 2014 (n° 13-81471), la chambre criminelle a jugé que dans les procédures fondées sur la violation du droit de la concurrence, l'obligation d'assurer l'exercice des droits de la défense doit être respectée dès le stade de l'enquête préalable et que, par voie de conséquence, les opérations de visite et saisie effectuées en application de l'article L. 450-4 du code de commerce doivent être annulées, dès lors qu'il a été fait obstacle à la présence des avocats appelés à y assister.

Il appartient dès lors aux avocats de la défense de protester par tous moyens en temps réel, sur place comme le juge en matière de concurrence la chambre criminelle qui a rappelé la nécessité pour les avocats du perquisitionné de soulever sur place toute contestation utile sur les documents qui leur paraissent devoir être exclus de la saisie<sup>10</sup>. Après tout, n'est-ce pas là leur mission, essentielle bien sûr, mais évidemment non exclusive, qui passe précisément par l'interpellation du JLD qu'il leur appartient d'alerter en conscience de son réel pouvoir de résister effectivement aux dérives intrusives de l'administration comme à l'intrusion condescendante de certains magistrats du pôle financier habituellement soucieux, en coterie, de s'annoncer comme par réflexe irrespectueux du secret professionnel de l'avocat.

<sup>7</sup> La Semaine Juridique, Édition Générale, n° 20, 19 mai 2014, p. 1026.

<sup>8</sup> Com., 5 mai 1998, n° 96-30.115, D. 1998. 140 (LPF, art. L. 16B) ; 20 mai 2009 n° 07-86.437 (c. com, art. L. 450-4) ; 15 mars 2011 n° 10-15.889 (LPF, art. L. 16B) ; 7 juin 2011 n° 10-19.585 (LPF, art. L. 16B).

<sup>9</sup> « Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au juge des libertés et de la détention, fût-ce en recourant lui-même à la mesure technique envisagée, de prendre personnellement connaissance des documents saisis et de décider s'ils devaient être restitués ou versés dans le dossier de la procédure, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

<sup>10</sup> Crim., 27 nov. 2013, n° 12-85.830, D. 2013. 2844 : « Attendu que, si c'est à tort que l'ordonnance relève que les avocats de la société objet d'une opération de visite et de saisie ne bénéficient pas des droits reconnus à celle-ci et à ses représentants par l'alinéa 9 de l'article L. 450-4 du code de commerce, elle n'encourt cependant pas la censure, dès lors qu'il appartenait à la société et à ses conseils, qui sont intervenus dès le début des opérations de visite et avaient nécessairement connaissance des documents susceptibles d'être appréhendés, de soulever toute contestation utile sur les documents qui leur paraissent devoir être exclus de la saisie ».