

Perquisitions pénales et saisies fiscales chez l'avocat : un régime attentatoire aux libertés publiques

De la nécessaire harmonisation des législations en matière de visites et saisies fiscales (article L 16 B du Livre des procédures fiscales) et de perquisitions judiciaires (articles 28-2 et 56-1 du Code de procédure pénale) en cabinet et au domicile d'avocats

Alors qu'une réforme profonde de la procédure pénale a été annoncée, qui aboutirait à la suppression du juge d'instruction et à la présence de l'avocat durant la garde à vue de droit commun, il demeure un aspect qui n'est jamais abordé et qui pourtant nécessite d'être revu : celui des saisies fiscales et de perquisitions judiciaires effectuées en cabinet ou au domicile d'avocats.



Par Vincent NIORÉ
Avocat à la Cour



et William FEUGÈRE
Avocat à la Cour

Plusieurs régimes coexistent, qui méritent d'être refondus et harmonisés : celui des saisies fiscales, et celui des perquisitions pénales. Les protections apportées au cas de saisies et perquisitions dans les cabinets d'avocats sont essentielles : il ne s'agit pas d'instaurer des sanctuaires de complaisance, mais de veiller à ce que la confiance faite à son défenseur (au conseil comme au contentieux) soit protégée. La tentation est grande pour les enquêteurs de chercher auprès de l'avocat des éléments qu'ils n'ont pu obtenir d'un mis en cause.

Les régimes de saisies et perquisitions sont très différents selon que l'enquête est fiscale ou pénale. Pourtant la première peut conduire à des

poursuites pénales. Par ailleurs, les enquêteurs fiscaux prennent les pouvoirs autrefois réservés aux enquêteurs de police judiciaire. Les procédures se rejoignent, une harmonisation s'impose.

Prenons pour hypothèse le cas d'un avocat que les services fiscaux souhaiteraient « visiter » pour y saisir des documents, son domicile ou son cabinet. Retenons également une hypothèse identique de la part d'un parquetier ou d'un juge d'instruction soucieux de perquisitionner dans un contexte similaire. Force est de constater que les garanties octroyées à l'avocat diffèrent profondément entre l'article L 16 B du LPF et l'article 56-1 du CPP.

La comparaison porte sur trois éléments fondamentaux : l'autorisation de la saisie, le contrôle de son déroulement, et sa contestation.

I. L'AUTORISATION DE LA SAISIE

Les deux régimes sont ici d'une valeur comparable.

Par principe, les dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale qui régissent le régime des perquisitions judiciaires au domicile et en cabinet d'avocat, prévoient qu'une telle mesure coercitive ne peut être effectuée que par un magistrat du siège, ou du parquet mais alors avec autorisation du juge des libertés et de la détention. La décision doit être écrite et motivée prise par ce magistrat indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

Le magistrat instructeur ou le représentant du parquet en charge de la perquisition (s'il s'agit d'une enquête préliminaire avec autorisation du JLD), a l'obligation de porter cette décision dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué. En matière fiscale, les dispositions de l'article L 16 B du LPF prévoient la saisine de l'autorité judiciaire par l'Administration fiscale lorsque cette dernière estime qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de la taxe sur la valeur ajoutée.

Dans ce cas, l'autorité judiciaire peut autoriser les agents à rechercher la preuve de ces agissements en effectuant des visites en tous lieux, même privés, où les pièces et documents s'y rapportant sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie, quel qu'en soit le support.

Chaque visite doit donc être autorisée par une ordonnance du JLD qui comporte notamment la mention de la faculté pour le contribuable de faire appel à un conseil de son choix (ce qui n'existe d'ailleurs pas dans le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale). L'intervention d'un magistrat indépendant est donc pour les deux

procédures indispensables (on notera que le parquet ne bénéficie pas de ce statut, puisqu'il doit solliciter l'accord d'un JLD).

II. LE CONTRÔLE DU DÉROULEMENT DE LA SAISIE

La procédure pénale est ici infiniment plus protectrice : la saisie doit se dérouler en la présence du bâtonnier ou de son représentant.

Seuls le bâtonnier ou son délégué, avec le magistrat, ont le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie.

Le magistrat qui effectue la perquisition doit veiller – sans qu'il s'agisse d'une obligation à peine de nullité – à ce que les investigations conduites « *ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat* ».

Finalement, lorsqu'il existe une difficulté concernant le respect du secret professionnel, le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document que le magistrat souhaite saisir en exigeant qu'il soit placé sous scellé fermé. Procès-verbal est dressé et transmis, comme le document placé sous scellé fermé, sans délai au juge des libertés et de la détention qui, dans les cinq jours de la réception desdites pièces, statue sur la contestation.

En matière fiscale, en revanche, la présence du bâtonnier ou son représentant n'est pas garantie par les textes. Leur présence sur place semble procéder d'un usage à la suite d'un accord conclu entre l'Administration fiscale et le barreau.

Si la visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées et qui donne toutes instructions aux agents, un officier de police judiciaire désigné par le même magistrat aura pour mission d'assister aux opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Le texte de l'article L 16 B du LPF dispose que 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 (et non pas 56-1 spécifique aux avocats).

L'article 56 du Code de procédure pénale prévoit que l'OPJ a seul le droit de prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie si bien que cette disposition est en contradiction avec celle de l'article L 16 B qui donne aux agents de l'Administration des impôts le pouvoir de visiter et de saisir.

L'OPJ est donc perçu dans un cas (CPP, art. 56-1) comme devant être tenu expressément à l'écart de la consultation de documents couverts par le secret professionnel alors que, dans un autre cas (LPF, art. L 16 B et CPP, art. 28-2), la solution est inverse au nom du respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Même constatation dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 28-2 du Code de procédure pénale telles qu'issues de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009. En effet, lorsque, sur réquisition du procureur de la République des agents des services fiscaux procèdent à des enquêtes judiciaires ou sur commission rogatoire, il est renvoyé aux dispositions notamment de l'article 56 du Code de procédure pénale mais à aucun moment, l'article 28-2 renvoie à l'article 56-1 du CPP.

III. LA CONTESTATION DES SAISIES

L'avantage est ici indéniablement à la procédure fiscale, notamment à la suite de l'arrêt *Ravon*⁽¹⁾. La saisie fiscale peut être contestée en amont, en son principe même. La loi prévoit depuis le 4 août 2008, un recours contre l'ordonnance d'autorisation de la procédure de visite et de saisie par l'occupant des locaux visités et par l'auteur présumé des agissements (le Premier président peut réformer l'ordonnance du JLD ou l'annuler étant précisé que son ordonnance est elle-même susceptible de pourvoi).

La perquisition pénale quant à elle ne sera contestée qu'a posteriori, à l'occasion d'un désaccord sur les pièces objets de la saisie. On a vu que le JLD était saisi des pièces objets de la saisie, si le bâtonnier ou son représentant estime qu'elles sont couvertes par le secret professionnel.

Le JLD statuera par une ordonnance, certes motivée mais nous le dit le texte « *non susceptible de recours* » (l'exigence de motivation est alors aberrante).

Ainsi, la décision du magistrat instructeur de se transporter sur les lieux est souveraine, et pour apprécier la régularité d'une perquisition et d'une saisie, l'analyse se fait *a posteriori* : saisissons, plaçons sous scellés fermés, plaidons devant le juge des libertés et de la détention qui, par l'ouverture du ou des documents concernés, sera en mesure de dire si le ou les documents saisis sont susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et rendant vraisemblable l'implication de l'avocat concerné dans les faits dont il s'agit en qualité d'auteur ou de complice...

Il faudra en fait que l'avocat mis en cause entreprenne de soulever la nullité de la procédure pour qu'enfin il soit statué sur la régularité de la perquisition pratiquée.

Mais rien n'est dit lorsque l'avocat, objet de la perquisition, n'est pas personnellement mis en cause et n'a dès lors pas accès au dossier d'instruction.

Le débat devant le JLD interviendra dans ce cas sans que le représentant du bâtonnier ait accès au dossier de la procédure d'enquête ou d'instruction en sorte que, précisément à ce stade de la procédure, le principe de l'égalité des armes n'est pas respecté.

En conclusion, aucun des deux régimes n'est donc parfait. La saisie fiscale impose le rappel du droit à la présence

(1) CEDH, 21 févr. 2008, n° 18497/03.

d'un avocat, mais le bâtonnier n'y est que toléré. C'est l'officier de police judiciaire qui est prétendument garant des droits de la défense, mais le principe de la saisie est contestable en amont. La perquisition pénale est décidée pratiquement sans contestation et les ordonnances du JLD sur la saisissabilité des pièces est insusceptible de recours, mais l'avocat bénéficie de l'assistance de son Bâtonnier qui filtre les pièces.

Une réforme s'impose aux fins d'unifier les garanties octroyées par les articles L 16 B du LPF, 28-2 et 56-1 du Code de procédure pénale.

– Une perquisition en cabinet d'avocat ne peut être effectuée que pour autant qu'existent des indices graves ou concordants antérieurs à la décision du magistrat de perquisitionner, de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

– Un appel doit être possible contre la décision du juge d'instruction de perquisitionner ou du JLD en matière d'enquête préliminaire comme le permettent les dispositions de l'article L 16 B du LPF.

– La simple prise de connaissance de la décision de perquisitionner par le représentant du bâtonnier au début de cette mesure est insuffisante : le représentant du bâtonnier

doit pouvoir avoir accès aux éléments de la procédure d'enquête ou d'instruction qui mettent délibérément en cause l'avocat et ce, en début de perquisition.

– Le représentant du bâtonnier doit en tout état de cause avoir accès au dossier de la procédure d'instruction ou au dossier d'enquête lors de l'audience des plaidoiries du juge des libertés et de la détention.

– L'ordonnance de versement des pièces couvertes par le secret professionnel, prise par le JLD à l'issue du débat sur l'ouverture des scellés, doit pouvoir être frappée d'appel devant la chambre de l'instruction et l'arrêt de la juridiction du second degré susceptible de pourvoi en cassation.

– Il doit être précisé dans le texte de l'article 56-1 que l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un conseil lors de l'audience du JLD.

En l'état, rien ne justifie évidemment un tel déséquilibre au plan de l'exercice des droits de la défense.

Il ne s'agit pas de corporatisme, mais de veiller à ce que la confiance du client à l'avocat ne puisse être indûment violée. Le droit à bénéficier d'un conseil libre et indépendant est fondamental, il est un des critères essentiels d'une démocratie moderne. ●