



RAPPORT DE Mme THOMAS, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 190 du 11 mars 2025 (FS-B+R) – Chambre criminelle

Pourvoi n° 23-86.260

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 31 octobre 2023

**Mme [U] [R] en qualité de bâtonnière de l'ordre des avocats du
barreau de Paris
C/**

Mme [U] [R] , en qualité de bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Paris, a formé un pourvoi contre l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, en date du 31 octobre 2023, qui, dans l'information suivie, contre personne non dénommée, des chefs d'arrestation, enlèvement, séquestration ou détention arbitraire avec torture ou acte de barbarie, extorsion, en bande organisée, association de malfaiteurs et menace ou intimidation pour déterminer une victime à ne pas porter plainte, a prononcé sur une contestation élevée en matière de saisie effectuée au cabinet ou au domicile d'un avocat.

1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Les 1^{er} et 16 août 2022, M. [B] [E] et Mme [A] [M] épouse [E] ont déposé deux plaintes avec constitution de partie civile, la première des chefs d'arrestation, enlèvement, séquestration ou détention arbitraire avec tortures ou actes de barbarie et menaces de mort avec ordre de remplir une condition, la seconde des chefs d'extorsion en bande organisée et subornation de témoin, en exposant les événements suivants.

M. [E] , se présentant comme lobbyiste et spécialiste en résolution de crise, engagé en 2017 par les autorités du Qatar et installé à [Localité 2] depuis 2018, a été amené à dissimuler des contenants informatiques et documents susceptibles de révéler des faits de détournement de fonds publics et de corruption impliquant M. [S] [I], ministre, dirigeant sportif et, notamment, président-directeur général du club de football [1]. Le 13 janvier 2020, M. [E] a été interpellé par les forces de sécurité qataries et conduit à son domicile où une perquisition était en cours en présence de son épouse. Il a indiqué avoir ensuite été détenu pendant une semaine et interrogé selon des méthodes brutales. Il a été contraint de demander à son épouse de remettre les éléments cachés, ce qu'elle a fait après un aller-retour en Algérie, pendant que son époux était détenu dans une prison sous l'accusation d'intelligence avec une puissance étrangère. Le 9 mars 2020, M. [E] a demandé à son épouse de rentrer en France et de prendre contact avec deux amies, Mme [D] [T], femme politique et avocate au barreau de Paris et Mme [N] [G], réalisatrice et femme politique. Ces deux dernières ont invité Mme [E] à prendre attache avec le cabinet de M. [L] [O] (cabinet Oplus), spécialisé dans les relations avec le Qatar. M. [E] ayant révélé, courant avril 2020, l'existence d'autres éléments compromettants conservés dans son appartement sis près de [localité 3], son épouse a refusé de se rendre au Qatar pour les y remettre. Une transaction a alors été proposée à M. [E] par le directeur adjoint des services de renseignement qataris, consistant en la remise de l'ensemble des éléments compromettants avec signature d'un accord de confidentialité en échange de sa libération. Entre avril et juin 2020, des négociations ont eu lieu entre les avocats de Mme [E] (cabinet Oplus, M. [L] [O] et M. [J] [H]) et les avocats français de la partie qatarie et de M. [I] (cabinet Stas et associés, M. [C] [Z] et M. [K] [F]). L'ensemble du matériel compromettant a été remis par Mme [E] à M. [O], qui a remis le tout aux avocats adverses. Le 1^{er} juillet 2020, M. [E] a été remis en liberté avec assignation à résidence et interdiction de quitter le Qatar. Les 10 et 15 juillet suivants, deux protocoles d'accord transactionnel ont été signés entre M. [E] représenté par son épouse, et celle-ci, et M. [I] représenté par M. [F], selon lesquels, sous peine d'une clause pénale de cinq millions d'euros en cas de violation de l'obligation de confidentialité, M. [E] reconnaissait s'être approprié illicitement les éléments litigieux et les avoir falsifiés et M. [I] s'engageait à ne pas déposer plainte pour ces faits. M. [E] est rentré en France le 1^{er} novembre 2020.

Après recherches sur les procédures qataries, M. [E] pourrait avoir été détenu en application d'une loi n° 17 de 2002 sur la protection de la Communauté, permettant au ministre de l'intérieur, sur la base d'un rapport du directeur de la sécurité publique, d'ordonner la détention en cas d'infractions mettant en jeu la sûreté de l'Etat, l'honneur, la décence ou la moralité publique.

À la demande du juge d'instruction, par cinq ordonnances du 19 juin 2023, le juge des libertés et de la détention a autorisé des opérations de perquisition et saisie au cabinet Oplus et aux domiciles de M. [O] et de M. [H], au cabinet Stas et associés et au domicile de M. [F].

Les opérations ont été conduites le 27 juin suivant et, lors de la perquisition du cabinet Stas et associés, ont donné lieu à opposition à la saisie de divers éléments de la part des délégués du bâtonnier de l'ordre des avocats.

Par ordonnance du 3 juillet 2023, le juge des libertés et de la détention a constaté le versement volontaire à la procédure, par le cabinet Stas et associés, du scellé n° CAB

[Z] DEUX et, vu la rédaction en langue anglaise des autres documents placés dans les cinq scellés restants, en a ordonné la traduction en langue française.

Après traduction, le juge des libertés et de la détention a, par ordonnance du 27 octobre 2023, rejeté un moyen d'irrégularité de l'ordonnance autorisant la perquisition et ordonné le versement à la procédure des cinq scellés contestés.

Le même jour, Mme [U] [R] en sa qualité de bâtonnière de l'ordre des avocats a formé un recours contre cette décision.

Par ordonnance du 31 octobre 2023, le président de la chambre de l'instruction a ordonné le versement à la procédure des mêmes scellés.

Le 2 novembre suivant, Mme [R] ès qualités a formé un pourvoi contre cette décision par un avocat exerçant au barreau près la juridiction qui a statué et déposé une requête aux fins d'examen immédiat du pourvoi.

Le 6 novembre suivant, la SCP Piwnica et Molinié s'est constituée en demande.

Par ordonnance du 27 novembre 2023, le président de la chambre criminelle a dit que l'ordonnance attaquée n'entre pas dans la classe des décisions visées par les articles 570 et 571 du code de procédure pénale et ordonné la transmission des pièces de la procédure à la chambre criminelle, compétente pour statuer.

Le 15 février 2024, après suspension du délai consécutive à une demande de pièces, la SCP Piwnica et Molinié a déposé un mémoire ampliatif pour le compte de Mme [R] ès qualités ainsi qu'un mémoire d'association pour le compte de M. [P][X] en sa qualité de bâtonnier du barreau de Paris succédant à Mme [R] pour la mandature 2024-2025.

2. ANALYSE SUCCINCTE DU MOYEN

Le mémoire ampliatif propose un moyen unique de cassation qui critique l'ordonnance attaquée en ce qu'elle a, en méconnaissance des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7 de la Charte des droits fondamentaux, 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, préliminaire, 56-1, 591 et 593 du code de procédure pénale, rejeté le moyen d'irrégularité des saisies et ordonné le versement des scellés à la procédure, alors :

1) que les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être saisis lorsque l'avocat n'est pas mis en cause ;

2) en tout état de cause, qu'en se bornant à énoncer que chacun des scellés « est en lien avec les faits », le président de la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision en l'absence d'éléments précis établissant ce lien ;

3) qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense ne peut être saisi, que le président de la chambre de l'instruction s'est borné à énoncer que chacun des scellés « ne relève pas de l'exercice des droits de la défense » tandis que les éléments saisis sont des documents établis par les avocats dans le cadre d'une procédure relative à des faits d'« intelligence avec une puissance étrangère » ;

4) que les documents objet du scellé [F] n° 5, extraits de l'enquête déontologique diligentée par la bâtonnière, sont confidentiels.

3. DISCUSSION

Il est rappelé à titre liminaire que la chambre criminelle considère que, à défaut de texte législatif contraire, l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction rendue sur le recours suspensif formé à l'encontre de la décision du juge des libertés et de la détention statuant sur la contestation, par le bâtonnier ou son délégué, de la saisie effectuée dans le cabinet ou au domicile d'un avocat, entre dans les prévisions de l'article 567 du code de procédure pénale et que, dès lors, le pourvoi formé contre une telle décision est recevable (Crim., 14 mars 2023, n° 22-83.757, §§ 6 et 7).

- Sur les trois premières branches du moyen :

* Textes et jurisprudences français sur le caractère saisissable des documents ou objets découverts dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ; exception jurisprudentielle

L'article 56-1 du code de procédure pénale a été introduit dans le code de procédure pénale par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985. Il disposait à l'origine :

« 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. »

L'article 57 du même code, relatif, de manière générale, aux perquisitions, précisait :

« Sous réserve de ce qui est dit à l'article précédent concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense, les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu. [...] »

Dans la procédure pénale, la question du respect du secret professionnel de l'avocat a toujours été envisagée sous l'angle des droits de la défense, pour protéger les échanges entre les avocats et leurs clients pénalement poursuivis. Il est admis que la saisie de documents utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure pénale et qui commande de respecter les communications confidentielles entre les personnes mises en cause et leurs avocats (Crim., 9 février 1988, n° 87-82.709 ; Crim., 12 mars 1992, n° 91-86.843 ; Crim., 7 mars 1994, n° 93-84.931).

Outre les correspondances échangées entre l'avocat et son client et relatives à la défense de ce dernier, doivent être également considérés comme insaisissables tous les autres écrits qui sont établis pour préparer la défense de la personne poursuivie à l'occasion d'une procédure judiciaire ou en vue d'une telle procédure.

La chambre criminelle a pu parler à ce sujet d'écrits ayant « *trait à une poursuite pénale* » (Crim., 9 février 1988, n° 87-82.709, précité).

Il en est ainsi des écrits donnant un avis juridique sur la procédure ou envisageant des moyens de défense. Par exemple, a été annulée la saisie, effectuée au cours d'une perquisition au domicile de la personne mise en examen, d'un courrier de son avocat ayant trait à l'exécution d'une condamnation pénale, en l'espèce un suivi socio-judiciaire, prononcée dans une instance distincte (Crim., 13 décembre 2006, n° 06-87.169). La protection s'étend à l'ensemble des correspondances échangées entre l'avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense, même extérieures au dossier concerné (Crim., 20 janvier 2021, n° 19-84.292, § 31).

La protection s'étend aux communications téléphoniques (Crim., 15 janvier 1997, n° 96-83.753 ; Crim., 18 janvier 2006, n° 05-86.447), ainsi qu'aux données informatiques (Crim., 14 novembre 2001, n° 01-85.965).

Le principe d'insaisissabilité s'applique non seulement lorsque l'avocat a déjà été choisi par la personne poursuivie, mais aussi dès qu'il est sollicité pour être le défenseur de celle-ci (Crim., 6 mars 1958, Bull. crim. 1958, n° 230 ; Crim., 12 mars 1992, Bull. crim. 1992, n° 112).

Il s'applique de même aux correspondances, relevant de l'exercice des droits de la défense, échangées entre l'avocat et les proches de la personne surveillée à la recherche d'un avocat pour celle-ci (Crim., 13 décembre 2022, n° 21-87.435).

L'insaisissabilité ne concerne que les correspondances et écrits relatifs à la défense de la personne, non les objets et documents, corps du délit ou pièces à conviction qu'elle voudrait dissimuler chez son avocat, comme l'arme du crime, des titres volés, des documents comptables, etc.

Définissant l'office du juge, la chambre criminelle a énoncé le principe selon lequel la saisie effectuée au cabinet d'un avocat doit être en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite et être limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité (Crim., 14 janvier 2003, n° 02-87.062).

La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 est venue étayer les garanties entourant le respect des droits de la défense, et l'article 56-1 du code de procédure pénale a été réécrit dans le sens suivant :

« 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 se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents 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 à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document 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 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 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, 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 ou à son contenu 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 de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier. »

Par suite de cette modification, la Cour de cassation a énoncé qu'il incombe au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 précité, afin de rechercher si la saisie 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 (Crim., 8 août 2007, n° 07-84.252).

Ce juge doit s'assurer que les saisies ne concernent pas des documents ou objets sans rapport avec l'objet de l'information, peu important l'absence d'opposition du bâtonnier à leur saisie (Crim., 25 juin 2013, n° 12-88.021 ; voir aussi Crim., 8 juillet 2015, n° 15-81.179, rejetant un moyen de nullité de la perquisition au motif que « les saisies étaient en relation directe avec les faits objet de la poursuite et étaient limitées aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité »).

En cas de saisie de correspondances entre la personne visée par les investigations et son avocat, il y a lieu de rechercher si l'atteinte portée au secret des correspondances était nécessaire et proportionnée (Crim., 23 octobre 2019, n° 18-84.738).

Le texte actuel de l'article 56-1 du code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, en vigueur à compter du 1^{er} mars 2022 et applicable à la présente procédure, a été complété de manière à étoffer encore les garanties entourant le respect des droits de la défense. Il dispose désormais :

« 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 le juge des libertés et de la détention saisi par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, l'objet de celle-ci et sa proportionnalité au regard de la nature et de la gravité des faits. Le contenu de cette décision est porté à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué dès le début de la perquisition par le magistrat effectuant celle-ci. 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. Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203. 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 et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé.

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.

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.

La décision du juge des libertés et de la détention peut faire l'objet d'un recours suspensif dans un délai de vingt-quatre heures, formé par le procureur de la République, l'avocat ou le bâtonnier ou son délégué devant le président de la chambre de l'instruction. Celui-ci statue dans les cinq jours suivant sa saisine, selon la procédure prévue au cinquième alinéa du présent article.

Ce recours peut également être exercé par l'administration ou l'autorité administrative compétente.

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. »

L'article 66-5, alinéa 1, visé à l'alinéa 2 du texte reproduit ci-dessus, dispose :

« 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. »

La loi n° 2021-1729 d'où est issu l'article 56-1 du code de procédure pénale dans sa version actuelle a également ajouté à l'article préliminaire du code de procédure pénale l'alinéa suivant :

« Le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code. »

La Cour de cassation continue d'apprécier le caractère saisissable des éléments découverts « au regard du secret professionnel de l'avocat et des droits de la défense » (Crim., 6 juin 2023, n° 22-83.701, § 11).

L'article 56-1 du code de procédure pénale prévoit désormais en son alinéa premier que : « *Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203.* »

Cet ajout encadre désormais les modalités d'autorisation de la perquisition dans l'hypothèse de la mise en cause de l'avocat lui-même, en ce que cette situation entraîne une exception au principe de l'insaisissabilité. En effet, selon une solution ancienne, la Cour de cassation admet le caractère saisissable de tous documents de nature à révéler la mise en cause de l'avocat dans les faits, y compris s'ils relèvent du secret professionnel de l'avocat, considérant qu'en ce cas, l'avocat est sorti de sa mission.

La Cour de cassation a ainsi jugé (Crim., 5 juin 1975, n° 74-92.792) :

« *Il appartient au juge d'instruction seul et non au bâtonnier de l'ordre des avocats ou à son représentant de rechercher et de saisir dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile des documents utiles à l'information. Le pouvoir du juge d'instruction ne trouve sa limite que dans le principe de la liberté de la défense qui commande de respecter les communications confidentielles de l'avocat avec ses clients. Le secret professionnel ne peut couvrir des documents tels que ceux qui ont été saisis en l'espèce et qu'un avocat avait été amené à recueillir dans des activités qui ont motivé sa propre inculpation des chefs de complicité d'escroquerie et de complicité d'abus de confiance.* »

Elle a encore jugé, énonçant ainsi le principe et son exception (Crim., 12 mars 1992, n° 91-86.843, sommaire) :

« *Si le juge d'instruction est, selon l'article 96 du code de procédure pénale, investi du pouvoir de saisir les objets et documents utiles à la manifestation de la vérité, ce pouvoir trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure pénale et qui commande de respecter les communications confidentielles des inculpés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs. La saisie des correspondances échangées entre un avocat et son client ne peut, à titre exceptionnel, être ordonnée ou maintenue qu'à la condition que les documents saisis soient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction.* »

Par ailleurs, la Cour de cassation juge saisissables les pièces, même couvertes par le secret professionnel de l'avocat, dès lors qu'elles sont étrangères à l'exercice des droits de la défense (Crim., 4 octobre 2016, n° 16-82.308) :

« *... 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* ».

Dans le même type de raisonnement, la Cour de cassation considère que la saisie d'une pièce couverte par le secret du délibéré peut se justifier à la condition qu'elle constitue une mesure nécessaire à l'établissement de la preuve d'une infraction pénale (Crim., 22 mars 2016, n° 15-83.207).

La circulaire NOR : JUSD2206745C du 28 février 2022 présentant les dispositions de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 qui a modifié en dernier lieu l'article 56-1 du code de procédure pénale précise ainsi que :

« La seule exception à l'interdiction de la saisie de documents relevant de l'exercice des droits de la défense et couverts par le secret de la défense, que le législateur n'a pas estimé opportun de rappeler dans la loi, est l'hypothèse, retenue depuis toujours par la jurisprudence, dans laquelle l'avocat est auteur ou complice d'une infraction, la saisie de pièces pouvant établir sa participation à une infraction étant toujours possible. En réalité, dans une telle hypothèse, il n'existe plus de secret de la défense devant être protégé dans la mesure où l'avocat est sorti de son rôle de défenseur. »

Depuis l'entrée en vigueur de la dernière version de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la chambre criminelle a confirmé cette analyse, énonçant (Crim., 5 mars 2024, n° 23-80.110, sommaire) :

« Selon le deuxième alinéa de l'article 56-1 du code de procédure pénale, dans sa version issue de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé.

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. [...] »

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'Etat de la conformité à la Constitution de certaines des dispositions issues de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021. Il a rendu une décision de conformité (Cons. const., décision n° 2022-1030 QPC du 19 janvier 2023), notamment aux motifs suivants :

« 9. En premier lieu, selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Si sont garantis par ces dispositions les droits de la défense, aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats.

10. Les dispositions contestées du deuxième alinéa de l'article 56-1 du code de procédure pénale interdisent la saisie des documents couverts par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 mentionnée ci-dessus, dès lors qu'ils relèvent de l'exercice des droits de la défense.

11. Ainsi, ces dispositions n'ont pas pour objet de permettre la saisie de documents relatifs à une procédure juridictionnelle ou à une procédure ayant pour objet le

prononcé d'une sanction et relevant, à ce titre, des droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789. »

Selon ces motifs, les documents doivent ainsi, pour relever de l'exercice des droits de la défense, être relatifs à une procédure juridictionnelle ou non juridictionnelle tendant au prononcé d'une sanction.

Le *Commentaire* de la décision du Conseil constitutionnel (pages 7 à 9) apporte les éléments de compréhension suivants :

« Les modifications apportées par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

** L'article 56-1 du CPP a, en dernier lieu, été modifié par la loi du 22 décembre 2021 précitée, qui a apporté de nouvelles garanties destinées à assurer plus complètement la protection du secret professionnel de l'avocat en cas de perquisition réalisée dans son cabinet ou à son domicile.*

– Au sein de son premier alinéa, il est prévu que la décision d'autoriser une perquisition ne peut plus émaner du magistrat qui effectue l'opération (à savoir le procureur de la République ou le juge d'instruction selon que cette opération a lieu au cours d'une enquête de police ou d'une information judiciaire), mais d'un magistrat distinct qui doit nécessairement avoir la qualité de JLD.

De plus, outre la nature de l'infraction visée, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, cette décision doit désormais contenir des motifs relatifs à « sa proportionnalité au regard de la nature et de la gravité des faits ».

Dans le cas où la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut par ailleurs être autorisée « que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe ».

Il ressort des travaux préparatoires qu'« Une perquisition chez un avocat ne pourrait ainsi être autorisée, s'il est lui-même objet de soupçons, que si le magistrat dispose des éléments qui permettraient de le placer en garde à vue. En revanche, cette exigence nouvelle ne s'appliquerait pas dès lors que la perquisition serait justifiée par une infraction commise par un tiers, le droit en vigueur étant maintenu inchangé sur ce point ».

– Le deuxième alinéa de l'article 56-1 est complété afin de prévoir que le magistrat qui effectue la perquisition veille « à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé ».

Si ces dispositions étaient absentes du projet de loi initial, le Gouvernement avait toutefois souhaité étendre, par voie d'amendement, le champ des documents considérés comme relevant de l'exercice des droits de la défense et couverts, à ce titre, par le secret professionnel. Il rappelait à cet égard que « s'il ne paraît ni possible ni justifié d'étendre au cours de la procédure pénale l'inviolabilité des actes d'un avocat relevant de son activité de conseil, car cette protection n'est justifiée que par l'exercice

des droits de la défense, il convient de préciser cette notion de façon extensive. Il est ainsi indiqué qu'elle couvre également la défense exercée avant même qu'une procédure pénale ne soit ouverte et que la personne ne soit mise en cause par l'autorité judiciaire ».

En étendant ainsi la protection du secret professionnel à l'activité de conseil de l'avocat, sous réserve qu'elle participe à l'exercice des droits de la défense, le législateur a souhaité revenir sur la détermination prétorienne du champ des documents relevant de cet exercice. La Cour de cassation juge en effet que, si les pièces et correspondances échangées entre l'avocat et son client sont couvertes, en toutes matières, par le secret professionnel, elles peuvent être saisies dans le cadre d'une procédure pénale, à l'occasion notamment d'une perquisition, « dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense ». Elle a en outre jugé, à propos d'interceptions téléphoniques, que « l'avocat n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance [lorsque celle-ci] n'est ni mise en examen ou témoin assisté ni même n'a été placée en garde à vue ».

Les rapporteurs du texte au Sénat résumaient en ces termes la problématique : « La question du champ de protection du secret professionnel dans le domaine pénal est très débattue depuis de nombreuses années et l'article 3 du projet de loi divise le monde judiciaire, les avocats étant partisans de l'extension de la protection à l'ensemble de la relation entre le client et l'avocat, y compris dans son aspect "conseil", selon la lettre de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, tandis que les magistrats et enquêteurs, sont soucieux de conserver les moyens de lutter contre la délinquance économique et financière, dans le respect des engagements internationaux de la France, et inquiets de voir se mettre en place des stratégies de contournement instrumentalisant le secret professionnel de l'avocat ». Ils estimaient que la rédaction finalement retenue « rendrait plus explicite la nature du document sur lequel porte l'interdiction de saisie lors d'une perquisition chez un avocat : celui-ci devrait à la fois relever de l'exercice des droits de la défense et être couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil. Cette précision maintiendrait l'exigence d'un lien avec l'exercice des droits de la défense, ce qui semble exclure ce qui relève uniquement d'une activité de conseil ».

La circulaire de présentation de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire confirme la portée de la modification ainsi introduite à l'article 56-1 du CPP : « Il découle des nouvelles dispositions que le secret du conseil est désormais protégé, mais à la condition qu'il se rapporte à l'exercice des droits de la défense [...]. Le législateur a en effet estimé que "celui qui prend conseil parce qu'il s'attend à être prochainement poursuivi ou parce qu'il sait avoir commis une infraction pénale prépare en réalité déjà sa défense" doit voir protégés ses échanges avec son avocat, même si aucune procédure pénale n'est déjà engagée, ou, si c'est le cas, même si la personne n'est pas encore mise en cause dans cette procédure et a fait connaître aux enquêteurs ou aux magistrats le choix de son conseil. Sous réserve de la jurisprudence à venir de la Cour de cassation, il apparaît ainsi que cette protection s'appliquera lorsqu'une personne a commis ou pense avoir commis une infraction, mais non lorsque des conseils sont demandés à un avocat avant toute commission d'une infraction, et qu'il s'agit donc de conseils qui auraient pu être sollicités auprès de toutes autres personnes exerçant des missions de conseil juridique, comme par exemple des notaires. »

* Aspects européens

Soutenant que l'ensemble des documents couverts par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent être saisis à l'occasion d'une procédure pénale, le moyen évoque l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dispose :

« Respect de la vie privée et familiale

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

L'article 52, § 1, du même texte dispose :

« Portée et interprétation des droits et des principes

1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. »

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) vient de rendre une décision (CJUE, arrêt du 26 septembre 2024, Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, C-432/23), invoquée au mémoire complémentaire, dans laquelle cette Cour énonce, à nouveau, le droit au secret de la consultation d'un avocat quel que soit le domaine du droit sur lequel elle porte (voir résumé complet : CJUE, Bulletin de jurisprudence, septembre 2024, pages 3-5).

Dans cette espèce, la CJUE, saisie dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, a jugé que l'injonction faite à un avocat de fournir à l'administration l'ensemble de la documentation et des informations relatives à ses relations avec son client, afférentes à une consultation en matière de droit des sociétés, viole le droit fondamental au respect des communications entre l'avocat et son client.

Etait en cause l'application d'une réglementation nationale, prise pour l'application d'une directive relative à la coopération administrative entre Etats membres dans le domaine fiscal, sur le fondement de laquelle l'administration des contributions directes luxembourgeoise avait fait injonction à un cabinet d'avocats de produire tous documents et renseignements concernant les services qu'il avait fournis à une société de droit espagnol lors de l'acquisition d'une entreprise et d'une prise de participation majoritaire dans une société.

La CJUE relève que, à l'instar de l'article 8, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 7 de la Charte garantit également le secret de la consultation juridique, ce, tant à l'égard de son contenu que de son existence. La protection spécifique accordée par ces deux articles au secret professionnel des avocats se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique, à savoir la défense des justiciables. Cette mission fondamentale comporte, d'une part, l'exigence que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, d'autre part, celle, corrélative, de loyauté de l'avocat envers son client. Il en résulte qu'une consultation juridique d'avocat bénéficie, quel que soit le domaine du droit sur lequel elle porte, de la protection renforcée,

garantie par l'article 7 de la Charte, aux communications entre un avocat et son client. Il en découle qu'une décision enjoignant à un avocat de fournir à l'administration l'ensemble de la documentation et des informations relatives à ses relations avec son client, afférentes à une consultation en matière de droit des sociétés, constitue une ingérence dans le droit au respect des communications entre un avocat et son client, garanti par cet article.

Elle note cependant que les droits consacrés à l'article 7 de la Charte n'apparaissent pas comme étant des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société, qu'en effet, ainsi qu'il ressort de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, celle-ci admet des limitations à l'exercice de ces droits, pour autant notamment que ces limitations respectent le contenu essentiel desdits droits.

Elle constate en l'espèce que l'injonction litigieuse est fondée sur une réglementation nationale en vertu de laquelle le conseil et la représentation par un avocat dans le domaine fiscal ne bénéficient pas, sauf en cas de risque de poursuites pénales pour le client, de la protection renforcée des communications entre un avocat et son client, garantie par l'article 7 de la Charte, qu'en soustrayant quasi intégralement à cette protection le contenu des consultations des avocats prodiguées en matière fiscale, à savoir la totalité d'une branche du droit dans laquelle les avocats sont susceptibles de conseiller leurs clients, cette réglementation conduit à vider cette protection de sa substance même dans cette branche du droit, que pour sa part, l'injonction litigieuse, qui concerne l'ensemble d'un dossier n'ayant pas trait au domaine fiscal, élargit encore la portée de l'atteinte à la substance du droit protégé par l'article 7 de la Charte et que dans ces conditions, force est de constater qu'une telle réglementation nationale, tout comme son application en l'espèce au moyen de l'injonction litigieuse, loin de se limiter à des situations exceptionnelles, portent, par l'ampleur même de la soustraction au secret professionnel de l'avocat qu'elles autorisent à l'égard des communications entre ce dernier et son client, une atteinte au contenu essentiel du droit garanti à l'article 7 de la Charte. Il en résulte qu'une injonction telle que celle en cause au principal emporte une atteinte au contenu essentiel du droit au respect des communications entre l'avocat et son client, et donc une ingérence dans ce droit qui ne saurait être justifiée.

Dans un arrêt précédent (CJUE, arrêt du 8 décembre 2022, Orde van Vlaamse Balies e.a., C-694/20), la CJUE avait déjà jugé que l'article 7 de la Charte garantit non seulement l'activité de défense, mais aussi le secret de la consultation juridique, tant à l'égard de son contenu que de son existence et, au terme d'une analyse similaire, avait jugé contraire au droit au respect des communications entre l'avocat et son client une obligation de notification prévue par une directive de l'Union.

La protection ainsi accordée à l'activité de conseil de l'avocat résulte du droit à la vie privée.

La CJUE distingue l'activité de conseil juridique de l'avocat de celle de défense apportée par celui-ci en cas de procédure juridictionnelle, les fondements n'étant pas les mêmes. Dans le second cas, le fondement est l'article 47 de la Charte, qui dispose :

L'article 47 de la Charte dispose :

« *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 a 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. »

Le Tribunal de l'Union juge (TUE, arrêt du 2 octobre 2024, Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles e.a./Conseil, T-797/22 ; cf résumé dans : CJUE, Bulletin de jurisprudence, octobre 2024, page 121) :

« Le Tribunal considère que la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter par un avocat, prévue, au titre du droit à un recours effectif et du droit à un procès équitable, par l'article 47 de la Charte, ne doit être reconnue que s'il existe un lien avec une procédure juridictionnelle. À cet égard, il rappelle que la Cour n'a reconnu la mission fondamentale des avocats dans un État de droit qu'en tant que ceux-ci concourent au bon fonctionnement de la justice et assurent la protection des intérêts du client. Dans un second temps, le Tribunal relève que la protection du secret professionnel consacrée par l'article 7 de la Charte est reconnue en l'absence d'un quelconque lien avec une procédure juridictionnelle. »

Le moyen se prévaut également des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) énonce que « *la protection du secret professionnel [de l'avocat] est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose 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* » (CEDH, arrêt du 24 juillet 2008, André et autre c. France, n° 18603/03, § 41).

Elle considère qu'il en va d'une bonne administration de la justice et du respect de l'article 6 de la Convention (ex : CEDH, arrêt du 4 octobre 2018, Leotsakos c. Grèce, n° 30958/13, § 38).

La Cour européenne des droits de l'homme considère encore que le secret professionnel des avocats est spécifiquement protégé par l'article 8 de la Convention (CEDH, arrêt du 6 décembre 2012, Michaud c. France, n° 12323/11, § 119).

S'agissant de la protection accordée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit au respect de la vie privée et de la correspondance, la Cour européenne des droits de l'homme admet la compatibilité avec l'article 8 de perquisitions et saisies effectuées au cabinet ou au domicile d'un avocat, selon l'analyse suivante (CEDH, arrêt du 25 février 2003, Roemen et Schmitt c. Luxembourg, n° 51772/99 ; analyse équivalente dans l'arrêt André e.a. c. France précité, §§ 36-40) :

« 64. La Cour rappelle en premier lieu que le terme de « domicile » figurant à l'article 8 peut englober, par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 34, § 30).

65. Elle considère, avec la requérante, que la fouille opérée au cabinet de celle-ci et la saisie d'un document relatif au dossier de son mandant s'analysent en une ingérence dans l'exercice par l'intéressée des droits découlant du paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention.

66. Elle estime que pareille ingérence était « prévue par la loi ». En effet, les articles 65 et 66 du code d'instruction criminelle traitent des perquisitions et saisies en général, tandis que l'article 35 (3) de la loi du 10 août 1991 définit les modalités à respecter en cas de perquisition et/ou de saisie opérée auprès d'un avocat.

67. Elle juge par ailleurs que l'ingérence poursuivait un « but légitime », à savoir celui de la défense de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales.

68. Quant à la question de la « nécessité » de cette ingérence, la Cour rappelle que « les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite et [que] leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante » (*Crémieux c. France*, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-B, p. 62, § 38). »

La Cour européenne des droits de l'homme recherche si l'atteinte portée à la protection renforcée que l'article 8 de la Convention confère à la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients est disproportionnée au regard du but légitime poursuivi par une telle atteinte (arrêt *Michaud c. France* précité, §§ 118-120).

Cette Cour a rendu récemment une décision (CEDH, arrêt du 6 septembre 2024, *Bersheda et Rybolovlev c. Monaco*, n° 36559/19 et 36570/19), qui souligne le fait que, quelles que soient les spécificités des éléments de la cause (en l'espèce, en particulier, la remise volontaire, par l'avocate mise en cause, de nationalité étrangère, de son téléphone aux enquêteurs, suivie d'expertise, y compris sur des éléments effacés), les Etats ont l'obligation de protéger la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients, ainsi que le secret professionnel.

Le communiqué de presse indique :

« La Cour regrette l'absence de mise en oeuvre initiale, par le juge d'instruction, d'un cadre protecteur du secret professionnel de l'avocat dans des affaires telles que la présente, en particulier lorsque le droit interne prévoit des garanties pour des mesures certes différentes, mais aux conséquences comparables, à l'instar des perquisitions et des saisies, tout en relevant par ailleurs que cette défaillance originelle n'a pas été redressée par un contrôle judiciaire subséquent. En particulier, la connaissance par le juge d'instruction de l'existence de messages effacés, susceptibles de contenir des données couvertes par le secret professionnel, s'agissant d'un téléphone utilisé à titre privé et professionnel, aurait dû, à tout le moins, justifier la mise en oeuvre d'une protection adéquate attachée à la qualité d'avocat de la requérante. Or, tel n'a cependant pas été le cas, et ce, alors même que plusieurs garanties sont expressément prévues par le droit interne. [...]

L'ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa correspondance et de sa vie privée n'était donc pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis et, dès lors, n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention. »

La CEDH a ainsi démenti l'appréciation de autorités nationales qui avaient considéré qu'il n'avait pas été porté atteinte au secret professionnel, dès lors, en particulier, que l'avocate concernée avait volontairement, et à son initiative, remis son téléphone aux autorités aux fins de toutes analyses que la justice pourrait souhaiter, et que les garanties spéciales de procédure liées à la qualité d'avocat n'étaient pas applicables, son téléphone n'ayant pas été saisi lors d'une perquisition dans son cabinet et les mesures litigieuses ne constituant ni des perquisitions ni des saisies.

En l'espèce, le mémoire ampliatif soutient que le président de la chambre de l'instruction a établi l'absence de raisons plausibles de soupçonner les avocats perquisitionnés d'une quelconque infraction, que dès lors, aucun document relevant du secret professionnel ou des droits de la défense ne pouvait être saisi, que l'ordonnance attaquée a retenu à tort que la saisie du protocole transactionnel ne relevait pas de l'exercice des droits de la défense alors qu'il participait pleinement de cet exercice au regard des intérêts défendus par chacune des parties, soucieuses de mettre un terme à leur différend (voir le rapport plus bas sur la quatrième branche), et que l'intervention des avocats a eu lieu dans le cadre de procédures en cours au Qatar pour des faits d'intelligence avec une puissance étrangère.

Par l'ordonnance attaquée, le président de la chambre de l'instruction a considéré, d'une part, que le caractère saisissable des pièces devait s'analyser indépendamment de toute mise en cause de MM. [F] et [Z] , avocats, dans les faits, d'autre part, après description précise du contenu des documents, que les documents saisis entrent dans le périmètre de l'ordonnance d'autorisation de perquisition, sont utiles à la manifestation de la vérité comme étant en lien avec les infractions dénoncées et ne relèvent pas du secret de la défense en l'absence d'une procédure judiciaire entre les protagonistes.

- Sur la quatrième branche du moyen :

L'article 187 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, dispose, dans sa version applicable au dossier :

« Le bâtonnier peut, soit de sa propre initiative, soit à la demande du procureur général, soit sur la plainte de toute personne intéressée, procéder à une enquête sur le comportement d'un avocat de son barreau. Il peut désigner à cette fin un délégué, parmi les membres ou anciens membres du conseil de l'ordre. Lorsqu'il décide de ne pas procéder à une enquête, il en avise l'auteur de la demande ou de la plainte.

Au vu des éléments recueillis au cours de l'enquête déontologique, il établit un rapport et décide s'il y a lieu d'exercer l'action disciplinaire. Il avise de sa décision le procureur général et, le cas échéant, le plaignant.

Lorsque l'enquête a été demandée par le procureur général, le bâtonnier lui communique le rapport.

Le bâtonnier le plus ancien dans l'ordre du tableau, membre du conseil de l'ordre, met en oeuvre les dispositions du présent article lorsque des informations portées à sa connaissance mettent en cause le bâtonnier en exercice. »

Cette version a été légèrement modifiée par le décret n° 2022-965 du 30 juin 2022, dont les dispositions s'appliquent aux procédures disciplinaires engagées et aux réclamations reçues postérieurement à la publication de ce décret. Cette modification a notamment consisté à distinguer l'enquête déontologique, objet du chapitre II ter, de la procédure disciplinaire, objet du chapitre III, afin de marquer son autonomie : une telle enquête n'aboutit pas nécessairement à l'ouverture d'une procédure disciplinaire et cette dernière peut être engagée sans enquête déontologique préalable.

La circulaire NOR : JUSC2230652C du 9 novembre 2022 de présentation de la réforme de la discipline des avocats (BO Justice et Libertés du 9 novembre 2022 - Numéro 2022-11) comporte en annexe une fiche 2 qui indique :

« L'enquête déontologique n'est pas une création de la réforme introduite par la loi du 22 décembre 2021. Elle figurait dans le chapitre III du décret du 27 novembre 1991 relatif à la « Procédure disciplinaire ». Elle figure désormais dans un chapitre nouveau distinct : le chapitre II ter intitulé « L'enquête déontologique ».

La seule modification apportée par le décret du 30 juin 2022 réside dans le fait que le bâtonnier peut désormais désigner plusieurs délégués pour procéder à cette enquête.

L'enquête déontologique est une étape indépendante de la procédure disciplinaire. Elle n'aboutit d'ailleurs pas nécessairement sur une procédure disciplinaire. Il ne s'agit pas plus d'une étape préalable obligatoire.

Elle est engagée par le bâtonnier, qui peut, soit de sa propre initiative, soit à la demande du procureur général, soit sur la plainte de toute personne intéressée, procéder à une enquête sur le comportement d'un avocat de son barreau.

Le bâtonnier désigne à cette fin, parmi les membres ou anciens membres du conseil de l'ordre, un ou plusieurs délégués qui établissent un rapport et le transmettent au bâtonnier.

Lorsqu'il décide de ne pas procéder à une enquête, il en avise sans délai et par tout moyen le procureur général ou l'auteur de la plainte selon que l'enquête a été demandée par l'un ou l'autre.

S'il procède à une enquête déontologique, il décide alors, au vu des éléments recueillis, s'il y a lieu d'exercer l'action disciplinaire. Il avise de sa décision sans délai et par tout moyen le procureur général et, le cas échéant, le plaignant. En outre, lorsque l'enquête a été demandée par le procureur général, le bâtonnier lui communique le rapport. Le procureur général pourra, en l'absence de saisine de la juridiction disciplinaire par le bâtonnier et s'il l'estime justifiée, lancer lui-même l'action disciplinaire.

Lorsque le bâtonnier ne procède pas à l'enquête déontologique ou lorsqu'il n'exerce pas l'action disciplinaire à son issue, le procureur général récupère son pouvoir propre d'exercice de l'action disciplinaire. Si la demande d'enquête fait suite à une plainte, son auteur peut également décider de saisir lui-même la juridiction disciplinaire, la plainte

adressée au bâtonnier, au sens de l'article 187, valant réclamation au sens de l'article 186-1. C'est cette plainte qui sera jointe à sa requête, conformément aux dispositions de l'article 188.

Le bâtonnier le plus ancien dans l'ordre du tableau, membre du conseil de l'ordre ou, à défaut, le membre du conseil de l'ordre le plus ancien dans l'ordre du tableau, met en œuvre les dispositions du présent article lorsque des informations portées à sa connaissance mettent en cause le bâtonnier en exercice. »

La chronique suivante fournit un éclairage sur la nature de l'enquête déontologique (Stéphanie Grayot-Dirx, *Chronique avocats*, La Semaine juridique, éd. générale (JCP G) n° 47 du 22 novembre 2021) :

« 5. Discipline

14. - L'enquête déontologique et le contradictoire. - Dans un arrêt du 30 juin 2021, la 1re chambre civile de la Cour de cassation affirme que le bâtonnier procédant à une telle enquête « n'est pas tenu d'entendre contradictoirement l'avocat concerné » au motif, repris des juges du fond, qu'elle « ne fait pas partie de la procédure disciplinaire » (n° 19-23.722 , inédit). Cette enquête, donnant au bâtonnier des informations sur le comportement d'un avocat, lui permet de décider s'il y a lieu d'exercer une action disciplinaire. Pourtant, les textes n'en précisent pas la procédure (D. n° 91-1197, art. 187). Pour le barreau de Paris, le Règlement intérieur du barreau de Paris (RIBP) a tranché ces questions (P.72.2). Hormis ce cas, comment faire, alors que la régularité de l'éventuelle procédure disciplinaire est en jeu ? Pour la procédure disciplinaire, on sait qu'« il est procédé comme en matière civile pour tout ce qui n'est pas réglé par le présent décret » (D. n° 91-1197, art. 277) et qu'elle doit répondre aux exigences de l'article 6, § 1, de la Convention EDH. Mais l'enquête déontologique fait-elle partie de la procédure disciplinaire ? Déjà, en 2012, la Cour avait laissé entendre que la réponse était négative et l'enquête non contradictoire (Cass. 1re civ., 17 oct. 2012, n° 11-17.999 : JurisData n° 2012-023285 ; JCP G 2012, 1304, note A. Bolze). Voir affirmée nettement aujourd'hui l'absence de caractère contradictoire de cette enquête ne surprend donc pas. Cela est cohérent avec la position prise pour les notaires (Cass. 1re civ., 14 janv. 2016, n° 14-23.100 : JurisData n° 2016-000288) ou, par le Conseil d'État, pour les architectes (CE, 12 nov. 2020, n° 428931 : JurisData n° 2020-018213). Ce dernier prévoit toutefois une limite intéressante : que l'enquête ne porte pas, par avance, une « atteinte irréversible au respect des droits de la défense ».

L'arrêt du Conseil d'Etat cité in fine de cette chronique fait l'objet du résumé suivant :

« Si le principe des droits de la défense garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'applique à la procédure de sanction ouverte par la notification des griefs et non à la phase préalable à la saisine de la chambre régionale de discipline de l'ordre des architectes, cette phase préalable ne saurait, sans entacher d'irrégularité la sanction prise au terme de l'instance juridictionnelle, porter par avance une atteinte irréversible aux droits de la défense des personnes qui font l'objet d'une procédure de sanction. Si le requérant soutient qu'il n'a été informé, pendant la phase préalable d'enquête administrative, ni de ce que les éléments recueillis au cours de son audition par la commission de déontologie étaient susceptibles d'être utilisés dans le cadre d'une procédure disciplinaire, ni qu'il pouvait se faire assister par un conseil, d'une part aucun texte n'imposait une telle information

et, d'autre part, cette circonstance n'est pas de nature à avoir porté, par avance, une atteinte irrémédiable au respect des droits de la défense pendant la procédure juridictionnelle ayant donné lieu à la sanction attaquée. Par suite, la chambre nationale de discipline a pu, sans erreur de droit, juger que les irrégularités invoquées concernant la procédure administrative préalable étaient sans incidence sur la régularité de la procédure juridictionnelle. »

Examinant la réforme de la procédure disciplinaire des avocats en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2022, un auteur analyse la procédure déontologique comme suit (Stéphane Bortoluzzi, *Une réforme de la procédure disciplinaire à parachever*, La Semaine juridique, éd. générale (JCP G), n° 28 du 18 juillet 2022) :

« 2. L'enquête déontologique

L'enquête déontologique n'est pas en soi un acte de la procédure disciplinaire, mais un moyen pour le bâtonnier de l'ordre d'appréhender, à sa seule discrétion, les éléments liés à une situation dont il a connaissance et ainsi, de l'approfondir avant toute prise de décision ou engagement d'une éventuelle procédure disciplinaire. Le CNB avait proposé dans son rapport adopté lors de l'assemblée générale du 14 janvier 2022 de créer un chapitre distinct concernant l'enquête déontologique et ainsi, de ne plus la faire figurer à la Section I du Chapitre III du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 sur la procédure disciplinaire. Le décret du 30 juin 2022 reprend cette proposition et insère un Chapitre II ter (nouveau), précédant le Chapitre III « Procédure disciplinaire » au décret du 27 novembre 1991 (D. n° 91-1197, 27 nov. 1991, art. 187 mod.). »

La chambre criminelle ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si les pièces d'une enquête déontologique peuvent relever de l'exercice des droits de sa défense par l'avocat visé par cette enquête.

Elle juge que *« la conversation téléphonique dans laquelle un avocat placé sous écoute réfère de sa mise en cause dans une procédure pénale à son bâtonnier ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, à moins qu'elle ne révèle un indice de participation personnelle de ce bâtonnier à une infraction pénale »* (Crim., 22 mars 2016, n° 15-83.205).

La 1^{re} chambre civile considère que *« l'enquête déontologique effectuée par le bâtonnier constitue une phase administrative préalable, destinée au recueil d'informations, au cours de laquelle le principe de la contradiction et l'assistance d'un avocat ne s'imposent pas et que l'effectivité des droits de la défense est garantie au titre de la procédure disciplinaire après la saisine de l'instance disciplinaire et notamment au cours de la phase d'instruction obligatoire »* (1^{re} Civ., 19 avril 2023, n° 22-13.525).

On peut aussi rappeler les motifs, cités plus haut, de la décision n° 2022-1030 QPC du 19 janvier 2023 selon lesquels les documents doivent, pour relever de l'exercice des droits de la défense, être relatifs à une procédure juridictionnelle ou non juridictionnelle tendant au prononcé d'une sanction.

En l'espèce, si la quatrième branche du moyen se limite à invoquer le caractère confidentiel des éléments recueillis lors d'une enquête déontologique, les développements du mémoire ampliatif font expressément valoir que les éléments recueillis au cours de l'enquête déontologique relèvent des droits de la défense, ainsi

que la bâtonnière l'a soutenu devant le président de la chambre de l'instruction en écrivant dans son mémoire que « les avocats [C] [Z] et [K] [F] ont fait valoir leur propre défense contre les accusations qui étaient portées à leur endroit ».

Par l'ordonnance attaquée, le président de la chambre de l'instruction a constaté que le scellé [F] n° 5 comporte une plainte de M. [B] [E] au bâtonnier en date du 30 septembre 2021 en vue d'une enquête déontologique, les procès-verbaux d'audition des deux avocats par les délégués du bâtonnier en date des 20 et 25 février 2022 et le procès-verbal d'audition conjointe des deux avocats par les délégués du bâtonnier en date du 7 novembre 2022. Puis il a énoncé :

« Il est intéressant de noter que cette procédure déontologique diffère d'une procédure disciplinaire comme le souligne d'ailleurs le bâtonnier lui-même qui rappelle à Me [Z] que dans ce cadre, les avocats n'ont pas accès à la procédure.

Il se déduit effectivement de cet article 187 susvisé que la procédure déontologique ne peut pas directement donner lieu à une sanction mais peut constituer le préalable à une procédure disciplinaire après la rédaction du rapport.

Il ne s'agit pas non plus, dans le cadre de cette procédure déontologique, de confidences d'un avocat adressées à son bâtonnier mais d'un échange officiel et formel retranscrit par écrit.

Cette procédure n'ayant pas pour objet le prononcé d'une sanction, ne relève pas, à ce titre, des droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789, au sens de la décision du Conseil constitutionnel n°2022-1030 QPC du 19 janvier 2023.

En cet état, ce scellé, qui est utile à la manifestation de la vérité, est en lien avec les faits et ne relève pas des droits de la défense sera versé en procédure. »