

FBE MADRID
23-25/9/10

Me Dominique ATTIAS
Avocat
Membre du Conseil de l'Ordre
du Barreau de Paris (France)

AFFAIRE
ANDRE et autres
contre
FRANCE

REQUETE N°18630/03
ARRET CEDH DU 24.7.2008

« Le secret est inhérent à la profession même d'avocat ».

Il est évoqué dans tous les codes de déontologie, à l'instar du code de déontologie des avocats européens adopté par le CCBE qui prévoit en son article 2-3 portant sur le secret professionnel : *« qu'il est de la nature même de la mission d'un avocat, qu'il soit dépositaire des secrets de son client et destinataire de communications confidentielles.*

Sans la garantie de confiance, il ne peut y avoir de confiance.

Le secret professionnel est donc reconnu comme Droit et devoir fondamental et primordial de l'Avocat. »

Cette citation est extraite du § 37 des conclusions de l'Avocat Général, Monsieur Poiaras Maduro dans l'affaire C-305/05 concernant l'Ordre des Barreaux francophones et germanophones, l'Ordre français des Avocats du Barreau de Bruxelles, l'Ordre des Barreaux flamands, l'Ordre néerlandais des Avocats du Barreau de Bruxelles CONTRE le Conseil des Ministres.

La colonne vertébrale de l'Avocat : son secret professionnel et sa déontologie.

La procédure applicable en France

Les opérations de perquisition et de visite domiciliaire sont prévues en France, par :

- l'article L 16 B du Livre des Procédures fiscales,
- l'article 56 du Code de Procédure Pénale et plus spécifiquement l'alinéa qui en définissent les modalités (l'article 56 al.3),
- l'article 56-1.

-l'article L 16 B des procédures fiscales précise que l'autorité judiciaire peut autoriser des agents de l'Administration des impôts à rechercher la preuve d'agissements délictueux d'un contribuable en effectuant des visites en tous lieux même privés.

Le § II de cet article prévoit que chaque visite doit être autorisée par une Ordonnance du juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande Instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter.

Le juge doit vérifier **de manière concrète**, dit le texte, que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée, cette demande devant comporter tous les éléments d'information en possession de l'Administration, de nature à justifier la visite... cette visite et la saisie des documents, s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du Juge qui les a autorisées.

L'Ordonnance du Juge des Libertés n'est susceptible que d'un pourvoi en Cassation, ce pourvoi n'étant pas suspensif.

-les articles 56 et 56-1 du Code de Procédure Pénale

L'article L 16B renvoie expressément aux dispositions du 3^e alinéa de l'article 56 du Code de Procédure Pénale précisant, pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense, que l'officier de police judiciaire a l'obligation de provoquer toutes mesures utiles.

L'article 56-1 se rapporte spécifiquement aux perquisitions dans un cabinet d'avocats ou à son domicile.

« 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 ».

Ce dernier article précise que seuls ces derniers, ont le droit de prendre connaissance des documents découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie, le Bâtonnier pouvant 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 cas d'espèce : l'Arrêt ANDRE contre FRANCE.

La situation était la suivante :

En juin 2001, une visite domiciliaire était organisée sur ordonnance du Président du Tribunal de Grande Instance, dans les locaux de la Société d'Avocats ANDRE, ANDRE & Associés en présence de notre confrère Marc ANDRE, par des fonctionnaires de l'Administration fiscale en vue de découvrir des éléments à charge contre une société cliente du cabinet d'avocats contre laquelle pesait une présomption de fraude fiscale.

Etaient également présents : le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Marseille et un Officier de Police Judiciaire.

Parmi les documents saisis à l'issue de cette opération, figuraient des notes manuscrites et un document portant une mention manuscrite rédigée par Marc ANDRE Avocat.

Le Bâtonnier fit observer qu'il s'agissait de documents personnels de l'Avocat qui, soumis au secret professionnel absolu, ne pouvaient faire l'objet d'une saisie.

Malgré les observations écrites du Bâtonnier, les documents furent saisis.

Les requérants formèrent un pourvoi en cassation pour contester la légalité de la visite domiciliaire et des saisies pratiquées.

Ils soulevèrent :

-d'une part que la correspondance entre un client et son avocat, protégée par le secret professionnel, ne pouvait faire l'objet d'une saisie, que lorsque la perquisition tendait à démontrer la participation de l'Avocat à l'infraction,

-et d'autre part, que l'ordonnance d'autorisation de la perquisition ne mentionnait pas expressément la présence obligatoire du Bâtonnier ou de son délégué à l'opération.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, rejeta le pourvoi par un arrêt du 11 décembre 2002.

La saisine de la CEDH

Les requérants ont donc saisi la Cour européenne des Droits de l'Homme, soutenant la même argumentation, invoquant une violation des articles 6 §1 et 3.c) : le droit à un procès équitable, et l'article 8 : le droit au respect de la vie privée et familiale, insistant sur le fait que la visite domiciliaire et la saisie pratiquée avaient porté atteinte au respect des droits de la défense et au secret professionnel et que la correspondance entre un client et son avocat ne pouvait faire l'objet d'une saisie, que lorsque la perquisition tendait à démontrer la participation de l'avocat à l'infraction.

Je ne m'étendrai pas sur la violation de l'article 6 §1, et de l'article 13 de la Convention afférente au droit à un procès équitable et au droit à un recours effectif qui n'est pas le sujet que j'ai à traiter, mais la Cour rappelle dans l'arrêt ANDRE, avoir déjà jugé dans l'arrêt RAVON contre France que la procédure de visite domiciliaire et de saisie telle que prévue à l'article L 16 B du livre de procès fiscal, ne répond pas aux exigences de l'article 6 §1 de la Convention en raison de l'absence de contrôle juridictionnel effectif.

En effet, la Cour de Cassation n'examine que le Droit.

A la suite des ces arrêts, la France a modifié sa législation par une loi du 4 août 2008 qui introduit la possibilité d'interjeter appel devant le Premier Président de la Cour d'Appel.

Mais revenons au secret professionnel.

La violation du secret professionnel est du domaine de l'article 8 de la convention qui a été visée par les requérants et qui dispose que :

*«1.toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, **de son domicile** et de sa correspondance.*

2.Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi. »

Depuis l'arrêt NEIMEITZ contre Allemagne (16 décembre 1992 § 29 et 32), la notion de domicile est reconnue aux domiciles professionnels et donc aux cabinets d'avocats.

La Cour européenne l'a rappelé à de nombreuses reprises : l'arrêt BRUALLA GOMEZ DE LA TORRE contre ESPAGNE, du 19 décembre 1997 (Requête n°26737/95 §41), l'arrêt de la grande Chambre KUDLA contre POLOGNE du 26 octobre 2000 (requête n°30210/96 §146), précisent que la notion de « *domicile* » prévue à l'article 8 de la Convention « *peut englober par exemple, le bureau d'un membre d'une profession*

libérale, notamment d'un avocat », et en déduit donc que l'article 8 de la Convention est applicable.

Si la Cour par ailleurs, reconnaît que l'ingérence ayant pour objectif de protéger l'ordre public et de prévenir les infractions pénales, poursuivait un but « *légitime* » quant à « *la nécessité de cette ingérence* », les juges européens considèrent que les perquisitions et visites domiciliaires effectuées dans un cabinet d'avocats, « *doivent impérativement être assorties de garanties particulières* » et qu'il est « *impératif d'encadrer strictement de telles mesures.* » (§42).

La Cour note que si la visite domiciliaire s'est bien accompagnée d'une garantie spéciale puisque le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Marseille était présent, « *en revanche, outre l'absence du juge qui avait autorisé la visite domiciliaire, la présence du Bâtonnier et ses contestations expresses... n'ont pas été de nature à empêcher la consultation effective de tous les documents du cabinet, ainsi que leur saisie.* » (§44).

La Cour relève de surcroît que l'autorisation domiciliaire avait été rédigée **dans des termes larges**, de sorte que les fonctionnaires et officiers de police judiciaire, se sont vus reconnaître des pouvoirs étendus.

Je vous renvoie à un arrêt antérieur du 7 avril 2008 (MANCEVSCHI contre MOLDOVA) concernant également un Avocat qui a estimé que l'article 8 avait été violé, la Cour relevant que la Commission Rogatoire était libellée de manière extrêmement vague et donnait tous pouvoirs aux enquêteurs de rechercher ce qu'ils souhaitaient.

Le §46 de l'arrêt ANDRE relève :

« ensuite, et surtout, la Cour constate que la visite domiciliaire litigieuse avait pour but la découverte chez les requérants, en leur seule qualité d'avocats de la société soupçonnée de fraude, de documents susceptibles d'établir la fraude présumée de celle-ci et de les utiliser à charge contre elle. »

Elle rajoute :

« A aucun moment les requérants n'ont été accusés ou soupçonnés d'avoir commis une infraction ou d'avoir participé à une fraude commise par leur cliente. »

En effet, l'incrimination éventuelle d'un avocat dans un délit, lui ferait perdre les garanties dont son cabinet doit bénéficier.

La Cour estime que l'Administration fiscale a organisé cette opération chez cet avocat parce qu'elle avait des difficultés à trouver des documents de nature à confirmer ses soupçons de fraude dans le cadre du contrôle fiscal.

La Cour juge donc (§48), que « *la visite domiciliaire et les saisies effectuées au domicile des requérants étaient dans les circonstances de l'espèce, disproportionnées par rapport au but visé* ».

Au regard de tous ces éléments, la Cour a conclu à l'unanimité, à la violation de l'article 8 de la Convention.

La Cour a alloué à Mr ANDRE, 5.000 € pour dommage moral ainsi que 10.000 € conjointement à l'avocat et à la société professionnelle, pour frais et dépens plus tous montants pouvant être dûs par les requérants à titre d'impôt.

Conclusion

La visite domiciliaire ou perquisition d'un cabinet d'avocat, porte incontestablement atteinte au secret professionnel.

L'arrêt ANDRE contre FRANCE a eu une répercussion immédiate en Droit interne, puisqu'une loi du 4 août 2008, permet désormais aux justiciables d'exercer un recours effectif contre les décisions des Autorités.

Cet arrêt pose les principes essentiels applicables à la protection du secret professionnel de l'avocat.

Cette décision a pour mérite de mettre en avant la nécessité de garanties particulières lors de la mise en œuvre de perquisitions et saisies chez l'Avocat et de rappeler que l'ingérence des autorités, si elle peut être considérée comme légitime, doit être proportionnée au but poursuivi.

Le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client, tel que cela avait déjà été rappelé par de nombreux arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes (affaire AM et S EUROPE LIMITED contre COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES 155/79 arrêt du 18 mai 1982) ; affaire WOUTERS n° C-309-99, arrêt du 19 février 2002).

La protection du secret professionnel est le corollaire du droit du client à ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Cela présuppose que les autorités doivent chercher à fonder leur argumentation et /ou position sans recourir à des éléments de preuve obtenus au cours de saisies dans le cabinet de son conseil.

Le cabinet de l'avocat, son domicile professionnel, doit rester ce sanctuaire qui permet au client de se confier en toute sécurité.

Le secret professionnel comme une déontologie forte, relève de l'essence même de notre profession, y renoncer, en affaiblir le contenu, serait perdre notre âme.

La protection du secret professionnel fait partie des devoirs de toute société démocratique qui se respecte.