

## Legal Privilege et secret professionnel des avocats regards croisés franco-américains

En France, le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, absolu et bénéficie de la protection du Bâtonnier qui peut contester toute saisie lors d'une perquisition. Les exceptions permettant de le lever sont très limitées et strictement contrôlées, même s'il est vrai que la volonté du législateur, des autorités administratives et de l'autorité judiciaire est de rechercher une transparence accrue des opérations des différents acteurs de la vie économique. Il est menacé par l'intrusion, les écoutes, la surveillance, la sonorisation, la captation des données informatiques. Le secret n'existerait plus qu'en matière de défense et non plus en matière de conseil, au mépris de la loi. Le secret est retenu comme une obligation et ensuite comme un droit.

Aux États-Unis, le Legal Privilege est plus étendu, il englobe les juristes avocats ou non, s'applique à toutes les activités et à tous les documents. La procédure de Discovery est particulièrement ample.

Les tables rondes ont abordées les thèmes suivants :

1° Le secret professionnel de l'avocat est-il encore protégé en France ?

2° Approches comparatives du Legal Privilege américain et du secret de l'avocat en France

3° Quelle approche en cas d'investigations multi-juridictionnelles France - Etats-Unis ?

**Intervenant: Me Basile ADER – Vice - Bâtonnier élu de Paris**

## **1/ Le secret professionnel de l'avocat en droit français est à géométrie variable.**

Si on le prend du côté des obligations personnelles de chaque avocat, il est absolu. Tout avocat, sauf pour l'exercice des droits de la défense de son client et très exceptionnellement s'il doit lui-même se défendre contre ce propre client pour justifier de son travail (procès responsabilité et taxation d'honoraires) ne peut, en aucun cas, révéler ce qui lui a été confié par son client.

Cette obligation existe même lorsque l'avocat n'a échangé que quelques minutes avec un nouveau client sur les projets de celui-ci, et qui apprend qu'il existe un conflit d'intérêt avec l'un de ses propres clients. Alors même qu'il a aussitôt mis fin à l'entretien, tout ce qu'il a pu apprendre pendant ces quelques minutes est couvert par le secret. Il ne peut pas en aviser son propre client, alors même qu'il est tenu à son égard à une parfaite loyauté et une obligation de conseil. C'est dire si cette obligation de secret professionnel s'impose avec beaucoup de force à tous les avocats (et aux personnels qui travaillent avec lui). C'est une obligation dont le non-respect est sanctionné pénalement.

Par contre, si l'on se place sur le terrain du droit que pourrait revendiquer un avocat au secret professionnel, le spectre se rétrécit considérablement. Il n'est plus alors envisagé par l'autorité publique, s'agissant d'un secret qui s'appliquerait cette fois-ci in rem, c'est-à-dire aux éléments, documents, notes, correspondances, échanges téléphoniques et autres, qu'à l'aune des dispositions du code de procédure pénale ; lesquelles encadrent les écoutes téléphoniques et les perquisitions dans les cabinets d'avocats. Selon l'interprétation qu'en donne la chambre criminelle de la Cour de cassation, le secret professionnel ne s'applique plus alors qu'aux échanges ressortant très strictement de l'exercice des droits de la défense ; ce qui suppose qu'une procédure pénale soit mise en œuvre et que l'avocat en question soit bien celui qui est désigné pour la défense de son client, et uniquement de celui-ci.

Il convient, à ce stade, de rappeler que le secret professionnel, comme l'exercice des droits de la défense ne sont pas des droits que l'avocat revendique pour lui-même, mais sont bien des droits du citoyen dans un état démocratique, lequel a droit à la confidentialité de tout ce qu'il a pu confier à son avocat. A ce titre, le secret professionnel, comme les droits de la défense sont des apanages du citoyen.

## **2/ La tentative d'encadrement par le législateur**

Avant d'examiner plus avant la jurisprudence de la chambre criminelle sur le terrain des écoutes téléphoniques, qu'il m'appartient de rappeler, il convient de dire que le législateur a tenté d'encadrer et d'assurer aux avocats cette sphère de protection, dans les rédactions successives des dispositions de la loi du 31 décembre 1971 sur la profession d'avocat en l'occurrence de son article 66-5.

Cet article 66-5 dans sa version initiale issue de la loi du 31 décembre 1990 disposait : « les consultations adressées par un avocat à son client, et les correspondances échangées entre son client

*et son avocat, sont couverts par le secret professionnel ».*

La définition semblait suffisamment claire et large. Pour autant il est apparu très vite qu'il fallait la compléter pour tenter de contrecarrer les appétits des enquêteurs et juges d'instruction qui ont vite vu que, dans cette définition, ne figurait pas l'activité de « conseil » de l'avocat.

Cela a conduit le législateur à préciser les termes de l'article 66-5 dans la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. La rédaction fut alors la suivante : « *En toute matière, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, et les correspondances échangées entre son client et son avocat, sont couverts par le secret professionnel ».*

Ce n'est pas l'obligation personnelle de l'avocat que visait alors le législateur, mais bien qu'il entendait opposer une protection contre les curiosités des autorités publiques. L'adjonction des mots « en toute matière » était de nature à clarifier le sens et la portée du texte de 1990, de même que la précision selon laquelle étaient également protégées « les consultations », que l'on a trop souvent saisies lors de perquisitions pour incriminer tant le client que l'avocat au titre d'une complicité, comme on a pu le voir en matière fiscale...

Pour autant, la Cour de cassation n'a jamais examiné le droit des enquêteurs à l'aune de ce texte. Elle s'est borné à interpréter les dispositions du code de procédure pénale. Ce qui a amené le législateur une troisième fois à modifier son texte, en l'occurrence dans la loi du 28 mars 2011 sur la modernisation des professions judiciaires et juridiques et de certaines protections réglementées, en posant que l'article 66-5 serait rédigé de la manière suivante : - c'est la rédaction toujours en vigueur- : « *En toute matière, 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 son client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle, notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couverts par le secret professionnel ».*

Il semblait alors acquis qu'était dès lors posée une règle intangible imposant que doit demeurer couvert par le secret tout ce qui ressortait aux relations entre l'avocat et son client.

### **3/ Abordons à présent la question sous l'angle de l'interception des communications téléphoniques.**

La règle est en l'occurrence posée à l'article 100-5 alinéa 3 du code de procédure pénale qui pose que : « *A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense... ».*

Ce texte n'interdit pas les écoutes ou les interceptions. Il réglemente uniquement la transcription pour n'écarter que celles qui ressortent à « l'exercice du droit de la défense ».

---

S'agissant des interceptions, la seule bémol qu'apporte la loi c'est celle qui vise directement les lignes de l'avocat (cabinet, domicile, mobile). La loi du 8 juillet 1995 a précisé, à l'article 100-7.2ème alinéa du code de procédure pénale, que : « *Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat, ou de son domicile, sans que le Bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction ».*

Il n'est pas dit ce que le bâtonnier peut faire de cette information. Selon l'unanimité de la doctrine, il n'est pas question pour celui-ci d'en informer aussitôt le confrère, cela paraît aller de soi. Il reste qu'aucun texte ne viendrait réprimer un tel agissement...

Selon l'usage, cette information permet seulement au bâtonnier s'il estime -sans toutefois avoir connaissance du dossier – qu'une telle écoute serait illégitime, parce que rien ne viendrait justifier des soupçons suffisamment sérieux à l'encontre de l'avocat écouté, mais qu'il pourrait y avoir d'autres motivations, notamment politiques, d'en aviser le procureur général, voire le président du tribunal.

#### **4/ L'interprétation de la cour de cassation**


Selon l'indication qu'en donne la jurisprudence de la Cour de cassation, tel que rappelé par cette dernière dans son refus de transmettre une QPC (cass. crim. 06 avril 2016 n°15-86-043) la règle jurisprudentielle est la suivante : « *les dispositions de l'article 100 du code de procédure pénale n'excluent pas la possibilité d'une interception inopinée d'une conversation entre un avocat avec son client, à l'occasion d'une écoute d'une ligne dont l'avocat n'est pas titulaire, sa transcription ne peut être réalisée qu'à titre exceptionnel s'il existe contre l'avocat des indices de participation liée à une infraction, l'annulation des actes de transcription devant être prononcée en l'absence de tels indices* ».


Il faut donc comprendre de l'ensemble de ces règles et de cette jurisprudence que s'agissant de l'interception, voire de la transcription, de conversations qu'un avocat tient avec son client, qui serait interceptée depuis les lignes de l'avocat, il suffit juste que le bâtonnier en ait été avisé sans que ce dernier ne puisse rien faire, pour empêcher ces écoutes, sauf abus manifeste.


S'agissant des écoutes « inopinées » des conversations entre un avocat et son client depuis les lignes de ce dernier, elles ne sont pas interdites, mais leur transcription n'est possible que si elles révéleraient que l'avocat lui-même a participé aux infractions.


Bref, en tous les cas on peut écouter ce qu'un avocat dit à son client, mais on ne peut s'en servir que si ces écoutes révéleraient que l'avocat sort de son rôle pour devenir une forme de complice.

Rappelons enfin la jurisprudence :


 « *Le pouvoir du juge d'instruction trouve sa limite dans le respect des droits de la défense, qui commande notamment la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen. Il ne peut être dérogé à ce principe qu'à titre exceptionnel, s'il existe entre l'avocat des indices de participation à une infraction* » (Crim. 15 janvier 1997 bull. crim. n°14).


 « *La liberté de communication entre l'avocat et son client qui entraîne l'interdiction d'intercepter les correspondances ou les communications téléphoniques qu'ils échangent, ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoute téléphonique le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce dernier avec l'avocat de la personne* » (Crim 30 septembre 1997 Bull. Crim. n° 243)


 « La captation et la transcription de conversations téléphoniques échangées entre un avocat et son client sont régulières dès lors que le contenu de celles-ci est de nature à faire présumer de la participation de cet avocat à une infraction, les droits de la défense n'étant pas alors en cause » (Crim. 14 novembre 2001 Bull. Crim. n°238)

 « Aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement, et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers. Le texte qui interdit l'interception de correspondance ou de communication téléphonique échangées entre eux, ne fait pas obstacle à l'interception des communications d'un proche de cette personne avec l'avocat de celui-ci » (Crim. 10 mai 1994 Bull. Crim n°180) « sauf si l'avocat est aussi le défenseur de ce proche en l'occurrence le père des mis en examen » (Crim. 18 janvier 2006)

Sur cette règle on peut considérer que limiter à la seule personne mise en examen laquelle est quelquefois détenue préventivement les relations tenant à l'exercice des droits de la défense est contestable. Le plus souvent on échange avec ses proches pour l'organisation de sa défense dans des conditions de confidentialité identiques sur le terrain de l'obligation de secret professionnel de l'avocat ; lequel qui devrait pareillement s'imposer aux juges, car ils s'inscrivent effectivement et strictement dans l'exercice des droits de la défense.

 « Le juge d'instruction peut ordonner la captation et la transcription des conversations téléphoniques d'un avocat et de son client, dès lors que le contenu des conversations transcrites était de nature à contribuer à la manifestation de la vérité sur la participation de l'avocat aux infractions qui lui étaient reprochées et que les droits de la défense n'étaient pas en cause. » (Crim. 14 novembre 2001 Bull : Crim. n°238)

 Et enfin « Le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles dès lors qu'il est établi que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction ; tel est le cas lorsque les propos tenus par l'avocat étaient partie propre à faire présumer la commission par ce dernier de la violation du secret professionnel et pour les autres pouvait constituer une outrage à magistrat » (Crim. 1er octobre 2003 Bull. Crim n°177).

 Enfin, le dernier arrêt qui a statué sur cette question a été rendu par la Chambre criminelle le 15 juin 2016. Il est plutôt plus rassurant que ses prédécesseurs, la Cour de cassation casse un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel qui avait refusé d'annuler certains actes d'enquête « notamment le procès-verbal relatif à la surveillance mise en place devant le cabinet de l'avocat, alors qu'elle a prononcé l'annulation des procès-verbaux de transcription des conversations téléphoniques entre l'avocat et son client, comme ne révélant pas de contenu de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction ». En effet, « le contenu des conversations litigieuses procédait de l'élaboration d'une stratégie de défense et ne révélait pas au moment de l'écoute, des indices de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction, l'existence de ceux-ci ne pouvant se déduire d'éléments postérieurs ». (Cass. Crim. 15 juin 2016 n° 15-86.043).

\*\*\*

Voilà c'est donc l'état du droit. Il ne nous paraît à ce stade très satisfaisant, car il autorise donc

les écoutes téléphoniques des avocats, même s'il limite la possibilité de retranscrire les propos – c'est- à-dire s'en servir comme preuve pour les poursuites- que dans le cas où ces écoutes révéleraient des indices de participation de cet avocat à l'infraction.

Il serait très souhaitable qu'en application des dispositions de la loi de 1971, telles que récemment encore modifiées, les juges s'inspirent du système américain, lequel interdit –à peine de poursuites- de telles écoutes, dès lors que le numéro de téléphone appartient à un avocat.

La même difficulté vise pour les perquisitions et c'est ce dont va nous parler à présent Vincent Nioré.

**Intervenant: Me Vincent NOIRÉ** – Avocat au barreau de Paris, et Coordinateur délégué du Bâtonnier de Paris aux contestations de perquisitions chez l'avocat

Etant en fonction depuis 2008 et ayant contesté environ 140 perquisitions, mon propos consistera à définir en pratique le rôle du Bâtonnier, protecteur des droits de la défense, ou de son délégué, en perquisition chez l'avocat par la contestation des saisies aux fins de préservation du secret professionnel.

### **1) La mission du Bâtonnier ou de son délégué :**

Il est rappelé que le Bâtonnier ou son délégué agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense (Crim. 8 janvier 2013, n°12-90.063) :

« Attendu que le bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense ».

Crim. 9 février 2016 n° 15-85063 : « Le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense » et que la CEDH définit comme étant une « garantie spéciale de procédure » (notamment CEDH DA SILVEIRA c. France 21 janvier 2010).

Par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88.021), la Chambre Criminelle maintenant l'arrêt de la Chambre de l'Instruction retient que **« le Bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision »**.

La perquisition, par sa nature intrusive, génère une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD.

### **2) L'impossibilité d'apprécier l'existence ou non d'indices faute d'accès au dossier :**

Qu'il s'agisse des pièces et objets, documents papiers ou dématérialisés copiés sur un support par le magistrat, couverts par le secret professionnel ou officiels, le Bâtonnier ou le délégué du Bâtonnier est par principe dans l'incapacité d'apprécier si ces éléments contiennent ou non l'indice de la participation de l'avocat - présumé innocent - à la commission d'une infraction faute d'avoir accès au dossier pénal.

### **3) La condition de l'existence d'indices effectifs préexistants à la perquisition :**

Nonobstant les termes de la décision de perquisition, il n'est pas démontré que préexistaient à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission des infractions mentionnées à l'ordonnance de perquisition, ces indices devant être appréciés de manière intrinsèque dans les documents saisis, (Crim 25 juin 2013, n°12-88.021, arrêt de la Chambre de l'instruction de Douai du 29 octobre 2015 et ordonnance du Président du TGI de Paris du 9 octobre 2014 ; Crim 8 juillet 2015, n°15-81.179 ; Crim 27 septembre 2011, n°11-83.755, « *qu'en ce qui concerne ce courrier, la levée du secret professionnel entre avocats est permise lorsqu'une pièce révèle intrinsèquement la commission par l'avocat d'une infraction* » Crim. 8 septembre 2015, n°14-83.306) ;  
et précisément de manière explicite :

*« Mais attendu qu'en refusant d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et du projet rédigé par lui, alors que cette appréhension n'était pas indispensable à la recherche de la preuve d'un trafic d'influence, dont seul était suspecté un magistrat étranger à la chambre criminelle, **qu'il n'existait aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction** et qu'en conséquence, en procédant ainsi, les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe énoncé ci-dessus »* (Crim. 22 mars 2016, n°15-83.207).

Une première ordonnance du JLD de Rennes du 8 mars 2013 a consacré le principe de la présomption d'innocence au bénéfice des avocats : « *S'agissant plus particulièrement des pièces échangées entre un avocat et son client dans le cadre de la défense pénale de ce dernier, la saisie n'est susceptible de concerner que les pièces qui sont de nature à faire suspecter l'implication de l'avocat lui-même dans la commission de l'infraction reprochée à son client. Il n'est évidemment pas nécessaire au stade de la perquisition que soit démontrée la culpabilité de l'avocat, lequel est présumé innocent, mais simplement qu'il existe au regard des pièces, des indices de la possible commission d'une infraction dont l'information devra confirmer ou infirmer l'existence. A cet égard, il convient d'observer que les pièces éventuellement versées à la procédure peuvent constituer des éléments à charge comme à décharge* ».

Une autre ordonnance du JLD de Paris du 9 octobre 2014 retient qu'au stade de la perquisition qu'il n'est « *aucunement démontré que les téléphones portables utilisés par Me X ont été utilisés à des fins délictueuses ou criminelles, ou dans la préparation des faits, objets de l'information en cours* » et les restitue.

Cette ordonnance ajoute, concernant le rôle du JLD, que ce magistrat doit « *exercer un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter, sous quelque forme que ce soit, que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense mais aussi au respect de la confidentialité qui s'attache aux fonctions de Bâtonnier en exercice, dans sa relation avec l'ensemble des confrères de son Barreau* ».

Il a été jugé par ordonnance du JLD de Paris du 7 octobre 2016 que : « *Le secret professionnel d'un avocat ne peut être évincé que s'il existe des indices **effectifs** de la participation de cet*



avocat à la commission d'une infraction, indices qui doivent **préexister** à la perquisition et résulter **intrinsèquement** du contenu de chacune des pièces saisies ».

Relevons en outre **l'ordonnance du JLD de Versailles du 26 mai 2017** qui retient que : « Le secret professionnel de l'avocat n'a pas un caractère absolu et les dispositions précitées (article 66-5 loi de 1971) ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces :

- qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité,
- mais à la condition que celles-ci ne soient pas relatives à l'exercice des droits de la défense,
- cette dernière restriction pouvant être levée seulement en cas de suspicion d'implication de l'avocat concerné dans l'infraction (...)

**Qu'ainsi, le document saisi, nonobstant son utilité pour la manifestation de la vérité, bénéficie de la protection absolue des droits de la défense s'agissant d'une correspondance entre avocats où sont abordées des données confidentielles relatives à leurs clients respectifs et leurs intérêts.**

Que faute d'éléments constitutifs d'une présomption d'implication de l'avocat dans l'infraction concernée, il ne saurait être dérogé au principe de la protection du secret professionnel.

Qu'il convient par conséquent d'invalidier la saisie..., d'en ordonner la restitution... et d'ordonner la cancellation de toutes références aux documents restitués ou à leur contenu qui figureraient dans le dossier de la procédure ».

Relevons également une ordonnance du JLD de Paris du 2 avril 2017 qui décide qu'il y a lieu de « considérer que la perquisition litigieuse, qui par sa nature intrusive pourrait générer une atteinte excessive à la renommée du cabinet d'avocats, a été conduite en l'espèce avec mesure et célérité, sans priver l'avocat des originaux nécessaires au libre exercice de sa profession ».

Par conséquent, un document couvert par le secret professionnel, même s'il est objectivement utile à la manifestation de la vérité, ne peut être versé en procédure que s'il permet de caractériser « une présomption d'implication », en d'autres termes, des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, appréciation qui devra se faire de manière intrinsèque.

En tout état de cause, une perquisition ne saurait avoir pour but la découverte chez l'avocat en sa seule qualité d'avocat d'un client soupçonné, d'éléments susceptibles d'établir l'indice d'une infraction et d'être utilisés à charge contre ce dernier alors qu'à aucun moment l'avocat n'a été soupçonné d'avoir participé à la commission d'une quelconque infraction antérieurement à la perquisition (Arrêt CEDH André c. France 24 juillet 2008 requête n° 18630/03).

« Les raisons qui justifient la perquisition doivent être établies dans le dossier de la procédure antérieurement à la mesure de perquisition ; elles doivent être objectives et sérieuses, et ne doivent pas résulter de seules hypothèses ou d'une suspicion que la perquisition aurait pour but d'étayer ; enfin, la mesure de perquisition doit être absolument nécessaire pour la suite de l'instruction judiciaire ; elle doit n'être donc envisagée qu'à défaut de tout autre mode d'investigation possible. Ces critères de nécessité, de proportionnalité et de légitimité dans une société démocratique doivent

*impérativement gouverner l'usage des perquisitions des locaux d'avocats* » (Doctrines François SAINT-PIERRE).

#### **4) La condition de nécessité et de proportionnalité :**

En l'espèce, le Bâtonnier ou son délégué appréciera si la perquisition entreprise est nécessaire, disproportionnée par rapport au but visé et contraire à l'article 8 de la CEDH.

Par ordonnance du 16 octobre 2017, le JLD de Senlis a jugé qu'il lui appartient « *dans l'exercice de son contrôle de s'interroger sur la proportionnalité de la perquisition et des saisies réalisées au regard de l'atteinte portée au secret professionnel et de se prononcer sur l'utilité des éléments saisis à la manifestation de la vérité* ».

#### **5) Le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de défense ainsi qu'aux honoraires de l'avocat :**

Le secret professionnel s'applique en toutes matières, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique... ) :

##### **5. I. Les textes**

###### **➤ Article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

###### **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 ».*

###### **➤ Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971**

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011

**« 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 ».**

➤ **Article 2 du RIN : le secret professionnel**

L. 31 déc. 1971, art. 66-5 ; D. 12 juill. 2005, art. 4 ; C. pénal, art. 226-13

○ **PRINCIPES**

« L'avocat est le confident nécessaire du client.

*Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.*

*Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».*

○ **ETENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL**

Art. 2.2 modifié par DCN n°2007-001, AG du Conseil national du 28-04-2007

« Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique ...) :

- 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, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

*Dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable.*

*Si le nom donné en référence est celui d'un client qui a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocat dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord exprès adressée à ce client et indiquer dans la réponse à appel d'offres le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise.*

*Aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat, sauf dans les conditions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ».*

## **5.2. La jurisprudence :**

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 3 mai 2012 (n°11-14008) la solution suivante dans le cadre d'opérations de visites l'administration fiscale chez un client :

*« Il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 qu'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 ».*

Par arrêt rendu le 4 octobre 2016 (n°16-82308), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que *« 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 (cf arrêt rendu le 3 avril 2013 n° Y12-88.021 : « Ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, **de ne pas porter atteinte à la libre défense** »).*

*Elle a maintenu l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui avait retenu que « chacune des pièces saisies comporte **intrinsèquement** des indices d'implication de l'avocat dans le système X et se trouve ainsi en lien direct avec les faits objets de l'enquête ».*

Par arrêt rendu le 12 mai 2017 (n°15-28.943 ; 15-29.129), la Chambre Sociale de la Cour de cassation a réaffirmé que : *« Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, et 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 ; Attendu, selon ces textes, qu'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 ; que, sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévus ou autorisés par la loi, l'avocat ne peut commettre, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».*

Par arrêt rendu le 15 mars 2017 (n°15-25.649), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a également réaffirmé que : *« Mais attendu que selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères ».*

**5 bis) Précisément, s'agissant des honoraires d'avocat, ceux-ci sont couverts par le secret professionnel :**

➤ **Jurisprudence du JLD :**

**-Ordonnance JLD Paris 20 juin 2011 :** « Sur les conventions d'honoraires, les notes d'honoraires et les justificatifs de paiement d'honoraires entre Me X et... Attendu que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel, qu'ils ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice, qu'ils seront restitués à Me X... ».

**-Ordonnance JLD Paris 16 juin 2012 :** « Les justificatifs de paiement d'honoraires sont par nature soumis au secret professionnel ».

**-Ordonnance JLD Paris 22 juin 2012 :** « Que ces documents concernent les maniements de fonds (CARPA) de l'avocat pour le compte de son client ; qu'ils sont couverts par le secret professionnel ».

**-Ordonnance JLD Paris 30 octobre 2012 :** « Attendu que ces pièces sont constituées de mémorandums détaillant les services rendus accompagnés de notes d'honoraires, qu'il s'agit en fait de conventions d'honoraires très détaillées, que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel ».

**-Ordonnance JLD Paris 18 janvier 2013 :** « S'agissant des notes d'honoraires, ces documents sont par nature soumis au secret professionnel ».

**-Ordonnance JLD Bobigny 22 mars 2016 :** Qui restitue des espèces saisies et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif que la perquisition a débuté « en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris ».

**-Ordonnance JLD Paris 7 octobre 2016 :** « Les honoraires payés par un client à un avocat sont couverts par le secret professionnel et d'une manière générale, les bordereaux CARPA relatifs aux honoraires ou dépens versés à d'autres intervenants (y compris les honoraires de l'avocat) émis par l'avocat dans l'exercice de sa mission de **défense et de conseil** sont couverts par le secret professionnel sauf à ce qu'ils contiennent l'indice d'une infraction susceptible d'avoir été commise par l'avocat »...

**-Ordonnance JLD Paris 8 novembre 2016 :** « Les factures d'honoraires (...) n'ont fait l'objet d'aucune contestation par la cliente, laquelle les a dûment payées et en a déjà versé des copies à la procédure pénale. Ainsi, sans autre considération tirée du secret professionnel afférent aux dites factures d'honoraires, il y a lieu d'en conclure que leur versement en procédure n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité. Il y a donc lieu d'en ordonner la restitution à Maître X ».

**-Ordonnance JLD Paris 11 juin 2017 :** « Les notes d'honoraires (...) peuvent être considérées comme parties intégrantes du dossier de conseil et dès lors, couvertes par le secret professionnel ».

**-Ordonnance JLD Paris 6 juillet 2017 :** « Les originaux des factures d'honoraires de Maître... sont certainement couverts par le secret professionnel ».

**-Ordonnance JLD de Senlis 16 octobre 2017 :** « Les conventions d'honoraires sont par nature soumises au secret professionnel mais qu'elles peuvent être saisies si elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et si elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense ».

➤ **Jurisprudence de la Cour de cassation :**

**-Cass. Crim 14 janvier 2003 n°02-87062 :** « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, le 22 mai 2000, lors d'une perquisition effectuée au cabinet de Vincent Y..., les juges d'instruction ont saisi plusieurs documents, parmi lesquels, notamment, des "listings" relatifs à la comptabilité de ce cabinet entre 1992 et 1997 ; que Vincent Y... a demandé l'annulation de cette saisie, soutenant qu'en violation des articles 96 du Code de procédure pénale et 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, avaient été appréhendées des pièces étrangères à l'information et que le secret professionnel avait été méconnu ;

Attendu que, pour écarter cette argumentation, la chambre de l'instruction énonce, notamment, que 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 ; qu'elle relève que tel est le cas en l'espèce, l'information ayant pour objet de vérifier la réalité d'une "machination" qui aurait été conçue avec la participation de Vincent Y..., afin d'obtenir de la société Lagardère qu'elle accepte, par une transaction, le versement d'une importante somme d'argent en réparation d'un préjudice imaginaire, allégué par cet avocat devant la Commission des opérations de bourse, le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris au nom de la société GPSC, de la société Calpers et, prétendument, des "petits actionnaires français" de la société Matra ; que les juges retiennent que la saisie des éléments comptables précités était nécessaire pour comparer la liste exhaustive des clients du cabinet de Vincent Y... avec celle de ses prétendus mandants dans les actions en justice précitées ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte que la saisie effectuée, en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, était limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».

**-Cass. Civ. 1ère 13 mars 2008 N°05-11314 :** « Le secret professionnel, qui couvre la convention d'honoraires et les facturations y afférentes intervenues entre un comité d'établissement et une société civile professionnelle d'avocats, n'est pas opposable à la présidente de ce comité d'établissement qui, en tant que membre, a accès aux documents et pièces de cet organe représentatif ».

**-Cass. Com. 6 décembre 2016 N°15-14554 :** « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales ; Attendu que pour confirmer la saisie des factures d'honoraires d'avocat, le premier président retient qu'il s'agit de pièces comptables devant être émises par tout prestataire de services ;

Qu'en statuant ainsi alors que les demandeurs faisaient valoir que ces factures étaient jointes à une correspondance d'avocat, de sorte qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel de ce dernier sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes, le premier président a violé les textes susvisés ;  
PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief :  
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'elle déclare irrecevables les recours de MM. Y... et Eric X... contre le déroulement des opérations au Plessis-Robinson et en ce qu'elle confirme la saisie de factures d'honoraires d'avocat jointes à une correspondance de ce dernier ainsi qu'en ce qu'elle condamne MM. Y... et Eric X... aux dépens et à paiement sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'ordonnance rendue le 19 février 2015, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le premier président de la cour d'appel de Paris ».

## **6) La saisie d'éléments confidentiels est par nature irrégulière :**

L'obligation d'instruire ou d'enquêter « à charge et à décharge » ne peut avoir sa place lors d'une saisie chez un avocat d'éléments confidentiels, qui intervient toujours à charge, le secret professionnel de l'avocat ne pouvant être évincé que contre la démonstration effective d'indices préexistants de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Dès lors, toute saisie d'éléments confidentiels s'effectuant par nature à charge, est intrinsèquement entachée d'« irrégularité » au sens des dispositions de l'article 56-1 du CPP et oblige le bâtonnier ou son délégué à une contestation qu'il appartiendra au JLD de trancher. (comparer avec Crim 26 avril 2017, n°16-86.840 : « Vu l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles préliminaires et 81 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge d'instruction doit effectuer tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité en veillant à l'équilibre des droits des parties et au caractère équitable de la procédure **et en instruisant, de façon impartiale, à charge et à décharge...** Mais attendu que... alors que la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction ne visait **qu'à établir les seuls éléments à charge** des infractions poursuivies, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé »).

## **7) La désignation de l'expert par le JLD en cas de saisie informatique :**

Qu'en ce qui concerne la saisie de données dématérialisées effectuée de manière globale, qui emporte nécessairement la saisie d'éléments étrangers à l'infraction poursuivie qui est à l'origine de la perquisition, la contestation s'impose et devra conduire le juge des libertés et de la détention à désigner un expert en informatique afin que, à partir de mots-clés contradictoirement débattus, il trie et sélectionne les éléments informatiques directement en rapport avec l'objet de la perquisition (Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021).

**Intervenant: M. Eric RUSSO** – Premier vice-procureur au Parquet National Financier –  
TGI Paris

## **I - Le secret professionnel de l'avocat est-il encore un obstacle à l'enquête ?**

Le secret professionnel de l'avocat doit-il être considéré comme absolu ?

Pour rappel, le respect du secret professionnel est d'abord un devoir pour l'avocat. Avant d'être un droit le respect du secret professionnel est pour l'avocat une obligation légale dont la violation est sanctionnée pénalement (art 226-13)

Art. 226-13 Code Pénal : "*La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état, soit par profession, soit en raison d'une mission ou d'une fonction temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amendes*".

La protection qui en résulte est accordée au client, de par l'obligation légale de confidentialité à laquelle l'avocat est soumis. Elle s'explique par la nécessité que le client puisse se confier totalement.

Il revêt une force particulière dans la mesure où il trouve ses fondements non seulement dans les articles 2 de la DDHC 1789 et 8 de la CESDH (droit à la vie privée), mais également dans les articles 16 DDHC et 6 CESDH affirmant le droit au procès équitable.

La CEDH a ainsi indiqué qu'il est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client, sa protection ayant pour corollaire le droit de ce client de ne pas contribuer à sa propre incrimination (CEDH 24 juillet 2008 André C/France)

Pour autant, le Conseil constitutionnel a refusé de donner une valeur constitutionnelle au secret professionnel (cf. Cons. const., 24 juill. 2015, QPC n° 2015-478 . – Cons. const., 5 août 2015, déc. n° 2015-715 DC).

Quid du maintien de ce principe face à l'intervention judiciaire dans un cadre pénal, singulièrement celle du parquet ou du juge d'instruction ?

L'étendue du secret professionnel de l'avocat

Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 septembre 1971 : A cet égard, il est souvent affirmé que les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 fixeraient les limites des atteintes possibles au secret professionnel de l'avocat.

Et, puisqu'elles indiquent que celui-ci s'applique aux confidences qu'il a reçues dans le cadre de sa mission de « conseil » comme dans l'exercice des « droits de la défense », que ces dispositions seraient donc de nature à conférer un caractère absolu à la protection qui en résulte.



**1.- Aux termes de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 septembre 1971, "en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou 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, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel".**

1<sup>er</sup> élément : il est faux d'affirmer que le secret professionnel de l'avocat est absolu. La première illustration de ce caractère non absolu est que le code de procédure pénale lui-même prévoit et organise la possibilité de perquisitionner le cabinet et le domicile d'un avocat, opérations au cours desquelles le magistrat du parquet ou le magistrat instructeur prendra nécessairement connaissance de documents confidentiels, sans quoi ces opérations seraient sans intérêt.

Il en va de même de la possibilité de placer les lignes téléphoniques utilisées par un avocat sous écoute.

En réalité, les dispositions de la loi de 1971 fixent le champ du secret professionnel mais n'ont ni pour objet, ni pour effet de fixer les cas et les conditions dans lesquelles il peut y être porté atteinte. Il ne s'agit d'ailleurs en aucun cas de dispositions de procédure pénale.

En revanche, il est vrai que compte tenu de la nature particulière des missions exercées par l'avocat, les atteintes qui sont susceptibles d'être apportées au secret professionnel sont encadrées par une procédure particulière.

C'est à partir de ces dispositions et des dispositions conventionnelles, en particulier la CEDH, que la jurisprudence de la Cour de cassation a fixé les règles applicables aux atteintes à la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. Ces atteintes doivent être guidées par le principe de proportionnalité.

La jurisprudence de la Cour de cassation semble procéder à cet égard de la confrontation entre deux principes : l'objectif de recherche de la vérité et le respect des droits de la défense

Schématiquement, la Cour de cassation distingue selon que l'avocat peut lui-même, ou ne peut pas, être soupçonné d'avoir participé comme auteur ou complice à la commission de l'infraction.

A cet égard, il faut rappeler qu'appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 56-I dans le cadre d'une QPC libellée comme suit :

"L'article 56-I du code de procédure pénale, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010, porte-t-il atteinte :

- au droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances, au droit à un procès équitable et aux droits de la défense découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la liberté individuelle, garantie par l'article 66 et dont découle l'inviolabilité du domicile, ainsi qu'à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, en ce qu'il n'impose pas que la décision écrite et motivée du juge prescrivant la perquisition, limite les investigations à la recherche des seuls documents afférents aux seules

infractions pour lesquelles il existerait, préalablement à la mesure, des indices plausibles de participation de l'avocat ?

- au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit à un procès équitable découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'il dispose que la décision du juge des libertés et de la détention statuant sur la contestation élevée par le bâtonnier n'est pas susceptible de recours ?

- au droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances, découlant de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au droit à un procès équitable et aux droits

de la défense découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la liberté individuelle garantie par l'article 66 ainsi qu'à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice en ce qu'il ne précise pas ses critères de régularité d'une saisie ?

La Cour de cassation a implicitement rejeté l'interprétation selon laquelle les perquisitions seraient limitées aux seuls cas dans lesquels l'avocat est impliqué dans la commission d'une infraction :

*"l'article 56-1 du code de procédure pénale prévoit des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat ; en effet, la perquisition dans le cabinet ou au domicile d'un avocat est exécutée par un magistrat à la suite d'une décision motivée indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations ainsi que les raisons et l'objet de la mesure, le contenu de cette décision étant, dès le début de son exécution, communiqué au bâtonnier ou à son délégué dont l'assistance obligatoire à la perquisition se déroule ainsi en connaissance de cause ; par ailleurs, la confidentialité des documents susceptibles d'être saisis est assurée par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat et au bâtonnier ou à son délégué, et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation à cet égard étant alors soumise au juge des libertés et de la détention ; en outre, ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, de ne pas porter atteinte à la libre défense ; enfin, la décision de verser des pièces saisies au dossier de la procédure n'exclut pas la possibilité pour les parties de demander ultérieurement la nullité de la saisie ou de solliciter la restitution des pièces placées sous main de justice"*

(Crim 3 avril 2013, Bull n° 75).

- lorsque l'avocat n'est pas soupçonné d'être lui-même impliqué : la chambre criminelle distingue selon que les pièces dont la saisie est envisagée se rapportent à l'activité de conseil ou à celle de défense.

Jurisprudence constante de la chambre criminelle à cet égard depuis de nombreuses années.

\*Seule la saisie des pièces se rapportant à l'activité de conseil est possible, si cette saisie présente un intérêt au regard de la manifestation de la vérité (principe de proportionnalité).

Le secret professionnel de l'avocat ne s'oppose cependant pas à ce qu'une saisie porte sur des

documents ne se rattachant pas à l'exercice des droits de la défense, y compris dans le cas où elle ne tendrait pas à établir la participation de l'avocat à la commission de l'infraction (Crim 9 février 1988)

\*En revanche, si les pièces se rapportent à l'activité de défense, le principe des droits de la défense fait obstacle à leur saisie, fussent-elles utiles à la manifestation de la vérité.

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.

On voit bien ici que la solution résulte en fait de la confrontation entre les principes de recherche de la vérité et celui de protection des droits de la défense.

On retrouve cette même distinction tant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que dans celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

Lorsqu'elles sont appelées à apprécier la proportionnalité d'une atteinte portée au secret professionnel de l'avocat, les deux juridictions européennes prennent en considération l'activité à l'occasion de laquelle cette atteinte a été portée. Ainsi, dans un cas où l'avocat n'était pas lui-même soupçonné d'avoir participé à la commission de l'infraction, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que puissent être prises des mesures portant atteinte au secret professionnel dès lors qu'elles poursuivaient l'un des buts légitimes énumérés par le paragraphe 2 de l'article 8 de la CESDH - au nombre desquels la recherche des auteurs d'infractions - et que l'avocat se trouvait dans "l'exercice d'activités éloignées de la mission de défense" qui lui était confiée (CEDH, 6 déc. 2012, Michaud c/ France).

La Cour de justice de l'Union européenne a pareillement jugé que les obligations imposées aux avocats par la directive dite "blanchiment" du 10 juin 1991 ne heurtaient pas les règles du procès équitable dès lors qu'ils en étaient exonérés lorsque leur intervention se rattachait à leur mission de défense (CJCE 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophone et germanophone, n C- 305/05).

Il faut noter que ces décisions incitent par ailleurs à considérer que la notion d'exercice des droits de la défense ne doit pas être réduite à l'exercice de poursuites pénales mais recouvre également la défense qui s'exerce dans le cadre de poursuites par un régulateur ou à l'occasion d'une procédure fiscale.

En pratique, au-delà de cette distinction formelle entre activité de conseil et exercice des droits de la défense, la question n'est pas simple à trancher car la délimitation entre ces deux activités n'est pas toujours claire.

On peut d'ailleurs retrouver dans un même document ou dans un même courriel l'une et l'autre. Comment procéder alors ? Faut-il prendre l'initiative de canceler une partie du document ?

A partir de quel stade est-on dans l'exercice des droits de la défense ? Quitte-t-on alors la

sphère du conseil ?

Cette distinction demeure-t-elle également lorsqu'il s'agit d'un document découvert et saisi chez un tiers, mais dont on ne connaît pas nécessairement les conditions dans lesquelles ce tiers l'a obtenu (de sorte que la rupture de confidentialité qui résulte de la transmission à un tiers doit être envisagée).

En tout état de cause, c'est au magistrat qui opère la saisie de motiver celle-ci au regard de l'atteinte qui est portée au secret professionnel et des nécessités de la manifestation de la vérité.

La saisie ne peut toutefois être justifiée par la seule affirmation qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense, la décision devant être motivée sur ce point (Crim, 6 février 1997, Bull n° 55),

- dans le 2<sup>nd</sup> cas, celui dans lequel est soupçonnée la participation de l'avocat à la commission de l'infraction comme auteur ou complice, la solution est assez simple : la distinction exposée précédemment tombe et il peut alors être procédé à sa saisie, qu'elle se rapporte à l'activité de conseil ou à l'activité de défense de l'avocat.

Sont régulières les perquisitions effectuées dans le cabinet et au domicile d'un avocat par un juge d'instruction, en présence du bâtonnier, dès lors que les saisies opérées étaient en relation directe avec l'infraction poursuivie, qu'elles étaient destinées à apporter la preuve de la participation de cet avocat à cette seule infraction et ont été limitées aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité (Crim 1<sup>er</sup> mars 2006, Bull n° 60),

Cette solution s'applique également en matière d'interception de correspondances (Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, B. n 177 ; 15 juin 2016, n 15-86.043, P.) (Crim. 12 mars 1992, B. n 112 ; 20 janv. 1993, B. n 29 ; 26 juin 1995, B.n 235; 5 oct. 1999, B.n 206; 27 juin 2001, B.n 163; 14 nov. 2001, B. 238; 18 juin 2003, B. n 129 ; 1<sup>er</sup> mars 2006, B. n 60).

Elle est également retenue par la Cour européenne des droits de l'homme (v. not. : CEDH 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, § 72 à 75).

Il - En pratique, la question qui se pose ensuite est de savoir dans quels cas décide-t-on de perquisitionner un cabinet d'avocats voire son domicile ?

A l'évidence, si l'on parle de la saisie de correspondances échangées entre un avocat et son client, les chances de retrouver trace de ces échanges sont a priori aussi fortes chez le client que chez l'avocat.

Il n'aura donc échappé à tous que dans la plupart des cas, la première perquisition qui est effectuée l'est d'abord chez le client, particulier ou entreprise.

Il en va de même des interceptions de communications téléphoniques.

S'agissant des perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocats, il ne s'agit pas d'aller à la pêche aux informations, sorte de fishing expedition déguisée, pour trouver des preuves contre le client.

C'est sans doute ce qui explique que, somme toute, les perquisitions visant des avocats sont assez rares.

Généralement ces perquisitions sont réalisées sans le consentement de l'avocat concerné. Pour y procéder, obligation pour le parquet d'obtenir une autorisation préalable du JLD sur la base de réquisitions motivées indiquant quelles sont les infractions sur lesquelles porte l'enquête.

Evidemment au cours de l'enquête, et notamment en début d'enquête, la notion d'indices peut être appréciée de manière plus ou moins souple, mais je peux vous confirmer qu'à ce sujet les JLD du TGI Paris exercent un véritable contrôle.

## **II - Question de l'étendue de la saisie en matière de données informatiques = la possibilité de saisie est-elle limitée à ce qui est strictement lié aux investigations (principe de proportionnalité) ?**

Seuls les éléments utiles à la manifestation de la vérité devraient pouvoir faire l'objet d'une saisie. Toutefois, compte tenu des défis techniques auxquels sont souvent confrontés les enquêteurs dans la collecte des données informatiques (système de sécurité, indivisibilité de la messagerie, volume considérable des données, etc), l'application de ce principe est limitée par des obstacles techniques.

Et elle entre par ailleurs en conflit avec la règle édictée à l'article 76-I qui impose au magistrat de prendre les mesures nécessaires pour assurer le libre exercice de la profession d'avocat. Quid d'une perquisition qui bloquerait cet exercice pendant plusieurs jours si l'on décidait d'une saisie document informatique / document informatique plutôt que d'une saisie en bloc ?

Arrêt chambre commerciale de la Cour de cassation 2016 rendu en matière de visite domiciliaire par l'administration fiscale valide le principe de la saisie en bloc :

Le contenu d'une messagerie est "indivisible et insécable". Pour les magistrats, le contenu d'une messagerie n'est pas susceptible d'être trié lors d'une perquisition. Ils rejettent l'argument selon lequel le moteur de recherche particulier qu'utilise l'administration permettrait au contraire d'isoler les courriels susceptibles de l'intéresser, sans qu'il soit nécessaire qu'elle prenne connaissance des autres. Tous les documents contenus dans un support indivisible peuvent être saisis, disent-ils, même si seulement "certains d'entre eux se rapportent, au moins en partie", à la fraude recherchée. C'est ensuite au contribuable de prouver quels éléments du fichier seraient insaisissables, et pour quelle raison. (Cass. Com, 8.3.2016, K 14-26.929).

- La question est de savoir comment concilier cette jurisprudence avec celle également de la cour de cassation au terme de laquelle, lorsque la saisie est impossible, que la violation du secret est réalisée dès la saisie ;

- la question sous-jacente est celle de l'inadaptation des dispositions actuelles, qui sont prévues pour des saisies de documents papiers, avec le fait que désormais l'essentiel des perquisitions porte sur des éléments numériques (messageries, données stockées en dur sur les ordinateurs ou les réseaux ou encore dans le cloud, ou sur des serveurs à l'étranger).

D'où copies souvent extrêmement larges.

Mais risque = saisir des données qui ne devraient pas l'être soit parce qu'elles sont sans rapport avec l'objet des investigations, soit parce qu'elles sont relatives à l'exercice des droits de la défense.

Or saisie d'un bloc empêche par la suite de retirer du scellé ce qui a été saisi.

Nécessité d'une évolution de la procédure afin de tenir compte de cette nouvelle problématique.

**Intervenant: M. Jean-Baptiste PARLOS** – Conseiller à la Cour de Cassation

\*\*\*\*\*

### **AVERTISSEMENT PRÉALABLE**

Le texte qui suit n'est que l'ébauche d'une intervention dont certains des passages ont été présentés à la conférence ayant pour thème "legal privilege et secret professionnel des avocats, regards croisés franco-américain", tenue à la maison France-Amériques le 2 octobre 2017.

Il ne prétend pas à l'exhaustivité et n'engage personne d'autre que son auteur.

Certains développements conclusifs, exposés de façon orale lors de l'intervention, au sujet de l'évolution de la profession d'avocat et de sa déontologie, qui ne relèvent pas de l'étude de la législation applicable et de la jurisprudence nationale et internationale, n'ont pas vocation à figurer dans ce document.

\*\*\*\*\*

Le secret professionnel de l'avocat est défini et protégé par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dans sa rédaction issue de la loi n° 97-308 du 7 avril 1997: "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 de procédure pénale, et non les juges, détermine les cas exceptionnels dans lesquels il est possible de prendre connaissance d'une information couverte par le secret professionnel, lors de deux actes d'enquête, la perquisition et l'interception de conversations téléphoniques.

## **I. La perquisition**

### **I.1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**

Saisie d'une requête concernant une perquisition dans un cabinet d'avocat, la Cour européenne des droits de l'homme a posé le principe que la mesure de perquisition doit être proportionnée, sans aller sur la voie d'une prohibition plus absolue du fait du secret professionnel de l'avocat, dans cette espèce où il n'était pas prétendu que l'avocat eût participé à l'infraction (CEDH 16 décembre 1992, Niemetz c/ Allemagne).

Dans l'affaire André c/France, (24 juillet 2008, Req. 18603/03), à propos des visites domiciliaires, la Cour européenne énonce : "41. La Cour estime que des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance professionnelle. La relation de confiance professionnelle 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" (J.B. c. Suisse, arrêt du 3 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 64 ; voir également, parmi d'autres, Funke c. France, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, § 44).

42. Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction (paragraphe 15 ci-dessus), ou encore dans le cadre de la lutte contre certaines pratiques (paragraphe 17-18 ci-dessus). Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice".

L'arrêt *Michaud c. France* 6 décembre 2012 (Req n° 12323/11), a été rendu à propos de la compatibilité de l'obligation de déclaration de soupçon avec les principes de protection des échanges entre l'avocat et son client et de respect du secret professionnel.

Le communiqué du greffier de la Cour européenne commente ainsi cette décision: " La Cour rappelle à cet égard que, si l'article 8 protège la confidentialité de toute «correspondance » entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. Cette protection renforcée que l'article confère à la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et les raisons qui la fondent, conduisent la Cour à constater que, pris sous cet angle, le secret professionnel des avocats est spécifiquement protégé par cette disposition. Elle rappelle ensuite que la nécessité de l'ingérence implique l'existence d'un besoin social impérieux et suppose notamment qu'elle soit proportionnée au but poursuivi. A cet égard, la Cour souscrit à l'analyse développée par le Conseil d'État dans son arrêt du 23 juillet 2010. Comme indiqué précédemment, le secret professionnel des avocats a une grande importance tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la justice. Il s'agit de l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique.

Cependant, il n'est pas intangible. Il convient en l'espèce de mettre son importance en balance avec celle de la lutte contre le blanchiment de capitaux issus d'activités illicites, susceptible de servir à financer des activités criminelles.

Deux éléments sont décisifs aux yeux de la Cour dans l'appréciation de la proportionnalité. D'abord comme l'a relevé le Conseil d'Etat, le fait que les avocats ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçon que dans deux cas : lorsqu'ils participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire ; lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations définies. L'obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des



activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation. Par ailleurs, la loi précise que les avocats n'y sont pas assujettis lorsque l'activité dont il est question se rattache à une procédure juridictionnelle et, en principe, lorsqu'ils donnent une consultation juridique. L'obligation de déclaration de soupçon ne touche donc pas à l'essence même de la mission de défense qui constitue le fondement du secret professionnel des avocats. Ensuite, le fait que la loi ait mis en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas directement les déclarations à Tracfln mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel ils sont inscrits. Il peut être considéré qu'à ce stade, partagé avec un professionnel soumis aux mêmes règles déontologiques et élu par ses pairs, le secret professionnel n'est pas altéré. Le président ou le bâtonnier ne transmettent la déclaration de soupçon à Tracfln qu'après s'être assurés que les conditions fixées par la loi sont remplies.

La Cour conclut par conséquent que l'obligation de déclaration de soupçon ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats et que la France n'a pas violé l'article 8".

La Cour européenne admet donc que le secret professionnel de l'avocat n'est pas illimité. "La Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un contre certaines pratiques (paragraphes 17-18 ci-dessus). Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice." (André c/France).

On retrouve l'exigence de proportionnalité dans l'arrêt *Moulin/France* du 23 novembre 2010 : "68. La Cour constate d'emblée que la perquisition effectuée au domicile professionnel de la requérante constitue une ingérence de l'Etat dans le droit au respect de la vie privée et du domicile du requérant (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 30, série A n° 251-B, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, § 64, CEDH 2003-IV, *André et autre c. France*, n° 18603/03, §§ 36-37, CEDH 2008-..., et *Xavier Da Silveira c. France*, n° 43757/05, 21 janvier 2010).

69. La Cour observe par ailleurs que l'ingérence avait une base légale et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir celui de la défense de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales. La requérante ne le conteste d'ailleurs pas.70. 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*, 25 février 1993, § 38, série A n° 256-B, *Roemen et Schmit*, précité, § 68, et *André et autre*, précité, § 40).71. Elle rappelle également que des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client (*André et autre*, précité,

§ 41). Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction. Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice (André et autre, précité, § 42).

72. En l'espèce, la Cour note qu'il existait des raisons plausibles de soupçonner la requérante d'avoir commis ou tenté de commettre, en sa qualité d'avocate, une ou plusieurs infractions. Lors de la notification de la garde à vue, elle était soupçonnée de faits de révélation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours. 73. Par ailleurs, la perquisition s'est accompagnée d'une garantie spéciale de procédure, puisqu'elle fut exécutée en présence du bâtonnier de l'Ordre des avocats, et que les observations formulées par celui-ci ont pu être ensuite discutées devant le juge des libertés et de la détention.

74. La Cour relève en outre qu'il ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 1er mars 2006 que les saisies effectuées étaient en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, étaient destinées à apporter la preuve de la participation éventuelle de la requérante à cette seule infraction et étaient limitées aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité (paragraphe 19 ci-dessus).

75. La Cour estime dès lors que la perquisition au domicile professionnel de la requérante n'était pas, dans les circonstances particulières de l'espèce, disproportionnée par rapport au but visé et elle ne relève aucune apparence de violation des dispositions de l'article 8 de la Convention."

## **I.2. Le droit interne**

L'article 56-1 du code de procédure pénale a connu plusieurs évolutions depuis sa création par la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal. Dans sa version d'origine, applicable du 1er février 1986 au 1er mars 1993, cet article prévoyait que la perquisition dans un cabinet d'avocat devait être effectuée par un magistrat en présence du bâtonnier ou de son délégué.

Depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, le bâtonnier a la faculté de s'opposer à la saisie d'un document et de contester cette saisie devant le juge des libertés et de la détention.

Désormais, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, l'article 56-1 du code de procédure pénale, modifié par loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, qui porte adjonction sur la saisie possible d'objets, dispose : "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 portée 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 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. 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 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 [...] 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 non susceptible de recours".

### **1.2.1. Au plan constitutionnel**

Lors de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 56-1 du code de procédure pénale, la chambre criminelle a rappelé, en les récapitulant, les garanties prévues par cette disposition.

La question prioritaire de constitutionnalité était la suivante :

"L'article 56-1 du code de procédure pénale, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, porte-t-il atteinte :- au droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances, au droit à un procès équitable et aux droits de la défense découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la liberté individuelle, garantie par l'article 66 et dont découle l'inviolabilité du domicile, ainsi qu'à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, en ce qu'il n'impose pas que la décision écrite et motivée du juge prescrivant la perquisition, limite les investigations à la recherche des seuls documents afférents aux seules infractions pour lesquelles il existerait, préalablement à la mesure, des indices plausibles de participation de l'avocat ?

- au droit à un recours juridictionnel effectif et au droit à un procès équitable découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'il dispose que la décision du juge des libertés et de la détention statuant sur la contestation élevée par le bâtonnier n'est pas susceptible de recours ?

- au droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances, découlant de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au droit à un procès équitable et aux droits de la défense découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la liberté individuelle garantie par l'article 66 ainsi qu'à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice en ce qu'il ne précise pas ses critères de régularité d'une saisie ?

La chambre criminelle répond :

“l'article 56-1 du code de procédure pénale prévoit des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat ; en effet, la perquisition dans le cabinet ou au domicile d'un avocat est exécutée par un magistrat à la suite d'une décision motivée indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations ainsi que les raisons et l'objet de la mesure, le contenu de cette décision étant, dès le début de son exécution, communiqué au bâtonnier ou à son délégué dont l'assistance obligatoire à la perquisition se déroule ainsi en connaissance de cause ; par ailleurs, la confidentialité des documents susceptibles d'être saisis est assurée par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat et au bâtonnier ou à son délégué, et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation à cet égard étant alors soumise au juge des libertés et de la détention ; en outre, ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, de ne pas porter atteinte à la libre défense ; enfin, la décision de verser des pièces saisies au dossier de la procédure n'exclut pas la possibilité pour les parties de demander ultérieurement la nullité de la saisie ou de solliciter la restitution des pièces placées sous main de justice” (Crim 3 avril 2013, Bull n° 75).

### **1.2.2. La jurisprudence de la chambre criminelle**

Sur l'application de l'article 56-1 du code de procédure pénale la chambre criminelle a, quant à elle, jugé ce qui suit, au fur et à mesure des évolutions législatives du régime de la perquisition du domicile ou du cabinet d'un avocat :- le secret professionnel de l'avocat ne s'oppose cependant pas à ce qu'une saisie porte sur des documents ne se rattachant pas à l'exercice des droits de la défense, y compris dans le cas où elle ne tendrait pas à établir la participation de l'avocat à la commission de l'infraction (Crim 9 février 1988, Bull n° 63, 5 juillet 1993, Bull n° 236 - 7 mars 1994, Bull n° 87 - 30 juin 1999, Bull n° 172), - 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. (Crim 12 mars 1992, Bull n° 112)

- la saisie ne peut toutefois être justifiée par la seule affirmation qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense, la décision devant être motivée sur ce point (Crim, 6 février 1997, Bull n° 55), - si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 97 du code de procédure pénale le pouvoir de les saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense (notamment, Crim 7 mars 1994, Bull n° 87 ; 18 Juin 2003, Bull n° 129) ou qu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (Crim 18 juin 2003, Bull n° 03~81.979).

- le secret professionnel des avocats ne met pas obstacle à ce que soient autorisées la visite de leurs locaux et la saisie de documents détenus par eux, dès lors que le juge a trouvé, dans les informations fournies par l'administration requérante, les présomptions suffisantes d'infraction pénale mentionnées dans son ordonnance (Crim 10 décembre 2002, n° 01~85.000),
- sont régulières les perquisitions effectuées dans le cabinet et au domicile d'un avocat par un juge d'instruction, en présence du bâtonnier, dès lors que les saisies opérées étaient en relation directe avec l'infraction poursuivie, qu'elles étaient destinées à apporter la preuve de la participation de cet avocat à cette seule infraction et ont été limitées aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité (Crim 1er mars 2006, Bull n° 60),
- 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~I du code de procédure pénale, afin de rechercher si la saisie de données informatiques ne portait 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, Bull n° 188),
- il résulte de l'article 56-I du code de procédure pénale que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat 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.

Justifie sa décision au regard de ce texte la chambre de l'instruction qui retient que le magistrat instructeur a énuméré la nature des infractions sur lesquelles portaient les investigations, les raisons et l'objet de la perquisition effectuée au cabinet d'un avocat à l'encontre duquel il existait des indices plausibles de participation à une infraction, et que l'avocat concerné paraissait être intervenu dans le montage des dossiers litigieux. Lors d'une perquisition au cabinet d'un avocat, le bâtonnier doit, selon le même article 56-I du code de procédure pénale, avoir eu connaissance dès le début de la mesure du contenu de la décision prise par le juge d'instruction. Est en conséquence justifié sur ce point l'arrêt de la chambre de l'instruction qui relève que la décision du juge d'instruction de procéder à une perquisition au cabinet et au domicile d'un avocat a été portée à la connaissance du bâtonnier qui a émargé et qu'il en est de même du procès-verbal de perquisition mentionnant que les opérations ont été faites conformément à cette décision.

En revanche, encourent la censure les motifs par lesquels la chambre de l'instruction, pour rejeter le moyen de nullité pris de ce que certains documents saisis étaient sans rapport avec l'objet de l'information, retient que le bâtonnier ne s'est pas opposé à cette saisie et omet de répondre au mémoire du mis en examen qui soutenait qu'un document placé sous main de justice concernait sa défense et qui contestait la saisie d'autres documents.

En cas de saisie au cabinet ou au domicile d'un avocat, le juge des libertés et de la détention, qui doit veiller à ne pas porter atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, ne peut, comme le prévoit l'article 56-I précité, qu'ordonner la restitution des documents saisis ou leur versement immédiat en procédure. En conséquence, encourent également la cassation les motifs par lesquels la chambre de l'instruction, pour rejeter un moyen de nullité tiré de ce que le juge des libertés et de la détention avait décidé que l'ouverture de scellés, relatifs à des ordinateurs et à un disque dur, et la lecture des documents seraient effectuées par le magistrat

instructeur, assisté d'un expert par lui commis et en présence du bâtonnier ou de son délégué, retient que ces conditions ont été sollicitées par le bâtonnier et acceptées par le mis en examen, alors qu'il appartenait au seul juge des libertés et de la détention, fut-ce en recourant lui-même à la mesure technique envisagée, de prendre connaissance des documents saisis et de décider s'ils devaient être restitués ou versés au dossier de la procédure (Crim 25 juin 2013, Bull n° 155),

- justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la demande de nullité des perquisitions et saisies effectuées au cabinet et au domicile d'un avocat au motif qu'elles ne visaient qu'à la recherche du mobile et non des éléments constitutifs de l'infraction, énonce que la recherche de documents ne se limite pas à ces seuls éléments mais qu'elle doit permettre d'élucider l'enjeu de la subornation de témoin, en relation avec l'association de malfaiteurs, et de préciser les liens personnels existant entre les différents protagonistes, dès lors 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. La confidentialité des documents susceptibles d'être saisis lors d'une perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat est assurée par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat instructeur et au bâtonnier ou à son délégué et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation étant soumise au juge des libertés et de la détention (Crim 9 juillet 2015, n° 15~81.179).

La question essentielle paraît donc être la suivante : les recherches, et donc les saisies, doivent-elles être limitées aux pièces et documents participant de la preuve de la commission de l'infraction par l'avocat, contre lequel il existe déjà des raisons plausibles de penser qu'il en est l'auteur, ou de celle de la commission des faits, et donc peuvent-elles être étendues à tous les documents et pièces en lien avec les faits et utiles à la manifestation de la vérité ?

Quant à la situation particulière du Bâtonnier, la chambre criminelle a énoncé :- le bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense (Crim 8 janvier 2013, n° 12-90.063),

- il résulte des articles 56~1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'absence, dans la décision, prise par un magistrat, de perquisition du cabinet d'un avocat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné (Crim 9 février 2016, n° 15-82,063, Bull n° 34).

## **2. Les interceptions de conversations téléphoniques**

### **2.1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**

Les communications téléphoniques entrent, selon la Cour européenne, dans la sphère de la vie privée et des correspondances, au sens de l'article 8 de la Convention (Malone c/RU 2 août 1984, Kruslin et Huvig 24 avril 1990, Kopp c/Suisse 25 mars 1998, n°23224/94, Lambert c/France 24 août 1998). Elles doivent être prévues par la loi, être limitées dans le temps, être

opérées pour des infractions dont la gravité est précisée, être placées sous le contrôle d'un juge, répondre à un but légitime, être nécessaires dans une société démocratique, en particulier à la défense de l'ordre, de la sûreté publique ("La question qui se pose est donc celle de savoir si pareille ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre le but légitime poursuivi dans les circonstances particulières de l'affaire. En particulier, il s'agit de vérifier si la législation et la pratique internes ont offert des garanties suffisantes contre les abus et l'arbitraire").

Sous l'angle de l'article 6 de la Convention, la protection du secret de la défense constitue une composante essentielle du procès équitable. A ce titre, " l'impossibilité de s'entretenir hors de portée d'écoute des autorités, lorsqu'elle concerne tous les contacts du mis en cause avec ses avocats" entraîne une grave atteinte pour les droits de la défense (Ocalan c/ Turquie, 12 mai 2005, 46221/99). "La protection du secret professionnel 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 contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé" (André c. France, 24 juillet 2008 précité).

La personne concernée doit pouvoir disposer d'un contrôle efficace pour contester les écoutes dont elle fait l'objet, quelle que soit la procédure dans laquelle elles ont été ordonnées, donc éventuellement celles opérées dans une information à laquelle elle n'a pas été partie (Matheron c/France). C'est à la suite de cette décision que la Chambre criminelle a modifié sa jurisprudence (Crim 7 décembre 2005, Bull n° 327 ; 19 décembre 2007, Bull n° 317).

Dans sa décision Pruteanu c/ Roumanie du 3 février 2015 (Req n° 30181/05), la Cour européenne avait à statuer sur la requête d'un avocat dont les conversations avec sa soeur, qui était aussi sa cliente, placée sous écoute, avec l'autorisation d'un magistrat en raison du fait que deux personnes qu'elle fréquentait étaient associées au sein d'une société commerciale frappée d'interdiction bancaire et qui faisait l'objet de plaintes pénales du chef de tromperie. Ni l'avocat ni sa soeur n'ont fait l'objet de poursuites.

L'avocat faisait valoir que la transcription et l'utilisation des conversations qu'il avait eues avec sa soeur et cliente violait son droit à la vie privée et familiale. Il invoquait le fait que ni lui ni sa soeur ne faisaient l'objet d'une enquête judiciaire et que les écoutes les concernant n'avaient manifestement pas été ordonnées dans un but de prévention d'une infraction ou de protection des tiers puisque l'infraction avait déjà été réalisée. Il soulignait son absence de voie de recours pour contester ces écoutes et leur transcription dans une procédure à laquelle il n'était pas partie.

La Cour européenne des droits de l'homme :- constate une ingérence de l'État portant atteinte au droit à la vie privée et familiale de l'avocat;- estime que, si le droit roumain prévoit l'utilisation d'écoutes téléphoniques dans certaines conditions, rien n'était prévu concernant la situation de personnes qui ne sont pas visées par l'autorisation d'interception mais écoutées par ricochet;- relève que ces écoutes avaient pour but de permettre la manifestation de la vérité dans le cadre d'une procédure pénale;- considère qu'une personne qui fait l'objet d'écoutes par ricochet doit pouvoir bénéficier d'un "contrôle efficace" pour pouvoir les contester. En l'occurrence, le tribunal qui a ordonné les écoutes n'a pas examiné leur nécessité le concernant a priori et le requérant n'avait à sa disposition aucun recours a posteriori pour faire contrôler les

enregistrements.

Dans ces conditions, l'accès à une voie de recours était incertain. La Cour de Strasbourg a jugé que l'ingérence constatée était de ce fait "disproportionnée" en l'absence de contrôle efficace de la légalité de la mesure.

Elle précise : "La Cour pourrait dès lors être amenée à se demander si l'ingérence litigieuse était ou non "prévues par la loi" en l'espèce (voir, en particulier; Amann, précité). Toutefois, elle estime ne pas devoir se prononcer sur ce point dès lors que la violation est encourue pour un autre motif exposé ci-après."

La solution est semblable à celle adoptée dans l'affaire *Xavier Da Siivera c/France* du 21 janvier 2010 (Req. n° 43757/05), à propos d'une perquisition dans la chambre d'un château en France appartenant à une association, visée par une enquête pénale, dans lequel résidait un avocat portugais, non partie à la procédure, auquel avaient été refusées les garanties procédurales applicables aux avocats français. Dans cette affaire, la Cour européenne, outre l'absence de recours efficace, a également constaté que l'ingérence était disproportionnée au but poursuivi : "à supposer même que les juges aient pu avoir un doute sur sa qualité d'avocat, l'ensemble des circonstances de la cause devait, à tout le moins, les conduire à une certaine prudence et les inciter à contrôler sans délai ses allégations, et ce avant de procéder à la perquisition et aux saisies dans son domicile. Tel n'a cependant pas été le cas en l'espèce"(...)" Outre le fait que le requérant n'a donc pas bénéficié d'une "garantie spéciale de procédure" dont doivent bénéficier les avocats, la Cour constate que la perquisition litigieuse concernait des faits totalement étrangers au requérant, ce dernier n'ayant à aucun moment été accusé ou soupçonné d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude quelconque en lien avec l'instruction. "

S'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci a jugé, notamment dans l'affaire *Azko Nobel Chemicals* du 14 septembre 2010 (C-550-07) que:" 40. la confidentialité des communications entre avocats et clients devait faire l'objet d'une protection au niveau de la Communauté européenne. La Cour y a toutefois précisé que le bénéfice de cette protection était subordonné à deux conditions cumulatives.

41. À cet égard, la Cour a souligné que, d'une part, l'échange avec l'avocat doit être lié à l'exercice du «droit de la défense du client» et, d'autre part, il doit s'agir d'un échange émanant "d'avocats indépendants", c'est-à-dire d'"avocats non liés au client par un rapport d'emploi". Elle se réfère à ce qu'elle avait précédemment énoncé dans la décision *AM&S Europe* du 18 mai 1982 (C 155/79).

La reconnaissance de la nécessité d'une protection à accorder à l'échange entre avocat et client paraît ainsi limitée par la Cour de justice au cas où est en jeu l'exercice des droits de la défense.

## **2.2. Le droit interne**

### **2.2.1. La législation**

Les articles 100, 100~5 et 100-7 du code de procédure pénale disposent :- article 100 : "En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information



l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle. La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours ;

- article 100-5 : "Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier. Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin. A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense" ;

- article 100-7: "Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction. Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction. Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé. Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité".

Le dispositif du code de procédure pénale prévoit donc :

- les correspondances avec un avocat ne peuvent être transcrites, si elles relèvent de l'exercice des droits de la défense ; - l'interception (et sa prolongation) de la ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile doit donner lieu d'un avis au bâtonnier par le juge d'instruction.

Aucune formalité, autre que ce simple avis, n'est prévue : l'avis préalable du bâtonnier n'est requis ni sur la décision de placement sous écoute ni sur le contenu des conversations retranscrites. Il n'est pas invité à contrôler la réalisation ou l'exploitation des écoutes, ni à formuler son avis sur la nature des conversations susceptibles d'être transcrites.

Et les interceptions doivent répondre aux conditions de droit commun légalement prévues qui sont les suivantes: dans le cadre de l'information, les opérations d'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications - sont limitées aux matières criminelle et correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, - sont décidées par le juge d'instruction - à condition que les nécessités de l'information l'exigent - sont effectuées sous son autorité et son contrôle - sa décision est dépourvue de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. La loi n'impose pas une décision motivée (Crim 22 octobre 2013, Bull n° 196).

Dans son avis relatif aux mérites d'un pourvoi formé par un avocat du barreau de Paris et ayant donné lieu à l'arrêt du 22 mars 2016 (cf infra), le premier avocat général François Cordier s'est exprimé ainsi : «La loi n'instaure au bénéfice des personnes qui exercent la profession d'avocat aucune immunité. Elles peuvent être placées sous surveillance téléphonique si la recherche de la manifestation de la vérité le rend nécessaire. On observera, en premier lieu, que les conversations que l'avocat peut tenir ne relèvent pas toutes de son activité professionnelle, celui-ci a une vie privée. En second lieu, un avocat peut en effet être impliqué dans une affaire de blanchiment, de complicité de fraude fiscale, ou d'abus de biens sociaux. Il peut, aussi, en dehors de son activité professionnelle, commettre des délits voir un crime. Imaginerait-on que l'on ne puisse pas, si les circonstances l'imposent, et, indépendamment de l'existence d'indices

préalables, placer sous surveillance téléphonique un avocat dont la femme aurait disparu dans des conditions inquiétantes ? L'article 100-7 du code de procédure pénale ne pose à cet égard que la condition que le bâtonnier de l'ordre des avocats soit avisé concomitamment à la décision de mettre en oeuvre une surveillance".

### **2.2.2. La jurisprudence de la chambre criminelle**

Par un arrêt du 15 janvier 1997, la chambre criminelle a rappelé l'interprétation qu'il fallait donner à l'article 100-7 du code de procédure pénale au regard de la confidentialité des échanges entre un avocat et son client, des droits de la défense : "si le juge d'instruction est, selon l'article 100 du code de procédure pénale, investi du pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications, ce pouvoir trouve sa limite dans le respect des droits de la défense, qui commande notamment la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen ; qu'il ne peut être dérogé à ce principe qu'à titre exceptionnel, s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction".

Voici le commentaire de cet arrêt d'Albert Maron à la revue de Droit pénal : "il ne faudrait pas considérer pour autant que le seul respect de ces prescriptions formelles [l'avis obligatoire à donner au bâtonnier avant la mise en place de l'interception de la ligne téléphonique d'un avocat] permette la mise sous interception des communications téléphoniques du cabinet d'un avocat. Ces prescriptions ne sont, rappelle fort opportunément l'arrêt, que des garanties complémentaires, mais qui ne sont que secondes par rapport au respect des droits de la défense, qui, lui, interdit en principe, que la ligne téléphonique de l'avocat désigné par la personne mise en examen puisse être placée sous de telles écoutes. Au fond, l'exception est ici un excellent critère de l'étendue des droits de la défense et de leur nature. La défense s'arrête là où commence l'infraction. S'il existe des indices de participation de l'avocat à une infraction, il est sorti de son rôle. En participant à une infraction, il n'est plus l'avocat de son client, mais complice de celui-ci. La protection des droits de la défense ne saurait donc plus jouer. Mais, jusqu'à cette limite, les droits de la défense sont et restent protégés".

Résulterait-il de l'arrêt précité du 15 janvier 1997 que la légalité de toute décision d'interception des communications téléphoniques d'un avocat serait subordonnée à la caractérisation préalable, à son encontre, d'indices de participation à une infraction ?

Il convient de souligner que :- cette exigence posée par la Chambre criminelle fait suite à la constatation que l'avocat se trouvait dans l'exercice de sa mission de défense, qu'étaient donc en cause les droits de la défense, puisqu'il était le conseil de la personne mise en examen dans le dossier,- l'interception de ses conversations, en relation avec cette mission, était donc interdite, - la seule dérogation possible aurait été un indice de participation personnelle de l'avocat à une activité délictueuse, non établie en l'espèce.

S'agissant de la question de la captation d'une conversation d'un avocat intervenant fortuitement sur une ligne surveillée, dans un premier temps, la Chambre criminelle, si elle a retenu que le principe de libre communication entre un avocat et une personne mise en examen ou un client fait obstacle à l'interception de leurs correspondances, a limité cette prohibition à leurs échanges : "... la règle de libre communication entre la personne mise en

examen et son avocat, interdit l'interception des correspondances ou communications téléphoniques échangées entre eux, à l'exclusion de tous autres" (Crim 10 mai 1994, Bull n° 180) ; "la liberté de communication entre l'avocat et son client... ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoutes téléphoniques le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce proche avec l'avocat de cette personne" (Crim 8 octobre 1997, n° 97-82.903 et n° 97-82.481 ; Crim 30 sept. 1998, n° 98-81.951).

La Chambre criminelle a, par la suite, renforcé cette protection par référence aux prescriptions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et par son interprétation de la portée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle a posé en principe, au visa notamment de ces textes, que "même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction " (Crim 8 novembre 2000, Bull n° 335) :

- la référence à la qualité de " client" de l'avocat reprend la terminologie retenue dans l'article 66-5 précité de la loi du 31 décembre 1971, présent dans le visa de cassation. Cette formulation, par sa généralité, ne paraît pas impliquer que le statut de "client" soit obligatoirement en lien avec la procédure à l'occasion de laquelle les interceptions sont ordonnées ni même avec une procédure de nature pénale ;

- la seule dérogation à la prohibition de la transcription d'une conversation entre un avocat et son client est la participation de l'avocat à la commission d'une infraction qui ressort du contenu des écoutes (par exemple Crim 14 novembre 2001, Bull n° 238) "Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que la société B... a porté plainte avec constitution de partie civile, pour faux, escroquerie et tentative d'escroquerie, dont elle aurait été victime à l'occasion d'une opération de cession d'un supermarché puis d'une procédure engagée devant le tribunal de commerce ; que, dans cette plainte, elle a mis en cause C..., Y.. et leurs avocats, Z... et A... ; que, par commission rogatoire, le juge d'instruction a prescrit l'interception des conversations téléphoniques tenues sur les lignes attribuées respectivement à Y.. et à C... , que des transcriptions de propos échangés, entre, d'une part, Z... ou A... et C..., d'autre part, entre Y.. et A..., ont été versées à la procédure ;

Attendu que, pour rejeter les moyens de nullité pris de l'irrégularité de la captation et de la transcription des propos téléphoniques tenus par un avocat avec un client, l'arrêt prononce par les motifs partiellement reproduits aux moyens ;Attendu qu'en cet état, dès lors que le contenu des conversations transcrites était de nature à contribuer à la manifestation de la vérité sur la participation des deux avocats aux infractions qui leur étaient reprochées ainsi qu'à Y.. et C... et que n'étaient pas en cause les droits de la défense, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués".

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Chambre criminelle a de nouveau jugé que, même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure qu'à titre exceptionnel, s'il apparaît que son contenu et sa nature sont propres à faire présumer la participation de cet

avocat à une infraction.

Encourt donc la cassation l'arrêt qui, pour refuser de prononcer l'annulation de procès-verbaux de transcription de conversations téléphoniques entre un avocat et son client, surprises lors de la surveillance de la ligne téléphonique du second, prononce par des motifs qui font apparaître que le contenu des conversations litigieuses procédait de l'élaboration d'une stratégie de défense et ne révélait pas, au moment de l'écoute, des indices de nature à faire présumer une telle participation, l'existence de ceux-ci ne pouvant se déduire d'éléments postérieurs (Crim 15 juin 2016, n° 15-86.043, Bull n° 186).

Enfin, dans un arrêt du 22 mars 2016 (n° 15-83,205, Bull n° 93), la chambre criminelle a précisé que, s'agissant des relations d'un avocat avec son bâtonnier, "même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, 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".

**Intervenant: Me Nicolas TOLLET** – Avocat aux barreaux de Paris, New-York et de la Cours Suprême des États-Unis

## **Introduction**

When preparing for this conference and trying to figure out what topic I could discuss this morning, I thought: there are quite a number of distinguished outside counsels who will be speaking. What am I going to add to what they could possibly say? Then, I remembered that the French secret professionnel or the US legal privilege are not just a topic for outside counsels. They are also a topic for corporations, and in particular multinational companies, whether as clients or as entities having legal departments internally. Therefore, I thought I would wear again my hat of Vice President for Compliance at a multinational company which I was still wearing a year ago.

As in-house counsels, we work for companies which have offices all around the world, we travel all around the world and we give legal advice to the various inside stake-holders. Ourselves we are in-house lawyers who are either non-qualified; qualified with the French bar, or another foreign bar; and sometimes we are dual or triple qualified. For instance myself, I am qualified in France and in the United States, and while working at a multinational company, I was traveling around the world and I was sometimes based abroad.

What privilege attached to my work then?

## **The status in France**

In respect of the legal departments and in-house counsels in France, it seems very simple at first sight. It is very well known; there is no privilege. Whether the in-house counsel is qualified in France, in the United States, elsewhere or simply not qualified at all, there is no privilege. All in-house counsels are all treated the same way in France. It implies that in-house counsels are not held by the French secret professionnel, but they still have a duty of confidentiality.

In 2012, Philippe Coen from The Walt Disney Company was already noting that with the increase of compliance requirements within companies, the absence of privilege for in-house counsels would cause an increasing problem for companies<sup>1</sup>. They have to set up compliance programs and compliance departments, to conduct an increasing number of due diligence, perform compliance audits and conduct internal investigations, while the work is not protected.

---

<sup>1</sup> Ch. Roquilly, La protection des échanges et avis juridiques dans une économie mondialisée : pour une réforme du statut des juristes d'entreprise en France, Revue Lamy droit des affaires, N° 77, 1er décembre 2012. Philippe Coen (Directeur juridique de The Walt Disney Company EMEA), « d'un côté, il y a un encouragement, via la compliance, à mettre en place des contrôles, à réaliser des audits de conformité ; de l'autre, il y a une exposition supplémentaire de l'entreprise car le résultat des audits et les informations qui en découlent ne sont pas protégeables. Aussi, on nous demande de travailler en quelque sorte pour l'autorité de sanction aux frais de l'entreprise. Il faut à la fois augmenter la conformité de manière transparente tout en ne nous donnant pas les moyens de se protéger : c'est un système autofinancé d'auto-sanction et d'autorégulation ».

On one side we Americanize the internal processes of French corporations, but on the other side, we do not give French corporations the same level of protection as American corporations.

It has been a long run since I started working in the area of FCPA investigations and compliance 10 years ago. In 2017, with Sapin II which incorporates compliance into law; makes it official, we are at a paroxysm. The absence of in-house privilege is not sustainable and this is not in the interest of both:

- the French economy: because corporations can set up their compliance departments outside France and recruit non-French lawyers; and
- French avocats who are missing big time on an opportunity to gain tremendous competitive advantage over non-lawyers; especially auditors.

According to a report dated 2013 issued by the former anti-corruption service, SCPC, back then, out of 31 CAC 40 companies interrogated by the SCPC, 29 had set up a structure handling ethics at a level highly strategic within the organization, in charge of notably preventing corruption. Among them, 27 had set up a compliance department specifically. With Sapin II, all French multinational but also large French companies are setting up compliance departments. Over the recent years, we have seen the birth of a new profession in France: the compliance officer. Besides, such new profession has a big influence within the organization and Chief Compliance Officers, most of the time, have direct access to the CEO and sometimes sit on the ExCom next to the General Counsel. Some even get to sit on the board of directors of multinational companies.

But do not get too overwhelmed by it. It does not necessarily mean more work opportunities for avocats, whether in-house or external. The profile of the professionals working in compliance departments is not always legal. Many come from audit, some come from HR, others from the business. And when they externalize, auditors have a tendency to externalize to audit firms rather than to law firms.

Granting the secret professionnel to in-house lawyers, at least those who are qualified:

- would give a very important competitive advantage to the French avocats willing to work in-house at a time where positions in compliance, by contrast with legal departments, are not necessarily filled-in by lawyers, and
- would give lawyers more influence within the organization; and would more often get the work externalized. And I am thinking here of investigations which too often in France, are externalized to audit firms when they could be externalized to law firms.

I note that the French avocats are starting to consider the existence of compliance, at least in respect of internal investigations. Thus, on March 8, 2016, the Paris Bar deliberated that internal investigations are part of the professional scope of French avocats. On September 13, 2016,

recommendations (a vademecum<sup>2</sup>) were issued to detail how French avocats shall conduct investigations.

*Distinction entre l'activité de l'avocat-conseil (ou avocat-enquêteur) couverte par le secret professionnel et l'activité de l'avocat expert qui n'est pas soumise au secret professionnel.*

- **L'avocat-enquêteur** est celui qui est mandaté unilatéralement par un client pour mettre en œuvre une enquête interne visant à donner un avis ou un conseil sur une situation factuelle donnée à la lumière du droit positif. Depuis la délibération du Conseil de l'Ordre en date du 8 mars 2016, cette activité entre dans le champ de de compétence de l'avocat et relève de sa mission générale de conseil et d'assistance prévue aux articles 6-1<sup>3</sup> et 6-2 du Règlement Intérieur National (RIN). Dans l'exercice de ces prérogatives, l'avocat reste tenu au secret professionnel. La mission de l'avocat menant une enquête interne n'est pas coercitive<sup>4</sup>, de telle sorte que la personne auditionnée ne peut être contrainte de répondre aux questions de l'avocat-enquêteur<sup>5</sup>.
- **L'avocat-expert** est celui qui est mandaté par deux parties (une autorité juridique et une entreprise ou une entreprise et l'un de ses salariés ou dirigeants) pour réaliser une mission d'expertise. Dans cette situation, l'avocat est un tiers neutre et objectif compétent pour évaluer une situation factuelle donnée.

At about the same period, on July 1, 2016<sup>6</sup>, the Conseil National des Barreaux modified its internal regulations to allow that a French avocat open a secondary office<sup>7</sup> within the premises of a company<sup>8</sup>, whether in France or abroad, including in the United States (with the prior

<sup>2</sup> Annexe XXIV du RIN

<sup>3</sup> Article 6-1 RIN: «[L'avocat] fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles. Il peut collaborer avec d'autres professionnels à l'occasion de l'exécution de missions nécessitant la réunion de compétences diversifiées et ce, aussi bien dans le cadre d'interventions limitées dans le temps et précisément définies, que par une participation à une structure ou organisation à caractère interprofessionnel. Dans l'accomplissement de ses missions, l'avocat demeure, en toutes circonstances, soumis aux principes essentiels. **Il doit s'assurer de son indépendance, et de l'application des règles relatives au secret professionnel et aux conflits d'intérêts** ».

<sup>4</sup> Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne, Recommandation 1.3 : « Préalablement à tout contact avec des tiers en vue de l'accomplissement de l'enquête interne, [l'avocat] expliquera sa mission et le caractère non coercitif de celle-ci ; il leur précisera que leurs échanges ne sont pas couverts par le secret professionnel à leur égard ».

<sup>5</sup> E. Daoud, C. Boyer, L'avocat chargé d'une enquête interne : enjeux déontologiques, AJ Pénal 2017, p.330 : « Aux États-Unis, les personnes auditionnées sont au contraire tenues de coopérer et encourent des sanctions disciplinaires en cas de refus. Au-delà de l'existence ou non d'une telle sanction, la personne auditionnée dispose-t-elle d'un droit au silence ? À ce jour, la notification du droit au silence de la personne auditionnée ne fait pas partie des obligations de l'avocat-enquêteur. Nous recommandons cependant d'informer la personne auditionnée de la possibilité, si tel est son souhait, d'opposer le silence aux questions posées par l'avocat-enquêteur ».

<sup>6</sup> Décision à caractère normatif no 2016-001 portant modification de l'article 15 du RIN de la profession d'avocat

<sup>7</sup> Le bureau secondaire étant défini par le RIN comme « une installation professionnelle permanente distincte du cabinet principal ».

<sup>8</sup> Le nouvel article 15.2.2 précise ainsi que « Le bureau secondaire, qui peut être situé dans les locaux d'une entreprise, doit répondre aux conditions générales du domicile professionnel et correspondre à un exercice effectif et aux règles

approval of the French Bar<sup>9</sup>). The avocat has to follow the rules of both the French Bar where he or she is qualified, plus the rules of the Bar in the United States where he or she would establish the secondary office.

I do not know how many avocats are already benefitting from this new option (it seems none or barely none) and how the secret professionnel will be challenged for them. I also hear the critics raised by certain French avocats that it will weaken the economic stability of French avocats and that in-house lawyers will not want to give up the rights attached to their employment contracts for this new status. And I also understand the frustration of in-house lawyers who still claim for the privilege.

Considering the current status quo of the privilege for in-house lawyers, I choose to see this problem differently. First of all, French avocats opting for this way of working are not going to end up in open space. Companies and General Counsels are smarter than that. If they choose to hire a French avocat domiciled within their premises, they will set up a proper office, locked, guaranteeing the confidentiality required by the secret professionnel.

In respect of the economic instability for the lawyer, we have to remember that we are a profession founded on the principle of freedom. We are not employees. We are free to decide what we want to do. We should not be talking here of associates being seconded at companies for a short period of time, but of outside counsels willing to establish a long term relationship with a client. It does not mean that the avocat should work exclusively for the client. Otherwise, the economic dependency would make it too easy to demonstrate the link of subordination. The avocat must work for various clients, including the one where he or she established a secondary office.

Many associates are hesitating going in-house. They like the freedom of private practice and not being employees; sometimes they would like to be their own boss and set up their own law firms; and sometimes they would like to work in-house because they cannot bear the pressure of private practice. Here, we are giving them the opportunity of a working partly in-house, while staying outside counsels and guaranteeing them a steady income to be completed with other clients they could develop. The other way around works too. Many in-house counsels asked me how they could go, or go back, to private practice because they do not want to be subordinated anymore. The business development is often the biggest barrier. This new option guarantees them a minimum income which will be better than starting from scratch.

From the in-house perspective, I am interested in hiring a law firm, or encouraging the setting-up of a law firm of 2, 3, 4 avocats who will be located part time next door to my own office internally. They are physically here and I can easily go talk to them. No need for emails or phone calls. They can relay themselves to advise me, work on conducting internal investigations, conduct third party due diligence, etc. Their work is privileged. In the absence of secret professionnel for in-house counsel, I believe this new option is a good alternative for both avocats and clients.

---

*de la profession notamment en ce qui concerne le secret professionnel. L'entreprise au sein de laquelle le cabinet est situé ne doit pas exercer une activité s'inscrivant dans le cadre d'une inter professionnalité avec un avocat. », étant précisé que « L'ouverture d'un ou plusieurs bureaux secondaires est licite en France et à l'étranger ».*

<sup>9</sup> Article 15.2.3 RIN



Even more recently, the Paris Bar enhanced the status of in-house counsels with its deliberation of February 28, 2017<sup>10</sup>, in line with the position of the European Bar Council. Pursuant to it, a French avocat can work in-house abroad and keep his or her avocat status so long as the host country recognizes such status. Thus, a French avocat could work in-house for the U.S. subsidiary of a French multinational for instance, and remain registered at the Paris Bar. Even though there is still a link of subordination which prevents the legal privilege to apply in France as per case law, this will reinforce the status of French in-house counsels working for a period of time in the U.S. offices to be recognized the U.S. privilege.

### **The Status in the United States**

Indeed, in the United States, the duty of confidentiality, attorney-client privilege and work product doctrine apply to a member of a U.S. Bar, whether he or she is practicing at a law firm or in-house, wherever geographically (United States v. United Shoe Machinery Corp. 89 F. Supp. 357 (D. Mass. 1950)). According to Section 8.5 of the Model Rules of Professional Conduct of the American Bar Association, followed by the State of New York, a U.S. lawyer remains held by the rules of professional conduct.

Although in-house counsels in the United States are generally afforded the same privilege protections as external counsel, the application of privilege protections to in-house counsel becomes much more uncertain when a U.S. court has to take foreign laws of privilege into consideration.

When a question of privilege arises in a multi-jurisdictional context in the course of a U.S. legal proceeding, the analysis is very fact specific and the choice of law analysis used to determine which jurisdiction's privilege law will be applied varies by jurisdiction within the U.S. There are essentially 6 approaches which can be tested<sup>11</sup>:

- I. Law of the forum (lex fori): Privilege is treated as procedural, so the court follows the rules of the forum.
  - 8 U.S. jurisdictions follow this approach
  - Functional lex fori approach: The court asks whether the functions performed by the foreigner who is engaged in the communication are the "functional equivalent" of those of an attorney

---

<sup>10</sup> Le Conseil de l'Ordre du barreau de Paris a adopté le 28 février 2017, une résolution en ligne avec la position du Conseil des barreaux européens (CCBE) pour admettre que « l'avocat parisien qui est autorisé à exercer son activité dans un autre pays de l'Union européenne doit être inscrit sous son titre d'origine auprès du barreau de l'État d'accueil et peut ainsi exercer en qualité de salarié dans une entreprise, si les dispositions légales de cet État d'accueil l'y autorisent, et ce, sous le contrôle des autorités de ce pays ». « Il en ira de même de l'avocat parisien désirant exercer sa profession dans un pays étranger, autre que ceux de l'Union européenne, à la condition d'être inscrit sur la liste des avocats de ce pays et de pouvoir exercer en qualité d'avocat salarié d'une entreprise si ce mode d'exercice est autorisé aux avocats de ce pays, et ce, sous contrôle des autorités de ce pays » <http://www.affiches-parisiennes.com/avocat-en-entreprise-une-revolution-tranquille-7058.html>

<sup>11</sup> Nathan M. Crystal & Francesca Giannoni-Crystal, Using Occam's Razor to Solve International Attorney-Client Privilege Choice of Law Issues: An Old Solution to a New Problem, N.C. J. INT'L L. 276, 292-311 (2016).

- In *Heidelberg Harris, Inc. v. Mitsubishi Heavy Indus., Ltd.*,<sup>12</sup> the court decided that documents prepared by plaintiff's patent agent in Germany were protected by attorney-client privilege because in Germany the patent agent was the functional equivalent of a U.S. attorney and his agents.
  - In *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co. S.A.*,<sup>13</sup> the court applied privilege under U.S. law to communications between a French client and French in-house counsel (not a member of a bar) because the court found that such in-house counsel were the "functional" equivalent of U.S. lawyers, as they were competent to render legal advice and permitted by law to do so.
2. Section 139 of the Restatement (Second) Conflict of Laws: If the law of privilege of the Forum State and the State with the most significant relationship to the communications at issue differ, then the communication is admissible unless admitting it would conflict with strong public policies or there are special reasons for the communication to be privileged (flowing from one of the relevant jurisdictions)
    - This approach is followed or "cited with approval" by 13 U.S. jurisdictions
  3. "Touch Base" Approach: U.S. law applies if the communication for which privilege is claimed has a relationship with the United States that is more than "incidental", meaning that it concerns legal proceedings in the U.S. or advice regarding U.S. law. Foreign privilege law typically governs communications relating to foreign legal proceedings or foreign law.
    - This is the test often applied by New York courts
  4. "Center of Gravity"/ "Most Significant Relationship" Approach: applies the law of the country with the most direct and compelling interest in whether the communication should remain confidential
  5. Law of the Decision Approach: the law that governs the substance of the dispute also applies to determine the law of attorney-client privilege (most likely to be asserted in a situation where the parties have a choice-of-law clause in their contract)
  6. Reverse Comity: when the court determines that foreign law applies, but then applies U.S. law as a matter of comity to protect the interest of foreign jurisdictions

However, whether in a pure U.S. context or when a French in-house counsel is recognized the U.S. privilege, this is not absolute. In particular, it does not apply to business decisions which in-house counsels are sometimes making<sup>14</sup>.

Despite the uncertainty of privilege for in-house counsels when multiple jurisdictions are involved, there are some steps that in-house counsels can take to help protect the privilege provided by U.S. law to in-house counsel. These steps should be followed as best practices

---

<sup>12</sup> *Heidelberg Harris, Inc. v. Mitsubishi Heavy Indus.*, No. 95 C 0673, 1996 U.S. Dist. LEXIS 19274 (N.D. Ill. Dec. 9, 1996).

<sup>13</sup> *Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co. S.A.*, 98 F.R.D. 442, 444 (D. Del. 1982).

<sup>14</sup> *Ranch LLC v. Superior Court*, 113 Cal. App. 4th 1377, 1390 (2003)

whether in France or in the United States to manage both the legal privilege of in-house counsels and external counsels:

### **Clearly Identify the Client**

- When representing a corporate entity, identifying who the client is, becomes more difficult. The corporation's counsel represents the corporation itself, and not the individual agents or employees with whom the lawyer interacts. The ABA Rules state that attorneys must clearly explain whom they represent when communicating with client organization's employees or officers.

### **Distinguish Legal Advice from Business Advice**

- To assist in-house counsel in preserving privilege, they should label legal documents as "privileged", "for legal purposes" or "prepared in anticipation of litigation" when applicable.
- In-house counsel should file legal documents separately from business documents, perhaps in a separate room or cabinet in order to make a clear distinction between business and legal work. Employees can also label their communications as "attorney-client privileged" or "for legal advice" when contacting counsel for legal advice. The same applies to electronic documents and communications stored on the server of the company.
- In-house counsel may also state clearly on the face of the document, that it has been prepared to seek or provide legal advice at the request of the client.
- In-house counsel can also use email disclaimers, prefatory language and email subject lines that indicate that the communication is for legal purposes

### **Avoid Waiving Privilege**

- Disclosing the contents of privileged attorney-client communications to a third party outside the scope of protection, such as a government agency, may sometimes result in a waiver of the applicable privilege.

### **Mark Correspondence as Legal in Nature**

- Establishing policies and procedures in relation to communication with the in-house counsel can help protect privilege. Employees should be told to use explicit statements such as "I need your legal advice" or "request for legal advice" when emailing in-house counsel for such purposes.
- Employees should be taught not to inter-mingle business and legal issues in the same emails, and to be mindful of whom they copy in an email chain. For instance, a business associate should not be cc'd on an email that seeks legal advice.
- Use the standard privilege language "Confidential, Subject to Attorney-Client Privilege" on communications that fall under this category. However, try not to use this language on non-

legal documents so that the use of the disclaimer does not extend to non-privileged materials (and risk diluting its effectiveness).

### Maintain Privilege in Employee Interviews

- It is generally best if employee interviews in the context of an investigation are conducted by attorneys so that attorney-client privilege applies. For the same reason, counsel should make clear that the employee interviews conducted in an investigation are for the purpose of rendering legal advice.
- In conducting employee interviews as part of an internal or government investigation, it is a good idea to have another lawyer take notes as opposed to simply recording the interview. This way, the attorney's notes are likely to be protected under the work-product doctrine, whereas a simple recording might be deemed to be a factual communication (a verbatim transcript) that is not subject to the attorney work-product doctrine. Opinion work-product receives greater protections than factual work-product.
- When memorializing the content of the interview, the attorney's summary should expressly state that it does not constitute a verbatim transcript of the interview and that the summary contains the thoughts, mental impressions and legal conclusions of counsel. Again, this improves the chances of the material being protected by the work-product doctrine.
- At the beginning of the interview, an attorney should consider giving employees what is called an "Upjohn warning", which clarifies that the communications between company counsel and the employees are confidential and protected as attorney-client privileged, but specifies that the privilege belongs to the company and that the company may choose to waive that privilege in the future.<sup>15</sup>
- The term "Upjohn warning" gets its name from the case *Upjohn Co. v. United States*, in which the United States Supreme Court held that a company's attorney-client privilege could extend to the company counsel's communications with employees in certain prescribed circumstances.<sup>16</sup> Now, an "Upjohn warning" generally serves to clarify and distinguish the lawyer's relationship to the company and to the company employee being interviewed in an effort to avoid a situation where the company's attorney-client privilege would extend to the communications of the attorney with the company employee.

### Ensure Attorney Direction and Oversight throughout the Investigation

---

<sup>15</sup> Richard M. Strassberg and Meghan K. Spillane, *Privilege: The US Perspective* in *The Practitioner's Guide to Global Investigations* (Jan. 5, 2017), available at <http://globalinvestigationsreview.com/benchmarking/the-practitioner%E2%80%99s-guide-to-global-investigations/1079414/privilege-the-us-perspective>.

<sup>16</sup> *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981).

- To extend the attorney-client privilege to investigations, internal investigations should be initiated by attorneys, whether they are outside or in-house counsel.
- Although a company's lawyers may not be the first people to learn of potential misconduct, and even if non-attorneys begin the process of gathering facts or information in relation to the potential misconduct, a company's counsel should formally initiate the investigation and retain oversight of the entirety of the investigation process.
- Non-attorneys may conduct or participate in investigations without jeopardizing attorney-client privilege if they are acting as agents of attorneys (hence the importance of attorney oversight throughout the process).
- This point is particularly important to consider vis-à-vis Sapin II which requires to set up whistleblowing procedure and to designate a point of contact. It will be best to ensure that such point of contact is a lawyer.

### **Establish a Clear Attorney-Client Relationship**

- At the beginning of an internal investigation when externalized to a law firm (because not all internal investigations can be externalized), the retainer agreement between the company and outside counsel should clearly state that counsel is being retained to conduct an internal investigation for the purpose of providing legal advice to management and the board. This will establish a clear attorney-client relationship and thereby make attorney-client privilege applicable to communications to the outside counsel for the purpose of obtaining legal advice.

### **Avoid Editing Externally-Prepared Documents**

- Due to differences in the applicability of attorney-client privilege to in-house counsel in Europe, in-house counsel should refrain from making any additions or amendments to legal advice or materials prepared by external counsel so that the external counsel's privilege is not removed or threatened.

### **Conclusion**

We see that the U.S. legal privilege requires discipline to effectively apply to in-house counsels and even to ensure it is maintained with respect to U.S. external counsels, and I will now let Kevin speak more precisely of the U.S. privilege itself, from his perspective of U.S. outside counsel.

\*\*\*

	American Authorities	French Authorities	European Authorities
<b>In-house Counsel (“Juriste”) omitted from a French Bar</b>	<p><b>If US law is applied:</b> Privilege protected under <i>lex fori</i> and if communication “touches base” with the U.S.; no privilege if Restatement §139 used</p> <p><b>If French law is applied:</b> No privilege</p>	<p>Un juriste français, qu’il soit détenteur du <i>Capa</i> ou non, qu’il ait exercé la profession d’avocat ou non, est rayé de la liste de son barreau dès lors qu’il adopte le statut de salarié en entreprise en France. Cela implique que le juriste français n’est pas tenu au secret professionnel qui est une obligation incombant à l’avocat.</p> <p>Pour être soumis au secret professionnel et bénéficier de la confidentialité des échanges tout en travaillant au sein d’une entreprise, l’avocat français peut, sans être omis:</p> <p>(1) établir un domicile secondaire au sein de l’entreprise ; (2) s’agissant de l’avocat parisien, travailler comme avocat salarié dans une entreprise dans un Etat admettant cette possibilité, à condition d’être inscrit sur les listes de l’Etat d’accueil.</p>	<p>La CJUE, dans un arrêt <i>Akzo Nobel Chemicals Ltd. e.a. / Commission européenne</i><sup>17</sup>, a confirmé que les échanges au sein d’une entreprise avec un avocat interne ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients.</p> <p>Selon la Cour, la protection de la confidentialité implique l’absence de tout rapport d’emploi entre l’avocat et son client, si bien que cette protection ne s’étend pas aux échanges au sein d’une entreprise ou d’un groupe avec des avocats internes. Elle ajoute que l’avocat interne, du fait de sa dépendance économique et de ses liens étroits avec son employeur, ne jouit pas d’une indépendance professionnelle comparable à celle d’un avocat externe.</p>
<b>In-house Counsel (“Juriste”) admitted to a U.S. Bar</b>	<p><b>If US law is applied:</b> Privilege protected under <i>lex fori</i> or if communication “touches base” with U.S.; no privilege if Restatement §139 test used</p> <p><b>If French law is applied:</b> No privilege</p>	<p>En France, les avis juridiques rendus par les juristes d’entreprise ne bénéficient pas du <i>legal privilege</i>.</p> <p>La cour de cassation a admis l’inopposabilité du <i>legal privilege</i> du juriste américain aux mesures d’instruction <i>in futurum</i> en droit français. Cass. Civ. Ire, 3 novembre 2016 : une mesure d’instruction <i>in futurum</i> (art 145 cpc) peut conduire à l’appréhension de correspondances de juristes américains des lors que ces derniers n’ont pas la qualité d’avocat au regard du droit français</p>	No privilege
<b>In-house Counsel (“Juriste”) without a legal degree</b>	<p><b>If US law is applied:</b> For a French “juriste”: privilege protected under <i>lex fori</i> or if communication “touches base” with U.S.; no privilege if Restatement §139 test used.</p> <p>If the person is a U.S. “lawyer” yet not a member of a Bar, likely no privilege because privilege generally only applies to lawyers who are members of a Bar under U.S. law.</p> <p><b>If French law is applied:</b> No privilege</p>	<p>En France, les avis juridiques rendus par les juristes d’entreprise ne bénéficient pas du <i>legal privilege</i>. Compte tenu de son lien de subordination et son absence d’indépendance, le juriste français n’est pas tenu au secret professionnel qui est une obligation incombant à l’avocat. La confidentialité des avis juridiques des juristes d’entreprise n’existe pas non plus à l’heure actuelle en droit français.</p>	Conformément à l’arrêt <i>Akzo Nobel</i> , les échanges avec un juriste ne bénéficient pas de la protection de la confidentialité des communications.

<sup>17</sup> CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e.a. / Commission européenne*

## Legal Privilege et secret professionnel des avocats regards croisés franco-américains QUESTIONS/RÉPONSES

**Question 1 : Lorsque l'on parle du secret professionnel des avocats, on dérive vers une suspicion. Il est donc important de préciser qu'en pratique c'est rare. En outre, on voit un changement concernant les avocats d'entreprises. En effet, l'enquête préliminaire incombe aux entreprises. Ainsi, aujourd'hui on dévie d'un pan du pénal du fait du secret professionnel, et cela sera le cas tant que la Chambre criminelle n'interviendra pas.**

**Maitre Vincent Nioré :** Cela fait l'objet d'un article dans le *Dalloz actualité* du 17 septembre 2015, « *Le secret professionnel de l'avocat : vers une ambiguïté entretenue ?* ». C'est l'image de l'enquêteur qui est mise en cause ici. La question se pose au Luxembourg également, concernant les avocats d'affaires. En France, dans un arrêt de 1991, la chambre criminelle de la cour de cassation vient préciser que le secret professionnel du conseiller juridique et fiscal, devenu avocat, ne fait pas obstacle à la saisie de documents lorsque ceux-ci sont étrangers à l'exercice des droits de la défense.

**Monsieur Jean-Baptiste Parlos :** La chambre criminelle précise que tous les documents couverts par le secret professionnel le sont de manière absolue. La question est donc de savoir ce qui se passe lorsque le juge le lève. Il faut tout d'abord des indices plausibles, la levée du secret est alors nécessaire. En pratique c'est rare.

**Maitre Basile Ader :** En effet, c'est un réel problème, c'est au cœur de notre métier d'avocat. Cela diffère du Common Law où le concept de Legal Privilege est inviolable.

**Monsieur Kevin Abikoff :** C'est effectivement, une spécificité de la France où il existe une obligation de communiquer les pièces du dossier. Ce n'est pas le cas en Common Law.

**Question 2 : En étendant le rôle des avocats on prend d'autres risques. Le premier est lorsqu'un avocat est présent dans l'entreprise, les salariés peuvent le considérer comme tel et se confier alors même qu'il n'y a pas de relation avocat-client entre eux. Il faut donc que l'Ordre fixe les limites du secret professionnel plus strictement.**

**Me. Nioré :** Ce sont des problèmes nouveaux. Mais on ne peut pas empêcher que la profession évolue.

**Me Ader :** C'est en effet, un secret professionnel allégé qui existe pour eux. Il englobe deux notions, la première est le secret à proprement dit et la seconde est relative aux échanges entre l'avocat et ses clients.

**Question 3 : Il s'agit d'une remarque et non d'une question. Il y a un problème de vocabulaire du fait de la superposition entre le secret professionnel et la saisine. L'article 55 de la Loi de 1991 protège les avocats d'entreprises. Cependant, on remarque que les documents protégés contre les perquisitions sont seulement les documents ayant trait à la défense. La question des enregistrements fait par des particuliers se pose alors. On sait que l'Autorité de la Concurrence en a utilisé. C'est logique car dans d'autres situations on aurait abouti au même résultat. Plusieurs arrêts peuvent illustrer ce propos.**

**Question 4 : Y-a-t-il autant de perquisitions dans les autres pays ? En comparaison sur 4000 documents saisis, combien sont couverts par le Legal Privilege et le secret professionnel ? Il y en 100 dans le premier cas et 20 dans le second qui ne concernent que peu ou pas de documents sur la défense. Ne devrait-on pas faire une comparaison ?**

**Me Nioré :** Les articles 55 et 56 de la Loi de 1991 protègent les avocats d'entreprises mais également les autres. En complément il y a l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne qui est très important. La jurisprudence est fructueuse dans ce domaine.

**Question 5 : Lors d'une perquisition, le magistrat lit le document, il connaît donc l'histoire et sait où il doit chercher, n'est-ce pas paradoxal ?**

**Monsieur Eric Russo :** L'officieux ne compte pas dans la procédure, qui est le plus souvent écrite. C'est le même problème lorsque des écoutes téléphoniques ne peuvent pas être retranscrites.

**Me Ader :** On est dans la recherche de la preuve.

**Question 6 : La protection des droits de la victime relatif au secret professionnel de son avocat est-elle la même que celle du détenu ?**

**Me Ader :** Oui, ce sont des protections pour le détenu mais également pour la victime. Cependant, cette dernière, outre les procès médiatiques, fait moins l'objet de curiosité.

**Question 7 : Concernant une vision plus publiciste, la question de la commande publique est très objective. Mais quelles sont les conséquences et les opinions de la cour ?**

**M. Parlos :** Je comprends la difficulté mais pour moi, la commande publique est plus une question formelle qu'objective. On ne tranche pas si on ne fait pas d'interprétations. A partir, du moment où le cabinet est fiable, on est couvert par le secret professionnel. Ce n'est pas un choix du législateur mais un choix de la société qui fait face à un état d'exception qu'est l'Etat d'urgence ce qui peut justifier de plus en plus de détentions provisoires.

**Question 8 : On a parlé des relations entre deux personnes mais pour les fiscalistes les relations sont plurielles. Notamment lorsque les commissaires des comptes sont sollicités, ils ont tendance à tout donner, même les documents « à risques ».**

**M. Parlos :** Il n'y a pas de réelles dispositions. Cependant, l'officier de Police Judiciaire ou le magistrat sont obligés de respecter le droit du secret professionnel du fait de l'absence de normes.

**Question 9 : Lorsque l'avocat n'est pas soupçonné, peut-on saisir une pièce, et cela avant même qu'il ne soit l'avocat du prévenu ?**

**M. Parlos :** Un certain nombre d'intervenants vérifient si les documents sont couverts par le secret professionnel. Puis, ils vont se demander si l'utilisation du document est nécessaire pour la manifestation de la vérité en lien avec les faits.

**Me. Ader :** C'est un problème majeur, c'est le cœur du problème.

**M. Parlos :** Il faudrait que cela change.

**Question 10 : Concernant la loi du 21 juin 2017, dans le projet de loi il n'y a pas de différence entre évasion et optimisation fiscale, ce qui peut poser des problèmes.**

**Me Ader :** Il faut être irréprochable. En effet, c'est parfois très compliqué de différencier l'activité de conseil qui est légale et la complicité qui est pénalement sanctionnée.