

La construction de la protection du domicile professionnel

PAR

Bertrand FAVREAU

Avocat à la Cour, Président de l'Institut
des droits de l'homme des avocats européens (I.D.HAE.)

Au commencement était l'inviolabilité du domicile. Règle ancestral, elle interdit à tout individu de s'introduire de force dans le domicile d'un citoyen. « Inviolabilité » ? A n'en pas douter, elle dérive du caractère sacré, et donc inviolable de la propriété foncière : « *Qu'y a-t-il de plus sacré, que la demeure de chaque homme ?* », célébrait Cicéron dans son *Pro domo*, en l'occurrence si bien nommé.¹ Le domicile était d'autant plus inviolable, que selon une tradition romaine, que chante Ovide, le dieu domestique devait chasser l'individu sacrilège qui ne pouvait pénétrer dans une maison qu'avec des intentions malveillantes².

Si la protection a perdu depuis bien longtemps tout caractère sacré, on peut en trouver la résurgence dans le principe sacré de l'inviolabilité de la propriété, si cher à la Déclaration de 1789, dont l'article 17 proclame : « *la propriété étant un droit inviolable et sacré...* ». Mais, encore s'agit-il là de protéger la propriété immobilière de toute dépossession plutôt que de préserver l'intimité du domicile d'autrui.

La notion de domicile va apparaître dans la formulation, au demeurant négative, puisqu'en forme de prohibition, de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée sa famille, son domicile...* ». Dans son projet, René Cassin avait proposé quant à lui, une autre formule³ : « *La vie privée, le domicile, la correspondance et la réputation de chacun sont inviolables et protégés par la loi* ». Enfin, en 1950, est intervenu dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au chapitre « Droit au respect de la vie privée et familiale » : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». La protection du domicile est aujourd'hui reconnue explicitement de longue date dans la plupart des constitutions nationales.

Sans entrer dans une double querelle à connotation sémantique, on remarquera que l'on est passé d'*inviolabilité*, à *immixtions* (arbitraire) puis à *respect* et de *chacun*, à *nul*, puis à *toute personne*. De l'inviolabilité jusqu'à la notion de respect : force est de constater que c'est l'idée de l'inviolabilité du domicile qui demeure présente dans la garantie instaurée au titre des droits fondamentaux.

De *chacun*, à *nul*, puis à *toute personne*, il s'agit bien du souci de protéger, avant tout, l'individu et donc de la protection de la vie privée, de la famille. Aussi, a-t-on

¹ Cicéron, *Pro domo*, 41.

² Ovide, *Fastes* V, 141.

³ M. AGI, *René Cassin (1887-1976), prix Nobel de la paix*, Paris, Perrin, 1998, p.246.

pu longtemps se demander si le droit au respect de la vie privée pouvait revêtir un contenu plus large et dépasser les limites de l'intimité et de la sphère privée⁴. Les réalités ne devaient pas attendre la fin du débat doctrinal. C'est à l'épreuve des faits que devait s'apprécier la portée des droits garantis par la Convention compte tenu de la force de l'intrusion et de la violence des atteintes diverses : injonctions ou sommation de remises de pièces ou documents, sous peine de lourdes sanctions, perquisitions ou « visites domiciliaires », entraînant, entre autres désordres, leur inéluctable cortège de fouilles, saisies ou autre confiscations. C'est au rythme d'atteinte toujours plus subtiles et diversifiées qu'a du se bâtir l'édifice prétorien évolutif consacrant une protection de l'activité et des locaux professionnels.

I - LA LENTE CONSTRUCTION

A/ Les incertitudes du terrain

C'est en la matière, comme en d'autres, l'interprétation prétorienne qui a commandé l'évolution de la question. Et dès lors, on comprend que par définition, ce fut la Cour de Luxembourg qui fut, dans le temps, la première saisie du problème (le traité de Rome comme le traité CECA avant lui ayant instauré des mesures coercitives directes concernant les entreprises).

1°/ 1960-1989 : Les tentatives d'invocation de l'article 8

a) devant la Cour de Luxembourg.

La Cour de Luxembourg fut très tôt (1959) saisie de recours concernant la légalité des pouvoirs de vérification de la Commission européenne au regard des garanties incluses dans l'article 14 § 3 du Règlement « 17 » (aujourd'hui devenu l'article 20(4) du règlement n° 1/2003), au nom du droit fondamental de « l'inviolabilité du domicile ».

Dès les origines du droit communautaire, sur le fondement du traité CECA (décision de 1960), une aciérie italienne (l'*Acciaieria e Tubificio di Brescia*) avait soulevé implicitement la question de l'inviolabilité du domicile professionnel⁵. L'invocation fut vaine. Toutefois, cette référence sera par la suite, en 1989, considérée comme ayant anticipé une extension de la protection au domicile professionnel des entreprises⁶.

Entre temps (1979), était intervenu l'arrêt *National Panasonic* où était soulevé explicitement la garantie de l'article 8 de la Convention pour revendiquer le droit à une notification préalable face aux mesures d'intrusion de la Commission, qui, tout en se gardant bien à l'époque, d'envisager l'application d'une disposition de la Convention

⁴ Une partie s'était prononcée en faveur de la protection des locaux professionnels ou commerciaux par l'article 8. (Voy. S. BREITENMOSER, *Der Schutz der Privätsphäre gemäss*, Art. 8, EMRK, 1986, p. 259, F. VOLIO, *The international Bill of rights*, New-York 1981, p. 197, J. VELU et R. ERGEC, *La Convention Européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant*, 1990, p. 556 n°278. La proposition contraire était prise par Heinz Guradze, depuis 1968 (H. GURADZE, *die Europäische Menschenrechtskonvention*, Berlin, 1968, p. 116-130.

⁵ CJCE *Acciaieria e Tubificio di Brescia contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 31/59, 4 avril 1960.

⁶ Voy. Conclusions de l'Avocat général Jean-Pierre Warner dans CJCE, *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes 46/87 et 227/88, 21 septembre 1989.

(« *pour autant qu'il s'applique à des personnes morales* »), répond dans sa motivation en se référant aux exceptions du 2^o paragraphe de l'article 8 qu'elle interprète implicitement : « *une telle ingérence est possible pour autant qu'elle est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou la morale, à la protection des droits et libertés d'autrui* »⁷.

Six ans plus tard, c'est la même solution implicite qui est reprise par la Cour de Justice, en 1986, dans l'affaire *AKZO Chemie BV*, qui estime le respect des garanties en faveur d'une entreprise commerciale imposées par l'article 14, paragraphe 3, du règlement no 17 comme présumant une conformité avec la protection plus large de l'article 8⁸.

b) Devant la Cour de Strasbourg :

Dès la fin des années 70, la Cour de Strasbourg a été saisie, de requêtes invoquant la protection de l'article 8 pour des activités ou des locaux professionnels. On peut relever ainsi une première tentative d'invocation timide et détournée de la question dans la décision de *Deklerck c. Belgique*. Il s'agissait à vrai dire d'un hôtelier de Knokke-Le-Zoute qui excipait de la contiguïté de son domicile personnel pour revendiquer une protection privée étendue à son activité professionnelle. Par-là, il tentait d'échapper à une interdiction de détenir des boissons alcoolisées, même dans sa demeure privée, jouxtant son hôtel, en soutenant que cela constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Sans avoir à se prononcer sur l'extension professionnelle, la décision d'irrecevabilité de la Commission, répondait au moyen en opposant l'exception de protection de la santé publique contenue dans l'article 8-2⁹.

2^o/ 1989-2002 : La révolution de 1989.

A Luxembourg, l'année 1989, est précisément marquée par l'arrêt *Hoechst* qui refuse l'applicabilité de l'article 8 mais amorce dans le même temps une évolution a contrario. Certes, il se refuse à reconnaître une protection du domicile professionnel sur le fondement de l'article 8 de la Convention – la Cour de Luxembourg eût elle d'aventure voulu l'appliquer à cette époque – mais elle marque qu'il n'y a pas de jurisprudence de la CEDH. Mais, malgré cela, (l'avocat général Jean Mischo avait demandé à la Cour de reconnaître expressément le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile au niveau du droit communautaire), la Cour dans sa motivation reconnaît que les visites domiciliaires en matière de concurrence, malgré l'opposition de l'entreprise, devait respecter les garanties procédurales et évoque, en creux, les règles de l'inviolabilité du domicile professionnel. L'arrêt *Hoechst* va reconnaître cependant un « *principe général du droit communautaire* », accordant pour la première fois une « *protection contre des interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité* »

⁷ CJCE *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés européennes*, aff. 136/79, 26 juin 1980, point 19.

⁸ CJCE *AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd contre Commission*, aff. 5/85, 23 septembre 1986.

⁹ Cour eur. dr. h., *Deklerck c. Belgique (déc.)*, 11 juillet 1980, aff. 8.307 / 78.

privée d'une personne, qu'elle soit physique ou morale, qui seraient arbitraires ou disproportionnées »¹⁰.

Le principe général du droit communautaire, applicable aux « personnes morales » allait être confirmé, un mois plus tard, dans l'affaire *Dow Chemical Iberica et a.* Malgré les divergences qualifiées de « non négligeables » existant entre les régimes nationaux de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques, l'arrêt souligne que « dans tous les systèmes juridiques des États membres, *les interventions de la puissance publique dans la sphère privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi* et que ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, *une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées* ». ¹¹

B/ L'étaient de la construction ou à la réalisation des fondations

1°/ Les locaux à usage mixte : *Chappell c. Royaume-Uni* (1989)

Quelques mois avant l'arrêt *Hoechst*, pourtant, à Strasbourg, était intervenu en mars 1989, l'arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*, qui accordait sans le proclamer clairement, le bénéfice de la protection du domicile garanti par l'article 8 à la perquisition de locaux à usage mixte d'une personne physique qui constituaient aussi le siège de sa société. (Double perquisition des locaux d'une société de vidéos contrefaisantes où le gérant avait son domicile. La Cour n'a pas écarté en l'espèce l'applicabilité (en l'absence de toute contestation sur l'applicabilité), mais n'a pas constaté de violation, bien, qu'elle qualifié la simultanéité des deux perquisitions, menées par seize ou dix-sept personnes d'événements « *préoccupants* », « *fâcheux et regrettables* », mais ne revêtant pas selon elle, de « *gravité suffisante* »¹².

Ce précédent sera repris a contrario dans l'arrêt *Niemietz c. Allemagne*: « *de ce qu'une perquisition visait uniquement des activités commerciales [dans l'arrêt *Chappell c. Royaume-Uni*], [la Cour] n'a pas tiré argument pour estimer l'article 8 inapplicable au titre de la "vie privée" »¹³.*

Dans le prolongement immédiat, dès 1990, la Cour constatait une ingérence dans la vie privée dans le cas d'écoutes téléphoniques qui portaient aussi sur des communications commerciales¹⁴.

2°/ L'extension professionnelle de la protection.

¹⁰ CJCE *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes*, 21 septembre 1989, aff. jointes C-46/87 et 227/88, point 27.

¹¹ CJCE, *Dow Chemical Iberica et a.*, aff. C-97/87, 17 oct. 1989, points. 14 et s.

¹² Voy. Rapport de la Commission *Chappell c. Royaume-Uni*, du 14 octobre 1987 p 23 § 96 et Cour eur. dr. h., *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, série A n° 152-A, pp. 21-22, § 63.

¹³ Cour eur. dr. h., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 30, série A n° 251-B.

¹⁴ Cour eur. dr. h., *Huwig c. France*, 24 avril 1990, série A n° 176-B.

Dès lors, les fondations existent, mais il faudra attendre dix ans et deux étapes pour que l'extension de l'article 8 aux locaux d'entreprises commerciales soit définitivement consacré.

1. C'est par l'arrêt *Niemietz c. Allemagne*, en 1992, que s'instaure définitivement, à propos d'un cabinet d'avocat, la protection du domicile professionnel d'une profession libérale par l'article 8, notamment en raison de l'exercice d'« activités indissociables »¹⁵.

A cela, il est indispensable d'ajouter que l'arrêt fut presque immédiatement et fort utilement complété, en 1993, par la trilogie des arrêts *Funcke*, *Miailhe n°1* et *Crémieux*, où la Cour énonça les garanties exigibles en matière de visites domiciliaires sans mandat préalable.

Mais il ne s'agissait toujours là que de la protection d'un lieu unique à usage mixte.

2. Avec l'arrêt *Société Colas Est et autres c. France (2002)* intervient, en 2002, la consécration définitive de la protection autonome du siège et des locaux des personnes morales et des sociétés commerciales (à propos de saisie par des agents de la DGCCRF aux sièges et agences des sociétés de plusieurs milliers de documents), avec l'arrêt *Société Colas Est et autres*, où la Cour déclare qu'elle considère « *qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances* » sous l'angle de l'article 8 pour une société le « *droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels* »¹⁶.

Au-delà du résultat constaté, non moins intéressants sont les divers composants qui ont été utilisés pour la construction.

3°/ La technique de construction

Comment la Cour de Strasbourg en est-elle venue à décider « *qu'il est temps de reconnaître* » cette extension de la protection de l'article 8 aux entreprises ? Elle a progressivement procédé au panachage de plusieurs éléments déjà contenus dans sa jurisprudence.

Au commencement, se trouve à n'en pas douter la signification propre du mot « domicile » dans la Convention. D'une part, le mot français a une portée beaucoup plus large comme celle du mot anglais « home », figurant dans le texte anglais de l'article 8 qui englobe le bureau ou le cabinet d'un membre d'une profession libérale. En Allemagne, au moins depuis 1971, le mot « *Wohnung* » s'étend aux locaux professionnels¹⁷.

De plus, les organes de la Convention avaient, depuis 1994 considéré que la protection de l'article 8 inclut « *un droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer*

¹⁵ Cour eur. dr. h., *Niemietz c. Allemagne*, précité, § 31.

¹⁶ Cour eur. dr. h., *Société Colas Est et autres c. France*, n° 37971/97, § 41, CEDH 2002-III.

¹⁷ Voy. Arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 13 octobre 1971, *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 32, p. 54.

et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »¹⁸ et qu'il existe une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée ». ¹⁹ On rappellera que la protection équivalente de l'article 12 de la Déclaration Universelle faisait partie de la deuxième colonne du célèbre « Temple » de René Cassin c'est-à-dire « *l'homme et la femme dans le milieu social* »²⁰. Cette colonne structure à n'en pas douter partie de la construction de Strasbourg.

A ces matériaux de base, s'ajoute une réalité concrète : la Cour a été amenée à constater qu'il n'était pas possible de démêler, dissocier ou distinguer, ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort, spécialement dans le cas du membre d'une profession libérale dont les tâches « peuvent constituer un élément de sa vie à un si haut degré que l'on ne saurait dire en quelle qualité il agit à un moment donné ». Mais dès lors, comment pourrait-on accorder la protection aux uns et pas à d'autres sans aboutir à une discrimination²¹ ?

Plus généralement, encore, la Cour se réfère au principe de l'interprétation dynamique de la Convention, qui implique que la Convention soit un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles.²²

L'extension accordée aux locaux englobe les documents. Mais, dans ce cas la Cour ajoute un argument de texte, puisqu'elle considère que si l'article 8 se réfère à la protection de la vie privée, le mot « correspondance », lui, « ne s'accompagne d'aucun adjectif » et par voie de conséquence, que c'est indistinctement toute correspondance qui bénéficie de la protection conventionnelle.²³

C/ L'édifice réalisé

1°/ Un principe « bien établi »

Aujourd'hui, le principe de protection des locaux professionnels par l'article 8 est devenu un principe qualifié de « bien établi »²⁴. Le terme « domicile » doit s'interpréter comme incluant le droit au respect du bureau officiel d'une société dirigée par un particulier de même qu'au bureau officiel d'une personne morale, en ce compris son siège social, son agence ses filiales et autres locaux professionnels.

Constituent une ingérence dans les droits protégés par l'article 8 de la Convention :

¹⁸ Voy. Avis de la Commission dans Cour eur. dr. h., *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A n° 280, avis de la Commission, p. 37, § 47, et *Friedl c. Autriche*, 31 janvier 1995, série A n° 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45.

¹⁹ Cour eur. dr. h., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44787/98, § 56, CEDH 2001-IX, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 57, 23 janvier 2003, CEDH 2003-I, et *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, § 36, CEDH 2003-IX.

²⁰ M. AGI, op. cit., page 246.

²¹ Voy. in Cour eur. dr. h., *Niemietz c. Allemagne*, précité, les expressions « *démêler* », *dissocier* » « *distinction* », § 29.

²² Cour eur. dr. h., *Société Colas Est c. France*, précité, § 41.

²³ Cour eur. dr. h., *Niemietz*, précité, § 32.

²⁴ *Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France* n° 63629/10 et 60567/10, § 63, 2 avril 2015.

- l'intrusion dans un domicile professionnel telles que perquisitions ou visites (les « fouilles » et saisies opérées dans les locaux d'une société commerciale²⁵.
- mais aussi sur la remise forcée des documents professionnels : sommations, injonctions, mises en demeure de remise des documents sans perquisition²⁶.
- la fouille et la saisie de données électroniques (cf. disques fixes ou amovibles, unité centrale d'ordinateur, afin d'accéder aux fichiers, etc.)²⁷.
- la saisie du matériel professionnel²⁸.
- ainsi que la saisie de la correspondance voire, dans une certaine mesure celle, de nature privée, de ses employés »²⁹.

2°/ Une extension progressive et relative au droit communautaire :

Trois ans après l'arrêt *Hoechst*, en octobre 2002, la Cour de Luxembourg, s'est aligné, mais a minima, sur la jurisprudence de Strasbourg, dans son arrêt *Roquette Frères SA*. Ainsi, après avoir refusé aux personnes morales le droit d'invoquer l'article 8 de la Convention européenne pour s'opposer à certaines modalités d'enquête (en matière d'assistance formulée par la Commission sur le fondement de l'article 14, § 6 du règlement no 17/62), la Cour déclare : « ... il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt *Hoechst* » et procède à sa propre analyse de la protection instaurée, en considérant qu'il en découle : « d'une part, que la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la Convention peut être étendue, dans certaines circonstances, auxdits locaux et, d'autre part, que le droit d'ingérence autorisé par l'article 8, paragraphe 2, de la Convention 'pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas »³⁰.

Ce qu'au demeurant, la Cour de Strasbourg semble elle-même voulu relativiser, en 2002, dans l'affaire *Colas Est* en nuancant en écho sa formule : « à supposer que le droit d'ingérence puisse aller plus loin pour les locaux commerciaux d'une personne morale »³¹.

En pratique cependant, il apparaît que le contrôle opéré par la CJUE au fil des arrêts – compte tenu du caractère spécifique des atteintes qui lui sont soumises et qui n'émanent pas d'Etats-membres – est de plus en plus poussé, au regard d'une série de garanties dont disposent les entreprises faisant l'objet d'inspection qui s'affine et se complète au fil des décisions. La Cour de justice estime que ces garanties permettent effectivement de compenser l'absence de contrôle judiciaire préalable³².

²⁵ Cour eur. dr. h., *Société Colas Est et autres c. France*, précité, §§ 40-4, et *Ernst et autres c. Belgique*, n° 33400/96, § 109, 15 juillet 2003 et plus récemment *Vinci Construction*, précité, § 63.

²⁶ Cour eur. dr. h., *Bernh Larsen Holding As et autres c. Norvège* n° 24117/08 ; *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], n° 38224/03.

²⁷ Cour eur. dr. h., *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, § 71, 27 septembre 2005 ; *Weber et Saravia c. Allemagne (déc.)*, n° 54934/00, § 77, 29 juin 2006 ; *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, n° 74336/01 § 43, CEDH 2007-IV et *Robathin c. Autriche*, n° 30457/06, § 39, 3 juillet 2012.

²⁸ Cour eur. dr. h., *Smirnov c. Russie*, n° 71362/01 7 juin 2007 ECHR 2007 VII.

²⁹ Cour eur. dr. h., 14 mars 2013, aff. 24117/08, *Bernh Larsen c. Norvège*, précité, et *Delta Pekárny a.s c. République tchèque*, no 97/11, § 78, 2 octobre 2014.

³⁰ CJCE C-94/00, *Roquette Frères SA*, 22 octobre 2002.

³¹ Cour eur. dr. h., *Société Colas-Est*, précité, § 49.

³² *Voy. Trib. UE*, 6 sept. 2013, aff. jtes. T-289/11, T-290/11 et T-521/11, *Deutsche Bahn AG et a.*, EU:T:2013:404.

3°/ Un faisceau de garanties conventionnelles

Évoquer la construction édifiée autour de la garantie offerte par l'article 8 serait d'évidence réducteur. La protection d'un espace professionnel par la Convention doit aujourd'hui s'envisager sous divers angles et par voie de conséquence sous diverses dispositions de la Convention.

Le domicile et les documents professionnels entrent désormais dans un spectre à protections multiples qui peuvent se cumuler ou superposer en tout ou en partie. Outre l'article 8, peuvent ainsi être invoqués par les professionnels pour contester la régularité des visites et saisies domiciliaires, l'article 10 pour des locaux de presse (*Tillak*, 2007, *Martin* 2012, *Saint Paul Luxembourg* 2013), seul ou conjointement avec l'article 8 comme dans les affaires *Roemen* (2003), *Ernst* (2003) et *Saint Paul Luxembourg* (2013). Mais aussi, dans certaines circonstances, notamment en cas d'absence d'accès à un recours jugé effectif, l'article 6-1³³ ou l'article 13.

Toutefois, ce n'est pas parce qu'il existe une violation de l'article 6 - 1 qu'il y a une violation de l'article 8 (*Canal Plus c. France*)³⁴. De même, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8, qu'il n'y a pas de violation de l'article 13 de la Convention, combiné avec l'article 8 en cas d'absence de « *recours effectif devant une instance nationale* » pour exposer son grief tiré de l'article 8³⁵. La violation du domicile professionnel, et notamment les saisies de matériel informatique, peuvent également s'analyser en une violation de l'article 1 du Protocole n° 1, comme dans l'affaire *Smirnov c. Russie*.³⁶ Et se traduire de surcroît, en cas d'absence de recours effectif, par le constat d'une violation de l'article 13 combinée avec l'article 1 du Protocole n° 1.

Vitruve enseignait que, en matière de construction, on doit avoir égard à la solidité, à l'utilité, à l'agrément : à la solidité, en creusant les fondements jusqu'aux parties les plus fermes du terrain, en choisissant avec soin et sans rien épargner, les meilleurs matériaux.

II - LA CONSOLIDATION DE L'EDIFICE

La protection une fois reconnue encore fallait-il veiller à la consolidation.

A- Contenu et modalités du contrôle européen

Le contrôle exercé par la Cour obéit aux principes de base bien connus dans sa jurisprudence concernant les articles 8, 9 et 10 de la Convention. La Cour s'attache donc à déterminer si l'ingérence était justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8, c'est-à-dire si elle était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs buts légitimes

³³ Lorsque la demande est présentée et examinée sur le fondement de l'article 13 (absence d'accès à un recours effectif pour contester la régularité des visites et saisies domiciliaires), la cour juge que l'article 6 § 1 dont les exigences sont plus strictes que celles de l'article 13 s'applique, et elle examine le grief sur le terrain de l'article 6 § 1 uniquement, et donc vérifie si les requérants avaient accès à un « tribunal » (Cour eur. dr. h., *Ravon c. France*, n° 18497/03, § 27, 21 février 2008).

³⁴ Cour eur. dr. h., *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, 21 décembre 2010.

³⁵ Cour eur. dr. h., *Camenzind c. Suisse*, 16 décembre 1997, § 57, *Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII*.

³⁶ Voy. pour un avocat : rétention de l'unité centrale de l'ordinateur entre les mains des autorités russes, plus de six ans après les faits (*Smirnov c. Russie*, n° 71362/01 7 juin 2007 ECHR 2007-VII).

et était « nécessaire », « dans une société démocratique », à la réalisation de ce ou ces buts.

a) Le contrôle de « la base légale »

Au regard de ces principes, la Cour va donc exercer un contrôle que l'on peut appeler de « légalité » pluriel en s'assurant que l'ingérence était « prévue par la loi », c'est-à-dire reposait sur une *base légale en droit interne*³⁷, mais aussi qu'elle était suffisamment « accessible et prévisible » et d'une façon plus générale, qu'elle était compatible avec une dernière condition qualitative de la législation interne, à savoir le principe de la prééminence du droit, ce qui requiert l'examen des textes en vigueur tels que les juridictions les ont interprétés.³⁸

Le contrôle peut s'arrêter à ce premier stade de contrôle de « légalité » proprement dit. Dès lors que l'ingérence n'était pas prévue par la loi, la Cour estime inutile de poursuivre plus avant et constate la violation de l'article 8³⁹.

Une exception peut être relevée : l'affaire *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, de 2008, où la Cour se refuse à rechercher si l'ingérence est prévue par la loi dès lors qu'elle va estimer que le requérant n'avait aucun moyen de contester la légalité du mandat ou de son exécution.

b) Le contrôle de finalité et de proportionnalité

Conformément à une norme jurisprudentielle bien connue, pour être « nécessaire dans une société démocratique », une ingérence doit être fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché.

Deux principes recteurs encadrent cet examen :

- les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité de l'ingérence, mais elle va de pair avec un contrôle européen,
- les exceptions du paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation étroite qui implique que leur nécessité dans un cas donné doit se trouver « établie de manière convaincante »⁴⁰.

A ce titre, dans son contrôle de proportionnalité, la Cour prend au cas par cas en considération tous les critères qui permettent d'évaluer la nécessité de l'ingérence : comme le caractère « massif » ou non de la saisie (*Miailhe*), *Ernst* (huit perquisitions quasi-simultanées par 160 policiers), *Tillack c. Belgique* (16 caisses, deux cartons, deux

³⁷ Cour eur. dr. h., *Chappell c. Royaume-Uni*, précité, § 52.

³⁸ Cour eur. dr. h., *Colas Est et autres c. France*, précité, § 43).

³⁹ Ce fut le cas notamment dans les affaires Cour eur. dr. h., *Funke, Miailhe* n° 1, et *Crémieux*, en 1993, pour *Petri Sallinen et autres c. Finlande*, précité, (bien que soupçonné de complicité dans une affaire concernant deux de ses clients), et plus récemment *Harju c. Finlande et Heino c. Finlande*, 15 févr. 2011, n° 56716/09 et 56720/09.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., *Funke, Crémieux et Miailhe (n° 1)*, précité, respectivement p. 24, § 55, p. 62, § 38, et p. 89, § 36, *Colas Est*, précité, § 47.

ordinateurs et un meuble métallique...), ou bien encore la « *célérité* » de la fouille d'un cabinet d'avocat (*Roemen & Schmidt*).⁴¹

De façon sous-jacente, la Cour – si elle prend en considération le soupçon tel qu'il peut exister au moment de la perquisition (même si la personne a été relaxée après⁴²) semble tenir compte fait – qu'elle en fasse ou non mention – que la personne victime de l'ingérence est ou non concerné par l'infraction alléguée pour justifier la visite. (Cas du tiers perquisitionné non partie à l'instance...)

Elle a pu ainsi soit :

- souligner qu'aucune infraction n'était reprochée au requérant⁴³,
- constater que la perquisition litigieuse concernait des faits totalement étrangers au requérant⁴⁴,
- rappeler le motif repose sur des soupçons de « fraude fiscale grave »⁴⁵.
- ou mentionner que l'un des avocats avait fait l'objet de poursuites pour prévarication⁴⁶.

A de telles considérations, qui ne sont pas spécifiques à la protection des locaux professionnels, s'ajoute une grille d'analyse spécifique :

B/ La théorie des « *garanties adéquates et suffisantes* » contre les abus

La théorie est ancienne puisqu'elle à son origine sémantique dans la formulation de l'arrêt *Klass c. Allemagne*, en 1978 : « *la Cour doit se convaincre de l'existence garanties adéquates et suffisantes contre les abus* »⁴⁷. Depuis, l'expression devait être sempiternellement reprise par la Cour, sous des formes similaires - « *les abus* » pouvant être remplacé par « *l'arbitraire* »⁴⁸ - jusqu'au subjonctif du paragraphe 48 de l'arrêt *Colas Est*, en 2002 : « *encore aurait-il fallu que la législation et la pratique en la matière offrissent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus* »⁴⁹.

Quelles « *garanties adéquates et suffisantes* » contre les abus ?

1°/ L'existence d'une limitation des pouvoirs des enquêteurs.

Depuis 1997, le principe général veut que lorsque le droit national habilite les autorités à conduire une perquisition sans mandat judiciaire, la protection des individus contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par l'article 8 réclame « *un encadrement légal et une limitation des plus stricts de tels pouvoirs* »⁵⁰.

⁴¹ Cour eur. dr. h., *Miailhe n°1 c. France*, précité, *Ernst et autres c. Belgique*, n° 33400/96, § 101, 15 juillet 2003 ; *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, § 66, 27 novembre 2007 ; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, § 71, CEDH 2003-IV.

⁴² Cour eur. dr. h., *Robathin c. Autriche*, n° 30457/06, § 49, 3 juillet 2012.

⁴³ Cour eur. dr. h., *Wieser et Bicos* précité, *Heino c. Finlande*, précité, *André c. France*, n° 63313/00, § 43, 28 février 2006 précité.

⁴⁴ Cour eur. dr. h., *Xavier Da Silveira c. France*, § 43, 21 janvier 2010, n° 43757/05.

⁴⁵ Cour eur. dr. h., *Tamosius c. Royaume-Uni (déc.)*, n° 62002/00, CEDH 2002-VIII.

⁴⁶ Cour eur. dr. h., *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL et autres c. Portugal*, n° 27013/10, § 107, 3 septembre 2015.

⁴⁷ Cour eur. dr. h., *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28, § 50.

⁴⁸ Voy. Cour eur. dr. h., *Heino c. Finlande*, n° 56720/09, § 40, 15 février 2011.

⁴⁹ Cour eur. dr. h., *Société Colas Est*, précité, § 48.

⁵⁰ Cour eur. dr. h., *Camenzind c. Suisse*, 16 décembre 1997, § 45, Recueil 1997-VIII.

a) En l'absence d'autorisation d'une autorité indépendante :

Sur le fondement de sa jurisprudence *Funke*, *Miailhe n° 1* et *Crémieux*, en l'absence d'un mandat délivré par un juge comme dans les cas où la décision est vague ou formelle, la Cour sanctionne, depuis 1993, les perquisitions prévues par des textes qui donnent aux enquêteurs des pouvoirs « *trop lâches et lacunaires* ».

En l'absence de contrôle judiciaire préalable, la Cour déclare devoir « *redoubler par ailleurs de vigilance* » c'est-à-dire redoubler de vigilance quant au contrôle qu'elle opère⁵¹. Elle a ainsi d'une façon générale, sanctionné les perquisitions donnant à la police ou à l'autorité des pouvoirs étendus et permettant une ingérence « illimitée ». Ainsi, les pouvoirs d'investigations « *très larges permettant à une autorité d'apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations litigieuses* », comme en France, ceux de la DGCCRF sous le régime de l'ordonnance de 1945, à l'époque des faits, sans mandat préalable du juge judiciaire et hors la présence d'un officier de police judiciaire, dans l'affaire *Sté Colas Est*⁵².

b) Lorsque le mandat émane d'une autorité judiciaire,

Un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise ne soit pas potentiellement illimitée ce qui la rendrait nécessairement disproportionnée⁵³. La Cour sanctionne les « *mandats vagues ou larges* » : le mandat visant la recherche de « *documents* », ou donnant pouvoir de « *rechercher et de saisir tous objets, documents, effets et/ou autres choses utiles à la manifestation de la vérité respectivement en relation avec les infractions libellées sous rubrique* » (*Roemen et Schmidt*), ou encore la simple mention « *toutes les pièces et documents utiles à l'instruction* » (*Van Rossem*), ou encore « *tous documents utiles à l'instruction* » parce qu'ils sont « *sans aucune limitation s'ils ne donnent aucune information sur l'instruction en cours, sur les lieux précis à visiter, sur les objets à saisir*. (*Ernst*)⁵⁴

Progressivement (à partir de 2004), la Cour en est venue à définir positivement le contenu qu'elle exigeait d'un mandat (en l'occurrence d'un conseiller instructeur): « *un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine* ». ⁵⁵

La nature de ces mentions exigées pour des visites domiciliaires et saisies se trouvent citées a contrario dans les décisions d'irrecevabilité ou de non violation.

Ainsi, ont été jugées comme respectant la proportionnalité de l'ingérence :

⁵¹ Cour eur. dr. h., *Gutsanovi c. Bulgarie*, précité, § 220.

⁵² Cour eur. dr. h., *Société Colas Est*, précité, § 49.

⁵³ Cour eur. dr. h., *Van Rossem c. Belgique*, n° 41872/98, 9 décembre 2004 § 45.

⁵⁴ Cour eur. dr. h., *Roemen et Schmidt*, précité, §§ 57 et 70 ; *Van Rossem c. Belgique*, précité, § 44; *Ernst c. Belgique*, précité, § 116.

⁵⁵ Cour eur. dr. h., *Van Rossem*, précité, § 45.

- une ordonnance motivée indiquant les éléments de fait et de droit retenus laissant présumer l'existence d'agissements frauduleux, instructions particulières subordonnant notamment à son autorisation toute visite nécessaire pour de nouveaux lieux découverts au cours de l'opération⁵⁶.

- une ordonnance très précise qui circonscrit la visite et désigne nommément les officiers de police judiciaire chargés de tenir le juge informé du déroulement des opérations, a précisé les conditions de désignation des enquêteurs habilités à procéder aux visites, a informé également les personnes concernées des voies des recours pour contester la régularité des opérations, opérations de visite et saisie ont été soumises au contrôle des autorités judiciaires qui ont vérifié leur régularité par des décisions dûment motivées⁵⁷.

Ont été également considérées comme des garanties effectives et adéquates, une décision par laquelle l'administration fiscale a enjoint à des sociétés norvégiennes de remettre à ses inspecteurs une copie de l'intégralité des données du serveur informatique parce qu'elles en partageaient l'utilisation⁵⁸.

Pour le surplus, il est bien évident qu'il n'y a pas de contrôle indépendant ou judiciaire d'un mandat de perquisition lorsque la décision a été prise par la police ou l'autorité investigatrice elle-même⁵⁹.

2°/ La systématisation de la « garantie judiciaire »

Au titre de ces « garanties adéquates et suffisantes » la Cour tend à faire figurer en premier lieu l'existence d'une garantie judiciaire : la jurisprudence de la Cour admet que l'absence d'un mandat de perquisition puisse être compensée par un contrôle judiciaire *effectif a posteriori*, qu'elle appelle *ex post factum* (*Smirnov c. Russie*) ou *post facto* (*Delta Pekárny a.c c. République tchèque*) de cette mesure d'instruction qui doit porter à la fois sur la légalité et la nécessité de cette mesure⁶⁰.

En d'autres termes, le contrôle judiciaire préalable n'est pas requis et, dans un certain nombre de cas, les garanties procédurales disponibles permettent de contrebalancer efficacement cette absence de contrôle judiciaire préalable mais le contrôle de leur caractère suffisant devrait alors être renforcé.

Ce qui implique l'obligation, pour les états de prévoir l'intervention d'un juge chargé d'autoriser préalablement la perquisition ou, à défaut, d'en contrôler a posteriori la régularité de manière effective. A défaut, désormais, même si l'existence d'une base légale est reconnue, en cas d'absence de contrôle soit avant l'autorisation soit après, le plus souvent le juge européen s'arrête là : la Cour juge que l'ingérence n'était pas « prévue par la loi »⁶¹.

⁵⁶ Cour eur. dr. h., *Keslassy c. France* (déc.), n° 51578/99, CEDH 2002-I (Irrecevabilité).

⁵⁷ Cour eur. dr. h., *Société Canal Plus et autres c. France*, n° 29408/08, § 54, 21 décembre 2010 §§ 55 à 57. (Pas de violation de l'article 8).

⁵⁸ Cour eur. dr. h., *Bernh Larsen Holding AS et autres c. Norvège*, précité. Pas de violation article 8.

⁵⁹ Cour eur. dr. h., *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, précité, 27 septembre 2005 § 89 ; *Sorvisto c. Finlande*, n° 19348/04, § 117, 13 janvier 2009.

⁶⁰ Cour eur. dr. h., *Smirnov c. Russie*, précité, § 45 in fine ; *Gutsanovi c. Bulgarie*, précité, § 222 ; *Delta Pekárny a.s c. République tchèque*, précité, § 87, 2 octobre 2014.

⁶¹ Cour eur. dr. h., 15 févr. 2011, *Harju c. Finlande et Heino c. Finlande*, précité, § 45.

3°/ Les diverses modalités de la « *garantie judiciaire* »

Le juge doit efficacement contrôler la légalité et la nécessité de la mesure de la perquisition, ce qui suppose un contrôle effectif sur :

- le caractère pertinent et suffisant des motifs invoqués pour les mesures,
- le respect du principe de proportionnalité.

Le ou les recours disponibles doivent conférer au juge le pouvoir :

- soit de prévenir la survenance de l'opération,
- soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un « *redressement approprié* ».⁶²

Il s'agit donc la possibilité de « prévenir » ou de « réparer ». Par voie de conséquence, le contrôle de la régularité et de l'opportunité de la décision prescrivant la visite domiciliaire doit pouvoir être exercé :

a) Avant les opérations :

En cas de décision d'un juge prescrivant la visite, « *les personnes concernées doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement* »⁶³.

Ce recours doit être effectif au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. La France a ainsi été condamnée de 2008 à 2011 parce que la seule possibilité d'un pourvoi en cassation contre l'ordonnance du juge ne garantit pas un contrôle juridictionnel effectif⁶⁴. La loi du 4 août 2008 a mis en place un recours permettant de contester les ordonnances des juges des libertés et de la détention devant le premier président de la Cour d'appel compétent, avant de pouvoir saisir la Cour de cassation⁶⁵.

b) Pendant les opérations.

Un contrôle effectif et efficace doit concerner, le cas échéant, l'exécution de la décision. (« *des mesures prises sur son fondement* »).

Tel n'est pas le cas pour la Cour d'un contrôle des opérations effectué par le juge qui a autorisé les visites et saisies, ce qui ne permet pas un contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même et équivaut donc à une absence de recours effectif⁶⁶.

c) Après les opérations.

⁶² Cour eur. dr. h., *Ravon c. France*, précité, §§ 28-35.

⁶³ Cour eur. dr. h., *Canal Plus et autres c. France*, précité, § 36.

⁶⁴ Cour eur. dr. h., *Ravon et autres*, précité, §§ 28-35 ; *Société IFB*, précité, § 26, *Maschino c. France*, n° 10447/03, § 22, 16 octobre 2008, *Kandler et autres c. France*, n° 18659/05, § 26, 18 septembre 2008 et *Société Métallurgique Liotard Frères c. France*, 5 mai 2011, n° 29598/08.

⁶⁵ Cour eur. dr. h., *Société Arcalia c. France*, n° 33088/08, 31 août 2010.

⁶⁶ Cour eur. dr. h., *Ravon et autres*, précité, § 31.

La Cour exige désormais clairement qu'il existe un contrôle a posteriori ou contrôle *ex post factum* ou *ex post facto*, qui doit être un contrôle « efficace dans les circonstances particulières de l'affaire en cause »⁶⁷ Un tel contrôle « implique la certitude, en pratique, d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse et ce, dans un délai raisonnable » et doit permettre, en cas d'irrégularité, d'obtenir un « redressement approprié ». Ce qui exclut tous les recours différés ne pouvant être exercé que contre la décision finale de l'autorité concernée ou soumis à la condition d'une procédure subséquente sur le fond, qui le rendrait aléatoire.

Dans le dernier état de la jurisprudence *Delta Pekárny a.s c. République tchèque*, l'examen judiciaire *ex post facto* doit permettre d'obtenir un redressement approprié par un contrôle judiciaire effectif a posteriori portant sur la régularité et la nécessité de l'inspection elle-même comme sur la contestation de son déroulement et prévoir une réglementation relative à une éventuelle destruction des copies obtenues⁶⁸.

Les droits du « perquisitionné » ont été énoncés et détaillés dans l'arrêt *Vinci Construction*, dans la cadre duquel les saisies n'étaient ni « massives ni indifférenciées » mais portaient « l'intégralité des messageries électroniques professionnelles de certains employés des sociétés requérantes ».

La Cour énonce dans sa décision les droits qui ont été méconnus :

- pendant le déroulement des opérations les requérantes n'ont pu ni prendre connaissance du contenu des documents saisis, ni discuter de l'opportunité de leur saisie.

- un recours devait leur permettre d'obtenir, le cas échéant, la restitution des documents concernés ou l'assurance de leur parfait effacement, s'agissant de copies de fichiers informatiques⁶⁹.

L'édifice est enfin parachevé par des parties particulièrement protégées.

C / Les locaux professionnels à protection spéciale

De nombreuses attaques (injonction de remise de pièces, perquisitions et saisies) ciblent les domiciles professionnels de journalistes et d'avocats. Ces professions présentent un point commun : elles sont exercées par des détenteurs par profession d'un secret. Secret des sources, pour les premiers, et secret professionnel, pour les seconds. De plus, en général, aucune infraction ne leur est personnellement reprochée (a contrario *Tamosius* et partiellement, *Sérvulo & Associados et autres c. Portugal*).

Parce que ces deux professions sont dépositaire d'informations particulières protégées dans une démocratie dans un but d'intérêt public, leurs locaux et leurs documents bénéficient d'une protection particulière dans la jurisprudence de la Cour.

1°/ Le domicile professionnel de l'avocat ou la « protection renforcée »

⁶⁷ Cour eur. dr. h., *Smirnov c. Russie*, précité, § 45 in fine; *Delta Pekárny a.s c. République tchèque*, précité §§ 87 et 93.

⁶⁸ *Delta Pekárny a.s c. République tchèque*, précité, §§ 91-92 ; *Vinci Construction c. France*, précité, § 78.

⁶⁹ Cour eur. dr. h., *Vinci Construction*, précité, § 78.

Le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, mais « *celles-ci doivent impérativement être assorties de « garanties spéciales de procédure »*⁷⁰ Mais, dans le cas d'ingérence dans un cabinet d'avocat, la situation est considérée comme « *aggravée* »⁷¹.

Bien évidemment, la protection du domicile professionnel de l'avocat obéit au régime général des perquisitions et saisies et la Cour vérifié si la législation et la pratique internes offraient des « garanties adéquates et suffisantes » contre les abus et l'arbitraire, notamment les limitations contenues dans la rédaction du mandat⁷².

Mais à cela s'ajoutent des « garanties spéciales de procédure » (*Da Silveira*⁷³). Les garanties en ce qui les concerne doivent être, en outre, « *claires et détaillées* »⁷⁴. La Cour les qualifie désormais de « *protection renforcée* » (du secret professionnel et de la relation avocat-client)⁷⁵.

a) Le fondement

La Cour a élaboré au cours de ses divers arrêts le fondement des règles de protection accrue dont bénéficient les activités des avocats : la protection de l'atteinte au secret professionnel. Ainsi énonce-t-elle suivant les cas, qu'elle accorde un *pondus particulier* à ce risque car il peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice,⁷⁶ 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 son client et lui*⁷⁷, ou que la protection du secret professionnel est « *notamment, le corollaire du droit qu'à ce dernier 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 »⁷⁸.

Le fondement d'une telle règle est notamment résumé ainsi dans l'arrêt *Michaud c. France* : « *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. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu.* »⁷⁹.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., *Niemietz*, précité, § 37, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, précité et *André*, précité, § 42 ; *Xavier Da Silveira c. France*, 21 janvier 2010, 37 ou 43.

⁷¹ Cour eur. dr. h., Heino § 45.

⁷² Pour les mandats de perquisition pour un avocat : Cour eur. dr. h., *Niemietz*, précité, § 37 ; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, précité, § 57, CEDH 2003, § 70 et a contrario, en 2002, *Keslassy c. France* (déc.), n° 51578/99, CEDH 2002-I.

⁷³ Cour eur. dr. h., *Xavier Da Silveira, c. France*, précité, § 43.

⁷⁴ *Heino et Harju c. Finlande*, précité, § 42.

⁷⁵ Cour eur. dr. h., *Michaud c. France*, n° 12323/11, §§ 117-118, 6 déc. 2012 ; *Vinci construction*, précité, §§ 68 et 75.

⁷⁶ Cour eur. dr. h., *Niemietz*, précité, § 37 ; *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, précité, §.

⁷⁷ Cour eur. dr. h., *André et autre c. France*, précité, § 41.

⁷⁸ Cour eur. dr. h., *J.B. c. Suisse*, 3 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 64 ; voy. également, *André et autres c. France*, précité § 41 et *Vinci construction*, précité, § 68.

⁷⁹ Cour eur. dr. h., *Michaud c. France*, précité, § 118.

Enfin, loin d'être le privilège d'une activité professionnelle, la Cour souligne que le secret professionnel auquel est tenu un avocat sert aussi à protéger le client.⁸⁰ C'est cette dernière conception qui semble prévaloir, notamment dans l'arrêt *Vinci construction c. France*.

b) La garantie spéciale de procédure des avocats : la présence d'un *observateur indépendant*

La « *garantie spéciale de procédure* » dont doivent bénéficier les avocats exige que la perquisition ait été « opérée en présence d'un *observateur indépendant* – le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou son délégué, un représentant de l'organisme professionnel auquel est affilié l'avocat – afin que des documents couverts par le secret professionnel ne soient pas soustraits »⁸¹.

On relèvera qu'en cas de saisie de matériel informatique (disque dur et périphérique) d'un cabinet d'avocat, il existe une véritable présomption d'atteinte puisque l'instrument de travail étant utilisé à des fins professionnelles, il contient nécessairement des informations couvertes par définition par le secret professionnel⁸².

Mais, la seule présence d'un observateur indépendant n'est pas une garantie suffisante

c) L'effectivité du contrôle

- Ainsi, l'effectivité n'est pas assurée dans le cas où le membre de l'Ordre des avocats est occupé à surveiller la saisie des documents tandis que la saisie des données informatiques est opérée par ailleurs⁸³. Et, pas davantage si les observateurs n'ont aucune qualification pour déterminer la nature des documents saisis⁸⁴. Il en est de même, si l'organe de contrôle se borne à un examen bref et général de l'objet de la saisie⁸⁵.

- La protection due au secret professionnel ne s'examine pas qu'à la demande de l'avocat, mais peut être invoquée a posteriori par le client. Dans l'affaire *Vinci Construction*, s'agissant de la fouille et de la saisie de données électroniques, constituées de fichiers informatiques et des messageries électroniques de certains des employés, la juridiction déclare vouloir savoir si ces garanties ont été appliquées « *de manière concrète et effective* », et non pas « *théorique et illusoire* », notamment au regard du grand nombre de documents informatiques et messages électroniques saisis, ainsi que de l'exigence renforcée du respect de la confidentialité qui s'attache aux correspondances échangées entre un avocat et son client⁸⁶.

L'effectivité du contrôle du juge veut qu'il statue sur le sort des documents appréhendés alors qu'ils étaient sans lien avec l'enquête ou qu'ils relevaient de la

⁸⁰ Cour eur. dr. h., *Vinci Construction*, précité, § 68, mais aussi *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, précité, § 67.

⁸¹ Cour eur. dr. h., *Niemietz*, précité., § 37 - *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche* 57 *Da Silveira* 43.

⁸² Cour eur. dr. h., *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, n° 65755/01 22 mai 2008 § 42.

⁸³ Cour eur. dr. h., *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, précité, § 63.

⁸⁴ Cour eur. dr. h., *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, précité, § 44.

⁸⁵ Cour eur. dr. h., *Robathin c. Autriche*, n° 30457/06, § 51, 3 juillet 2012

⁸⁶ Cour eur. dr. h., *Vinci Construction c. France* précité, §75.

confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client, au terme d'un contrôle concret de proportionnalité et qu'il puisse ordonner le cas échéant, leur restitution. Tel n'est pas le cas d'un juge qui s'est contenté d'apprécier la régularité du cadre formel des saisies litigieuses, sans procéder à l'examen concret de proportionnalité qui s'imposait.⁸⁷

A contrario, ont été considérées comme « *adéquates et suffisantes* » en termes de garantie pour prévenir les abus, l'arbitraire et les atteintes au secret professionnel des avocats, « *en particulier le contrôle du juge d'instruction complété par l'intervention du président de la cour d'appel* »⁸⁸.

- 2°/ Le domicile de l'entreprise de presse et du journaliste ou la protection spécifique

a) L'une des « pierres angulaires de la liberté de la presse »

La protection est également spécifique pour les locaux de presse car elle trouve, aux yeux de la Cour, depuis l'arrêt de Grande Chambre *Goodwin*, son fondement dans la « *Pierre angulaire de la liberté de la presse* »⁸⁹ :

De l'arrêt *Goodwin* (1996) au récent arrêt *St Paul Luxembourg* (2013), la formulation est demeurée invariable : « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière ... La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse* ».

Les sociétés de presse subissent deux types d'ingérences : les sommations de divulgation de l'identité de la source⁹⁰ (qui visent leurs documents) et les visites domiciliaires et saisie de leurs locaux.

Pour garantir à leur juste niveau la protection des locaux de presse la Cour se fonde sur l'article 10.

b) Une protection spécifique fondée sur l'article 10

Les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de la part de la Cour l'examen « *l'examen le plus scrupuleux* »⁹¹

Dès lors qu'il s'agit de la presse, deux principes vont régir l'appréciation de l'ingérence:

- le droit des journalistes de taire leurs sources n'est pas un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information⁹².

⁸⁷ Cour eur. dr. h., *Idem.*, §§ 78-79.

⁸⁸ Cour eur. dr. h., *Sérvulo & Associados*, précité, § 119 (arrêt largement influencé par le cas d'espèce où l'un des avocats avait fait l'objet de poursuites pour prévarication).

⁸⁹ Cour eur. dr. h., *Goodwin c. Royaume-Uni*, [GC], du 27 mars 1996, Recueil 1996-II ; *Saint-Paul Luxembourg S.A. Luxembourg* n° 26419/10, 18 avril 2013.

⁹⁰ Cour eur. dr. h., *Goodwin*, précité, ou *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], n° 38224/03.

⁹¹ Cour eur. dr. h., *Goodwin*, précité, §§ 40 et 46 ; *Ernst c. Belgique*, précité, § 103 ; *Roemen & Schmidt*, précité, § 46.

- le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse⁹³.

- Les Etats disposent d'une marge d'appréciation restreinte, car l'article 10 § 2 de la Convention ne « *laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général* »⁹⁴

La règle s'applique aux injonctions de divulgation de documents d'une entreprise de presse ou d'un journaliste, pour lesquelles la Cour exige désormais « *une appréciation indépendante* » avant toute demande de divulgation du point de savoir si l'intérêt de l'enquête pénale « *devait l'emporter sur l'intérêt public à la protection des sources des journalistes* ». Cela suppose que le juge dispose de la faculté avant toute divulgation « de refuser de délivrer une injonction de divulgation ou d'émettre une injonction de portée plus limitée ou plus encadrée »⁹⁵.

En ce qui concerne les visites domiciliaires et saisies - plus intrusives et plus violentes : les perquisitions ayant pour objet de découvrir la source d'un journaliste, la Cour estime qu'elles constituent – même si elles restent sans résultat – un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de la source⁹⁶. Les perquisitions qui ne sont pas effectuées dans le cadre de la recherche d'une infraction que le requérant aurait commise en dehors de ses fonctions de journaliste tombent, pour la Cour, « *à n'en pas douter* », dans le domaine de la protection des sources journalistiques⁹⁷. Ce qui signifie a contrario pratiquement que toutes les perquisitions effectuées dans le cadre de la recherche d'une infraction que le requérant aurait commise dans le cadre de ses fonctions de journaliste (délit de presse, recel de secret de l'instruction) tombent dans le domaine de la protection des sources journalistiques. Pour le surplus le fait que le journaliste ait accepté de collaborer avec la police ne saurait faire disparaître l'ingérence⁹⁸

Dans la plupart des cas la Cour se plaît donc en la matière à opérer une distinction entre les motifs invoqués par les juridictions nationales qui peuvent être considérés comme « *pertinents* », mais pas comme « *suffisants* » pour justifier les perquisitions⁹⁹.

S'agissant de la balance des intérêts entre protection des sources et prévention et la répression d'infractions, la jurisprudence aboutit à faire peser un véritable fardeau de la preuve sur le gouvernement qui doit « *doit démontrer 'que la balance des intérêts en présence a été préservée* »¹⁰⁰.

⁹² Cour eur. dr. h., *Ressiot et autres c. France*, n° 15054/07 et 15066/07, § 102, 28 juin 2012.

⁹³ Cour eur. dr. h., *Tillack c. Belgique*, précité, § 53.

⁹⁴ Cour eur. dr. h., *Martin et autres c. France*, n° 300002/08 § 65, 12 avril 2012 ; *Ressiot c. France*, précité, § 10.

⁹⁵ Cour eur. dr. h., *Financial Times Ltd et autres c. Royaume-Uni*, n° 821/03, § 56, 15 décembre 2009 ; *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], précité, § 93.

⁹⁶ Cour eur. dr. h., *Roemen & Schmidt*, précité § 57.

⁹⁷ Cour eur. dr. h., *Roemen & Schmidt*, précité § 52.

⁹⁸ Cour eur. dr. h., *Sanoma Uitgevers*, précité, §§ 68 à 70 ; *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxembourg*, précité, § 38.

⁹⁹ Cour eur. dr. h., *Roemen et Schmit*, précité, § 59.

¹⁰⁰ Cour eur. dr. h., *Martin et autres c. France*, précité, § 87.

Ainsi des perquisitions et interceptions téléphoniques « tardives » peuvent-elles rendre aux yeux de la Cour « évident qu'elles avaient pour seul but de révéler la provenance des informations relatées »¹⁰¹.

La cour exige en la matière : « *un impératif prépondérant d'intérêt public* » *ce qui signifie que « les considérations prises en compte pour exercer le contrôle ...font pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique »*¹⁰²

Pèse ainsi désormais sur les Etats défendeurs l'obligation de :

- convaincre la Cour de ce que la mesure avait un autre but que de connaître les sources du journaliste,
- faire la démonstration de ce qu'une mesure moins intrusive qu'une perquisition n'aurait pas pu permettre de parvenir au but recherché.

De 1989 à 2007, puis de 2007 à nos jours s'est progressivement érigé un ensemble de normes qui constituent un régime de protection des locaux professionnels appréciables au regard d'une certaine sphère privée, inviolable par les états. A la lumière des décisions les plus récentes, il semble que la Cour veuille se montrer plus exigeante en matière d'effectivité du contrôle des mesures d'intrusion. Subsidiarité aidant, elle scrute donc les effets de l'action protectrice dévolue au juge interne. Il ne s'agit plus de l'existence de la législation elle-même, ou de sa qualité, il ne s'agit plus des pouvoirs théoriques ou de la compétence des autorités de contrôle. Il apparaît que la cour veuille désormais qu'il soit justifié que le juge interne a rempli pleinement son office au regard des exigences de la Convention telles que sa jurisprudence les a interprétées, depuis 1989. Elle en est venue à demander aux Etats de justifier de l'état de leur jurisprudence au regard de la nécessité d'un « contrôle efficace », condition indispensable de garanties suffisantes et adéquates.

Ce « contrôle », nous le connaissons : il figurait déjà dans l'arrêt *Klass* - qui cite 41 fois le mot. Il n'est pas inintéressant, sur ce plan, de se référer à l'évolution concernant la jurisprudence en matière d'écoutes téléphoniques, à laquelle semble avoir voulu procéder la Cour depuis l'arrêt *Lambert c. France*, en 1998 et jusqu'aux arrêts *Matheron*, en 2005 et *Pruteanu* en 2015. Certes, les violations sont de nature différentes, et même si – à tort ou à raison – l'enregistrement de conversations peut apparaître a priori moins violent qu'une perquisition policière, puisque par définition exécuté à l'insu des personnes écoutées et enregistrées, le nombre des victimes de l'ingérence est toujours plus important, au gré de l'amplitude du carnet de contacts de la personne placée sur écoutes. L'arrêt *Vinci Construction*, qui fait expressément référence à l'arrêt *Lambert*, le rappelle : la seule question est désormais de « savoir si les garanties sont appliquées « de manière concrète et effective et non pas théorique et illusoire ». Il ne s'agit plus uniquement de vérifier la qualité de la loi, mais l'effectivité de l'office du juge interne. La Cour entend exiger des Etats défendeurs qu'ils fournissent des résultats, une évaluation jurisprudentielle de l'efficacité des garanties offertes à ces victimes.

Jusqu'à ce jour nous pourrions y voir une progression lente, mais inéluctable. Un mouvement ascendant. Une question demeure cependant, si nous considérons

¹⁰¹ Cour eur. dr. h., *Ressiot et autres c. France*, précité, § 122.

¹⁰² Cour eur. dr. h., *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, § 45.

aujourd'hui rétrospectivement cette évolution dans le temps. Ce bel édifice résistera-t-il face à l'invocation par les états membres de leurs légitimes obligations de faire face au terrorisme par des mesures sécuritaires ou autoritaires, de plus en plus intrusives ? Après avoir remonté un courant contraire, que deviendra la norme la plus exigeante de protection à l'aune de ces nouveaux critères ? La Cour voudra-t-elle aller plus loin dans le parachèvement de l'édifice, malgré la marge d'appréciation, toujours source d'une protection fragmentée et affaiblie, au regard du standard maximum européen que l'on serait en droit d'attendre.

Héraclite d'Éphèse, que les Grecs surnommaient l'Obscur, en raison de l'opacité de ses écrits, disait : « La route qui monte et qui descend ne sont qu'un seul et même chemin ». Je livre cette phrase à votre méditation et vous laisse le soin d'épuiser le champ de ses significations. Au moins jusqu'aux conclusions de Jean-Pierre Marguénaud qui vous y donnera la réponse.