

# Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°192 du 16 avril 2015

[Avocats/Déontologie] Le point sur...

## Secret professionnel des avocats dans le cadre des écoutes téléphoniques et perquisitions : quel impact des décisions de la CEDH en droit interne ?

N° Lexbase : N6895BUW



par *Aziber Seid Algadi, Docteur en droit, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition professions*

Si une hirondelle ne fait pas le printemps, un arrêt de la CEDH annonce parfois aux avocats des lendemains qui chantent (1). C'est le cas avec l'arrêt "Pruteanu c/ Roumanie", rendu le 3 février 2015 (CEDH, 3 février 2015, Req. 30 181/05 N° Lexbase : [A7713NAW](#)). Cet arrêt peut, et même, doit faire bouger les lignes, notamment téléphoniques, dans le combat des avocats pour protéger leur secret professionnel.

De façon générale, trois articles de la CEDH sont concernés par le secret professionnel de l'avocat.

— d'abord et essentiellement, l'article 8 (N° Lexbase : [L4798AQR](#)), qui protège le domicile personnel, les bureaux professionnels, les conversations et correspondances de l'avocat ;

— ensuite l'article 6 (N° Lexbase : [L7558AIR](#)). La CEDH a pu indiquer que le secret professionnel des avocats était le corolaire du droit de leurs clients de ne pas s'auto-incriminer ;

— enfin, l'article 10 (N° Lexbase : [L4743AQQ](#)), dans une configuration particulière, celle de la violation du secret professionnel par l'avocat au nom des droits de la défense, dans le cadre d'un débat d'intérêt général. L'hypothèse a été mise en lumière par l'arrêt "Mor contre France" (CEDH, 15 décembre 2011, Req. 28 198/09 N° Lexbase : [A6142IAQ](#)). Dans cette affaire, la condamnation pour violation du secret professionnel a été jugée comme une

atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression de l'avocat. La CEDH a ainsi décidé que l'avocat pouvait s'exprimer librement, à l'instar des journalistes, lorsque le débat porte sur un "*débat d'intérêt général*".

Le secret professionnel est en danger dans deux types d'actes : en premier lieu, les actes visant personnellement l'avocat (perquisitions et saisies à son domicile ou à son cabinet ; écoutes téléphoniques sur une ligne lui appartenant -à titre de rappel, son bureau, son domicile ou son véhicule ne peuvent faire l'objet de sonorisations, de captations de données électroniques-) ; en second lieu, les actes qui visent ses clients et qui peuvent le concerner incidemment (écoutes et enregistrements de communications téléphoniques sur un téléphone ne lui appartenant pas ou dans un lieu autre que son domicile, son cabinet ou son véhicule ; saisies de données ou de documents dans un lieu autre que son domicile ou son cabinet).

Face à ces atteintes, la jurisprudence de la CEDH tient en trois mots : prévisibilité, nécessité et proportionnalité.

### I — L'exigence de prévisibilité de la loi dans le cadre des écoutes d'avocats

Lorsqu'un acte porte atteinte à l'article 8 de la CESDH, cette ingérence doit être prévue par la loi d'une manière particulièrement précise. Le défaut de prévisibilité de la loi française a déjà été stigmatisé par la CEDH : en 1990, pour les écoutes téléphoniques (CEDH, 24 avril 1990, Req. 7/1989/167/22 [LXB= A6323AW4] et Req. 4 /1989/164/220 [LXB= A6324AW7]) et, en 2005, pour les sonorisations (CEDH, 31 mai 2005, Req. 59 842/00 N° Lexbase : A4709DIA ; CEDH, 20 décembre 2005, Req. 71 611/01 N° Lexbase : A0365DMH). L'arrêt "Pruteanu c/ Roumanie", du 3 février 2015, doit faire sentir au législateur le vent du boulet qui a vocation à frapper bientôt le droit français. Dans cette affaire, l'avocat a fait l'objet d'une écoute incidente. La Cour a examiné les textes roumains, en relevant qu'ils ne précisaient pas la situation des personnes écoutées qui n'étaient pas visées par la décision d'interception. Elle a donc observé que la situation des avocats n'était pas expressément envisagée par les textes autorisant les écoutes téléphoniques.

Elle n'a pas voulu aller plus loin dans son raisonnement parce qu'un autre motif justifiait la violation de l'article 8. Toutefois, le prolongement de son raisonnement apparaît évident : l'absence de référence particulière à la situation des avocats dans les textes est problématique par rapport à l'exigence de prévisibilité ; ce qui veut dire concrètement que l'article 100-7 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L5915DYQ) n'est pas en conformité avec le droit européen, au même titre que les textes du Code de commerce ou du Code monétaire et financier ou encore du Code de la consommation, qui permettent de perquisitionner chez un avocat.

L'avocat doit être suspect des infractions poursuivies. L'arrêt "André contre France" (CEDH, 24 juillet 2008, Req. 18 603/03 N° Lexbase : A8281D9L), a montré que la recherche de documents dans un cabinet d'avocat exige que l'avocat soit impliqué dans la commission des infractions recherchées. Sinon, est-il vraiment acceptable de voir un cabinet d'avocat ressembler à un étang où les autorités publiques peuvent venir y pêcher librement les informations. Etre suspect ne suffit pas ! Encore faut-il préciser les critères justifiant cette suspicion.

A l'heure actuelle, la Cour de cassation les fixe de manière discutable et approximative. En matière de perquisitions, elle se contente d'indices plausibles de participation de l'avocat aux infractions ; en matière d'écoutes téléphoniques, elle se contente d'indices de participation aux faits délictueux, sans qualifier ces indices ; pour valider la saisie de documents couverts par le secret professionnel, elle se contente de documents susceptibles d'établir la participation éventuelle de l'avocat à la commission de l'infraction poursuivie. Pour valider la transcription d'enregistrement confidentiel avec le client, elle requiert que le contenu de la conversation soit de nature à faire présumer la participation de l'avocat à des faits constitutifs d'une infraction fut ce t-il étrangers à la saisine du juge d'instruction.

Outre le silence de la loi, ce qui est problématique est que les formules jurisprudentielles posent un seuil de suspicion trop bas et trop approximatif. A titre d'exemple, l'indice plausible de soupçon en matière de perquisitions fait penser, de manière intuitive, aux raisons plausibles de soupçons qui justifient une garde à vue. Ce qui veut dire que pour un acte aussi exceptionnel qu'une perquisition dans un cabinet d'avocat, la jurisprudence raisonne d'une manière comparable à ce que la loi prévoit pour un acte aussi banal qu'une garde à vue.

Non seulement la qualité de suspect de l'avocat doit être clairement mentionné dans les textes mais elle doit reposer sur des critères à la hauteur de la gravité des enjeux. Selon Monsieur Alexandre Gallois, il semble opportun de raisonner par rapport à la mise en examen, c'est-à-dire que les indices graves ou concordants de la participation de l'avocat à l'infraction recherchée doivent exister avant la perquisition du cabinet, le placement sous écoutes, la retranscription des enregistrements confidentiels, la saisie de documents couverts par le secret professionnel.

### II — L'exigence de nécessité et de proportionnalité dans la mise en œuvre des écoutes téléphoniques d'avocat

L'arrêt "Michaud" du 6 décembre 2012 (CEDH, 6 décembre 2012, Req. 12 323/11 (N° Lexbase : A3982IY7)) l'a bien montré. La notion de nécessité, au sens de l'article 8, implique l'existence d'un besoin social impérieux et en particulier la proportionnalité de l'ingérence au but poursuivi.

La légitimité du but poursuivi par les autorités pose peu de difficultés : il s'agit de la défense de l'ordre public et de la recherche de l'infraction. Cette finalité est prévue par l'article 8 § 2 de la CESDH. Mais, pour la CEDH, cette fin légitime ne justifie pas tous les moyens. Les moyens employés doivent répondre à une double condition : nécessité et proportionnalité. La condition de nécessité est remplie si l'intéressé bénéficie d'un contrôle efficace du juge (3).

En matière d'écoutes téléphoniques, il est manifeste que cette exigence européenne d'un contrôle efficace appelle une réforme de la législation et l'avènement d'un régime spécifique pour les avocats. A titre d'exemple, un contrôle efficace ne peut venir que d'un juge impartial ; ce qui interdit qu'un juge d'instruction ne contrôle ce qu'il a lui-même prescrit.

On notera, à ce propos, qu'en matière de perquisitions administratives, c'est le juge des libertés et de la détention qui tient la double casquette de prescripteur et de contrôleur.

Quant à l'exigence de proportionnalité, elle a été construite autour de la notion dite de garantie spéciale de procédure, mise en avant en matière de perquisitions et de saisies dans un cabinet d'avocat depuis l'arrêt "Niemetz contre Allemagne" du 16 décembre 1992 (CEDH, 16 décembre 1992, Req. 72/1991/324/396 N° Lexbase : A6532AWT). L'acte autorisant la perquisition doit être précis pour limiter l'arbitraire dans la saisie des documents.

A plusieurs reprises, la CEDH a fustigé les mandats excessivement larges.

Dans le cadre d'une perquisition, un observateur indépendant doit être présent et doit pouvoir surveiller correctement la fouille et la saisie des documents écrits ou des données électroniques. Il doit être informé des résultats des opérations et pouvoir contester la perquisition et la saisie. Ces garanties s'appliquent même à l'avocat exerçant occasionnellement en France et qui n'est pas inscrit auprès d'un barreau français. Dans chaque affaire, la CEDH apprécie globalement mais de façon circonstanciée l'existence de ces garanties spéciales de procédure.

La question est aujourd'hui de savoir si les textes, permettant les perquisitions au sein de cabinets d'avocats, offrent des garanties spéciales de procédures respectueuses de l'exigence de proportionnalité. Il est à noter que les textes présentent dans leur ensemble des différences, des incohérences, voire des curiosités. Par exemple en matière fiscale, L'officier de police judiciaire se fait offrir un rôle de gardien du secret professionnel de l'avocat.

De façon générale, ces garanties peuvent être améliorées. L'article 56-1 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L3557IGT) peut faire l'objet d'observations non exhaustives : la possibilité de contester la décision de perquisitionner devrait être prévue comme en matière fiscale. Si l'OPJ décide de verser au dossier des pièces litigieuses, il serait opportun de prévoir une voie de recours suspensive, quitte à exclure toute requête en nullité ultérieure sur ce point. Aussi, pourquoi ne pas renforcer l'information du Bâtonnier ou de son représentant, au début de la perquisition, sur les éléments mettant en cause l'avocat ?

En matière d'écoutes téléphoniques, ces garanties spéciales de procédures sont manifestement déficientes. Les avocats devraient bénéficier de garanties spéciales sur la durée des écoutes, sur les conditions de leur renouvellement, ou encore sur les prérogatives accordées au Bâtonnier. Ne pas faire évoluer la législation française, ne pas donner ces garanties spéciales aux avocats, c'est prendre le risque, de plus en plus grand, de voir les atteintes au secret professionnel jugées disproportionnées et non nécessaires.

La CEDH a plusieurs fois rappelé que le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l'administration de la Justice. Elle reconnaît également que les avocats jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux dont la mission est fondamentale dans une démocratie et un Etat de droit.

Les juges européens placent ici le débat à son juste niveau, non pas celui d'une revendication corporatiste masquant de sombres desseins, mais celui d'une question d'intérêt général, celle du fonctionnement d'une démocratie et d'un Etat de droit.

Jean Cocteau disait : "*il n'y a pas d'amour ; il n'y a que des preuves d'amour*". Ceux qui légifèrent et appliquent les lois doivent, au-delà des postures et parfois même des impostures, prouver leur amour, pas nécessairement celui des avocats, mais de la démocratie et de l'Etat de droit qui justifie leur existence et leur métier. Il est de leur devoir de mettre en conformité avec le droit européen le régime des perquisitions et des écoutes téléphoniques réalisées à l'encontre des avocats.

---

(1) Article extrait des propos de Monsieur Alexandre Gallois, Maître de conférences à l'Université de Rouen, HDR in *Le secret professionnel de l'avocat : pourquoi faire ?*, Colloque de l'institut de droit pénal, 4 mars 2015.

(2) Cf., pour un commentaire de l'arrêt, K. Gachi, *Condamnation de la Roumanie pour transcription de conversations téléphoniques entre un avocat et son client*, Lexbase Hebdo n° 188 du 19 février 2015 — édition privée (N° Lexbase : N6119BU8).

(3) Cf. A. Gallois, *op. cit.*. (4) Dans un arrêt récent du 18 mars 2015 (Cass. crim., 18 mars 2015, n° 14-86.680, FS-P+B N° Lexbase : A1983NE8), la Cour de cassation a précisé que le fait de produire, dans une instance civile, des pièces d'une procédure pénale d'instruction distincte en cours, sans y avoir été autorisé, ni même avoir sollicité une telle autorisation, constitue un indice grave ou concordant rendant vraisemblable la participation d'une avocate aux faits de violation du secret professionnel et du secret de l'instruction.