

Lexbase Hebdo édition professions n°193 du 7 mai 2015

[Avocats/Déontologie] Le point sur...

Le régime des écoutes téléphoniques des avocats : quelles réformes ?

N° Lexbase : N7182BUK



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

Les écoutes téléphoniques des avocats (1) sont de deux formes : d'une part, elles peuvent être directes à travers l'interception des conversations ainsi que la transcription de ce qui a été écouté et que l'on estime nécessaire à la manifestation de la vérité -l'interception pouvant se faire en écoutant la ligne téléphonique du cabinet de l'avocat ou de son domicile— ; d'autre part, elles peuvent être incidentes, c'est-à-dire qu'elles sont faites à travers la mise à l'écoute d'un client, qui permet d'écouter son avocat de façon incidente.

I — Des dispositions textuelles

Ce sont les articles 100 (N° Lexbase : L4316AZU) à 100-7 du Code de procédure pénale qui régissent ce domaine.

L'article 100 du Code de procédure pénale dispose qu'"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".

Concernant les avocats, il convient de se référer à l'alinéa 2 de l'article 100-7 du même code (N° Lexbase : L5915DYQ) qui souligne qu'"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".

Aussi, l'article 706-95 du Code de procédure (N° Lexbase : L7518IP7), relatif au régime applicable en matière d'enquête de flagrance ou préliminaire, précise que *"le procureur doit demander l'autorisation au juge des libertés. Si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 (N° Lexbase : L4136I4X) (2) l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, deuxième alinéa, 100-1 (N° Lexbase : L3427AZX) et 100-3 (N° Lexbase : L3429AZZ) à 100-7, pour une durée maximum d'un mois, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention"*.

Il assure donc le contrôle des règles applicables. Toutefois, il convient de préciser que cet article n'exige pas que le JLD exerce un contrôle immédiat sur le déroulement de l'écoute, mais seulement qu'il soit informé sans délai par le ministère public, à l'issue des opérations d'interceptions, d'enregistrement et de transcription prévues par les articles 100-3 à 100-5 (3).

Le régime des transcriptions est, quant à lui, régi par l'article 100-5 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L3498IGN) qui énonce que *"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"*.

Si les textes organisent de façon précise l'écoute et la transcription des correspondances impliquant un avocat, la jurisprudence en fait une interprétation qui mérite que l'on s'y attarde.

II — De l'interprétation jurisprudentielle

A partir de ces seules dispositions, la jurisprudence et, notamment, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que, tant que la ligne téléphonique de l'avocat n'est pas sur écoute, il n'était pas nécessaire de prévenir le Bâtonnier.

Les juges suprêmes considèrent qu'il ne s'agit que d'interceptions concernant les lignes téléphoniques de l'avocat alors qu'une autre interprétation pourrait être admise. En effet, il est possible d'admettre que si un client, voire un non avocat appelle ou est appelé par son avocat, ce dernier le fait nécessairement d'une ligne d'avocat. Lorsque l'on appelle un avocat, c'est forcément parce qu'on a besoin d'un avocat et donc il s'agit nécessairement d'un cadre relevant des droits de la défense. La présomption devrait être dans ce sens. A cet effet, la préconisation du système new-yorkais, qui consiste à interrompre toute écoute dès lors que la personne sur écoute est en relation avec un avocat, pourrait être intéressante (4).

Dans le système français, rien n'interdit d'écouter les conversations de l'avocat. Par un arrêt du 10 mai 1994 (Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-81.522 N° Lexbase : A9171CGR), la Cour de cassation a rappelé ce principe. Il s'agit de l'interception des conversations d'un proche du détenu au cours de ses conversations avec son avocat.

Mais c'est surtout l'arrêt du 15 janvier 1997 (Cass. crim., 15 janvier 1997, n° 96-83.753 N° Lexbase : A1274AC8) qui précise que 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 choisi par la personne mise en examen et 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. En l'espèce, les juges d'appel, après avoir souligné que le respect des droits de la défense ne permet une telle mesure que pour des motifs particulièrement sérieux, ont énoncé que l'avocat a *"participé au mois de novembre 1993, dans un restaurant, à un déjeuner réunissant, plusieurs fournisseurs habituels de voitures volées, parmi lesquels 2 multirécidivistes qui envisageaient l'achat d'un terrain"* et ont ajouté que l'une des personnes mises en examen a été trouvée en possession d'une carte de visite de cet avocat. Ils en ont déduit que, sauf si, par extraordinaire, il ignorait le passé de ses convives, le comportement de l'avocat apparaît bien peu conforme aux exigences de dignité et de délicatesse de sa profession, et qu'en tout cas, il est seul responsable par ce comportement, au moins imprudent, d'une mesure qui, si elle n'est pas prohibée, devrait rester tout à fait exceptionnelle.

La Haute cour a censuré cette décision car ces seuls motifs n'établissent pas que le juge d'instruction ait été, à la date où il a prescrit l'interception, en possession d'indices de participation de l'avocat à une activité délictueuse. La chambre d'accusation n'avait donc pas justifié sa décision.

Sur le régime des transcriptions, il convient de relever la position de la Cour de cassation (Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-85.229, F-P+F N° Lexbase : A5077EAB) où il a été jugé qu'une conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier d'une procédure que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction. Dans un arrêt de 2003 (Cass. crim., 1er octobre 2003, n° 03-82.909, F-P+F N° Lexbase : A6731C98), la Cour de cassation a rappelé que "*d'une part, le juge d'instruction tient des articles 81 (N° Lexbase : L1307H48) et 100 du Code de procédure pénale, le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications par une personne mise en examen, dès lors que n'est pas en cause l'exercice des droits de la défense ; d'autre part, le principe de la 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, comme en l'espèce, 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*".

En réalité, la notion de présomption à la participation à l'infraction est très subjective, aucune disposition n'interdit d'écouter les conversations d'un client avec son avocat et l'enquêteur peut apprécier, au regard de ces critères, s'il est possible ou pas de retranscrire les propos.

Aucune vérification d'un juge en amont, ni de la durée des écoutes fortuites n'est prévue. De plus, même si la mise sur écoute n'est autorisée qu'en cas d'existence d'indices de participation à une infraction, il n'existe aucune voie de recours contre la décision de placement sur écoute, ce qui semble critiquable au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de son application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (N° Lexbase : L7558AIR) (5).

III — Des préconisations

Plusieurs préconisations ont été faites par les avocats, à travers leurs représentants, au pouvoir exécutif pour une mise en conformité des règles relatives aux écoutes téléphoniques des avocats avec les grands principes de la CEDH. Ainsi, il a été suggéré de :

- prévoir que la décision motivée du juge d'intercepter les conversations d'un avocat ne peut être prise que s'il existe préalablement des indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit et qu'il s'agit de l'unique moyen d'en établir la preuve ;
- interdire la transcription des conversations d'un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et couvertes par le secret professionnel. Il convient, à cet effet, de poser la présomption selon laquelle lorsqu'on appelle un avocat, c'est en principe dans le cadre des droits de sa défense. Il faudrait donc prouver le contraire avant de se permettre d'écouter un avocat ;
- pour mettre en adéquation le système auquel est soumis le procureur de la république dans le cadre des enquêtes, soumettre la décision du juge de l'instruction au contrôle du JLD ou du président du TGI ;
- prévoir que le Bâtonnier soit toujours informé de la décision d'intercepter les conversations d'un avocat qu'elles soient incidentes ou pas et qu'il soit présent lors des audiences relatives au renouvellement de ces écoutes.

Toutes ces mesures devraient garantir un véritable respect du secret professionnel de l'avocat.

(1) Article tiré des propos de Maître Basile Ader *in Le secret professionnel de l'avocat*, Colloque de l'institut de droit pénal, 4 mars 2015.

(2) Cf., sur ce point, nos obs. *in Le secret professionnel de l'avocat dans le cadre des écoutes téléphoniques : vers une inspiration états-unienne ?*, Lexbase Hebdo n° 190 du 19 mars 2015 — édition professions (N° Lexbase : N6415BU7).

(3) Dispositions relatives à la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées.

(4) Cass. crim., 23 mai 2006, n° 06-83.241, F-P+F (N° Lexbase : A8697DPS), Bull. crim., n° 139, D., 2006, 2836, note Pradel.

(5) Lire sur le sujet, Morgane Woloch, *Le secret professionnel de l'avocat*, Mémoire master II, Université de Paris II, 2010, p. 49