

Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°190 du 19 mars 2015

[Avocats/Déontologie] Le point sur...

Le secret professionnel de l'avocat dans le cadre des écoutes téléphoniques : vers une inspiration états-unienne ?

N° Lexbase : N6415BU7



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

Le secret professionnel (1) est l'obligation imposant à des professionnels de ne pas dévoiler les confidences recueillies pendant l'exercice de leur profession. En pratique, si certaines personnes à l'instar du président-directeur général d'une société anonyme, de l'administrateur (2) ou de l'assureur (3) ne sont pas astreintes au secret professionnel et n'encourent donc pas, en cas de révélation de confidences reçues dans le cadre professionnel, les sanctions prévues par l'article 226-13 du Code pénal (N° Lexbase : L5524AIG), plusieurs catégories de professionnels sont concernées par le secret professionnel. Il en est ainsi des notaires, médecins, pharmaciens, membres des administrations fiscales, ministres du culte, fonctionnaires de police, journalistes, magistrats et, à l'évidence, avocats.

L'article 2.1 du RIN (N° Lexbase : L4063IP8) précise à ce sujet que, "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". Aussi, l'article 226-13 du Code pénal précité, évoquant la répression de toute atteinte audit secret, dispose que "la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende".

Il est utile de relever que, si l'avocat est tenu de ne rien révéler de ce qui lui a été confié par son client, sa fonction doit être davantage considérée comme un refuge de défense que comme un repaire dont pourrait user aux fins d'impunité l'auteur d'une infraction (4).

Le secret professionnel est une des valeurs fondamentales de l'avocat. Il concerne aussi bien les perquisitions (5), que les écoutes téléphoniques visant les cabinets des avocats (cabinet, domicile, domicile de ses proches) ou encore celui du Bâtonnier es qualité.

I — La confidentialité des écoutes téléphoniques

Seules les écoutes téléphoniques judiciaires peuvent être évoquées ici même s'il existe d'autres formes d'écoutes telles que celles administratives qui sont totalement informelles, ou les écoutes inconnues, n'ayant pas de dénomination précise.

Les écoutes judiciaires interviennent dans le cadre d'une information judiciaire et, dès qu'un avocat est placé sur écoute, le Bâtonnier doit en être informé par une notification du juge d'instruction. Il convient de rappeler, s'agissant de perquisition, que la jurisprudence a précisé qu'il appartient au juge des libertés et de la détention (JLD) d'examiner les objets et documents saisis lors de la perquisition d'un cabinet d'avocat et de déterminer s'ils portent ou non atteinte au secret professionnel de l'avocat.

En effet, dans une affaire où une information a été ouverte pour escroquerie et abus de confiance, liés à des opérations immobilières, le JLD avait simplement considéré que la restitution des matériels réclamés par l'avocat était de nature à faire obstacle à la manifestation de la vérité et avait versé l'ensemble des pièces au dossier de la procédure, chargeant le juge d'instruction d'ouvrir les scellés, de lire les documents (en présence du Bâtonnier) et d'écarter les documents sans relation avec les faits objets de l'instruction. La Chambre criminelle a dès lors considéré que c'est au JLD de prendre personnellement connaissance de ces documents et que c'est à lui de décider, en recourant, le cas échéant, à une mesure technique, s'ils doivent être exclus (ils sont alors restitués au demandeur) ou s'ils doivent être versés au dossier (6).

Dans le cadre des écoutes téléphoniques, la protection de l'échange apparaît bien moins absolue. Certes, en toute matière, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel. Néanmoins, la loi autorise l'interception, l'enregistrement et la retranscription des correspondances émises par voie de télécommunication et donne au juge d'instruction le pouvoir de les autoriser. L'article 100-7 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L5915DYQ) prévoit tout de même une formalité préalable : 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.

Pour autant, il n'est pas prévu une possibilité d'opposition de la part du Bâtonnier. Seule son information est requise. Mais, la possibilité d'une captation est ouverte (7). La règle de libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, qui interdit l'interception de correspondances ou communications téléphoniques échangées entre eux, ne fait cependant pas obstacle à l'interception des communications d'un proche de cette personne avec l'avocat de celle-ci (8).

Un tel fonctionnement est, selon un auteur, profondément attentatoire aux libertés individuelles et plus particulièrement au droit au respect de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (N° Lexbase : L4798AQR), car l'interception des communications de l'avocat est décidée par le juge seul, sans recours, et s'agissant de l'écoute indirecte, seule la police est à même d'apprécier sans contrôle si la conversation est ou non protégée par le secret professionnel (9).

Aussi, et plus grave encore, 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 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.

La France se révèle sur ce point être dans une situation exceptionnelle par rapport aux autres démocraties occidentales. Il est possible de décider d'une perquisition ou d'une mise sur écoute téléphonique sans contrôle *ex ante*. Le contrôle est fait postérieurement par la chambre de l'instruction. Dans les autres pays démocratiques, ce contrôle existe. La France se distingue ainsi des autres Etats comme elle l'a été pendant longtemps en matière de garde à vue, menée sans avocat. L'avocat n'a, en effet, été admis à assister son client en garde à vue qu'avec le vote de la loi n° 2011-392, 14 avril 2011, relative à la garde à vue (N° Lexbase : L9584IPN) (10).

II — La diversité des écoutes téléphoniques

S'agissant des perquisitions et écoutes directes, l'exemple qui pourrait inspirer la France est celui de l'Etat de New-York. Selon une jurisprudence de la Cour suprême qui vise le 6^{me} amendement, le juge qui doit procéder à une fracture des libertés publiques est un juge rassemblant inéluctablement trois qualités : il doit être détaché du dossier, être indépendant et neutre pour autoriser les écoutes directes ; ce qui correspond plus au JLD et non au juge d'instruction, ni au procureur de la République. Le JLD est, en effet, mieux placé pour assurer cette charge avec le détachement nécessaire à la garantie d'un contrôle effectif.

Les juges d'instruction en France devraient dès lors être déchargés de l'*impérium* des perquisitions et placements sur écoute concernant les avocats et, de manière générale, toutes les professions soumises au secret professionnel.

En effet, le secret professionnel est celui du client et non de l'avocat. Il serait important de n'accorder la compétence, relative aux écoutes téléphonique des avocats, qu'au président du TGI et non au JLD, comme lorsque le Bâtonnier fait l'objet d'un contrôle, tel que prévu par les textes.

Le contentieux peut donc être confié *ex ante* au président du TGI et pour toutes les autres catégories de citoyens, au JLD mais certainement pas au juge de l'instruction. Ce dernier étant chargé d'instruire les enquêtes à charge et à décharge les enquêtes judiciaires, il serait ingénu de penser qu'il puisse être d'une totale neutralité.

S'agissant des écoutes incidentes, la situation est différente car l'avocat n'est pas directement mis sur écoute ; c'est son client qui l'est et l'avocat est ainsi écouté de façon indirecte.

Le système français ne protège pas automatiquement les écoutes incidentes. En effet, la jurisprudence retient simplement que même si une écoute téléphonique 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 et sa nature est propre à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction (11). Le principe de la libre communication d'une personne mise en examen avec son avocat, interdisant notamment l'utilisation d'une correspondance échangée entre eux, ne fait pas obstacle, cependant, aux nécessités de l'information et aux exigences de la manifestation de la vérité ; le juge d'instruction tient de celle-ci le pouvoir, dans certains cas, de faire intercepter et transcrire des communications téléphoniques. La solution pourrait ici encore venir de l'Etat de New-York. Celui-ci a proposé que tous les avocats communiquent leur numéro de téléphone à la police afin que, dès lors que le client sur écoute est en contact avec un des numéros enregistrés par la police, la communication soit interrompue par le logiciel mis en place. La démarche est bien entendu volontaire. L'interruption de la conversation est automatique et mécanique. Ce qui évite les réticences humaines à interrompre les conversations de ce type.

Une telle solution pourrait être envisagée dans le cadre de système d'écoute français mais il faut au préalable qu'un texte légal puisse définir les conditions de sa mise en place d'un tel système.

Concernant les écoutes et perquisitions visant l'Ordre des avocats, les atteintes portées au secret sont d'autant plus grandes que l'Ordre est doublement garant du secret professionnel des avocats, qui eux-mêmes sont astreints au secret. Ni le Bâtonnier, ni l'Ordre ne devrait donc faire l'objet d'écoutes ou de perquisitions.

(1) Article tiré des propos introductifs du Bâtonnier Pierre-Olivier Sur, *in Le secret professionnel de l'avocat*, Colloque institut de droit pénal du barreau de Paris, 4 mars 2015.

(2) Cass. crim., 5 février 1970, n° 69-90.040 (N° Lexbase : A1390CGL).

(3) L'assureur qui a révélé le nom du bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie n'encourt pas de sanction, cette désignation.

(4) F. Doyez, *Avocat et secret professionnel*, AJ Pénal, 2004 p. 144.

(5) Il convient de rappeler qu'il y a eu 32 perquisitions en un an visant 17 avocats inscrits au barreau de Paris.

(6) Cass. crim., 25 juin 2013, n° 12-88.021, FS-P+B (N° Lexbase : A3071KIL).

(7) C. Porteron, *Le secret professionnel de l'avocat*, AJ Pénal, 2009, p. 158

(8) En ce sens, Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-81.522 (N° Lexbase : A9171CGR), Bull. crim., n° 180 ; Cass. crim., 8 octobre 1997, n° 97-82.481 (N° Lexbase : A8995CPT), Procédures 1998, comm. 46, obs. Buisson.

(9) J. — P. Levy, *A propos des atteintes portées au secret par la pratique des écoutes téléphoniques judiciaires des cabinets d'avocats*, Lexbase Hebdo n° 175 du 3 juillet 2014 — édition professions (N° Lexbase : N2951BUT).

(10) Lire sur la loi, S. Grusso, *Réforme de la garde à vue : la loi du 14 avril 2011 et ses limites*, Lexbase Hebdo, n° 87 du 1 septembre 2011 — édition professions.

(11) Cass. crim., 17 septembre 2008, n° 08-85.229, F-P+F (N° Lexbase : A5077EAB).