

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

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

AVERTISSEMENT PRÉALABLE

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

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

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

Le secret professionnel de l'avocat est défini et protégé par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dans sa rédaction issue de la loi n° 97-308 du 7 avril 1997: "En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel".

La loi de procédure pénale, et non les juges, détermine les cas exceptionnels dans lesquels il est possible de prendre connaissance d'une information couverte par le secret professionnel, lors de deux actes d'enquête, la perquisition et l'interception de conversations téléphoniques.

I. La perquisition

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

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

Dans l'affaire André c/France, (24 juillet 2008, Req. 18603/03), à propos des visites domiciliaire, la Cour européenne énonce :“41. La Cour estime que des perquisitions et des saisies chez un avocat portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé” (J.B. c. Suisse, arrêt du 3 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 64 ; voir également, parmi d'autres, Funke c. France, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, § 44).

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

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

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

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

Deux éléments sont décisifs aux yeux de la Cour dans l'appréciation de la proportionnalité. D'abord comme l'a relevé le Conseil d'Etat, le fait que les avocats ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçon que dans deux cas : lorsqu'ils participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire ; lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations définies. L'obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation. Par ailleurs, la loi précise que les avocats n'y sont pas assujettis lorsque l'activité dont il est question se rattache à une procédure juridictionnelle et, en principe, lorsqu'ils donnent une consultation juridique. L'obligation de déclaration de soupçon ne touche donc pas à l'essence même de la mission de défense qui constitue le fondement du secret professionnel des avocats. Ensuite, le fait que la loi ait mis en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas directement les déclarations à Tracfln mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel ils sont inscrits. Il peut être considéré qu'à ce stade, partagé avec un professionnel soumis aux mêmes règles déontologiques et élu par ses pairs, le secret professionnel n'est pas altéré. Le président ou le bâtonnier ne transmettent la déclaration de soupçon à Tracfln qu'après s'être assurés que les conditions fixées par la loi sont remplies.

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

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

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

69. La Cour observe par ailleurs que l'ingérence avait une base légale et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir celui de la défense de l'ordre public et de la prévention des infractions pénales. La requérante ne le conteste d'ailleurs pas.⁷⁰ Quant à la question de la "nécessité" de cette ingérence, la Cour rappelle que "les exceptions que ménage le paragraphe 2 de l'article 8 appellent une interprétation

étroite et [que] leur nécessité dans un cas donné doit se trouver établie de manière convaincante" (Crémieux c. France, 25 février 1993, § 38, série A n° 256-B, Roemen et Schmit, précité, § 68, et André et autre, précité, § 40).⁷¹ Elle rappelle également que des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client (André et autre, précité, § 41). Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction. Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice (André et autre, précité, § 42).

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

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

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

I.2. Le droit interne

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

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

Désormais, après l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, l'article 56-1 du code de procédure pénale, modifié par loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des

journalistes, qui porte adjonction sur la saisie possible d'objets, dispose : "Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure [...] Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours".

1.2.1. Au plan constitutionnel

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

La question prioritaire de constitutionnalité était la suivante :

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

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

- au droit au respect de la vie privée, au secret des correspondances, découlant de l'article 2 de

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

La chambre criminelle répond :

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

1.2.2. La jurisprudence de la chambre criminelle

Sur l'application de l'article 56-1 du code de procédure pénale la chambre criminelle a, quant à elle, jugé ce qui suit, au fur et à mesure des évolutions législatives du régime de la perquisition du domicile ou du cabinet d'un avocat :- le secret professionnel de l'avocat ne s'oppose cependant pas à ce qu'une saisie porte sur des documents ne se rattachant pas à l'exercice des droits de la défense, y compris dans le cas où elle ne tendrait pas à établir la participation de l'avocat à la commission de l'infraction (Crim 9 février 1988, Bull n° 63, 5 juillet 1993, Bull n° 236 - 7 mars 1994, Bull n° 87 - 30 juin 1999, Bull n° 172), - si le juge d'instruction est, selon l'article 96 du code de procédure pénale, investi du pouvoir de saisir les objets et documents utiles à la manifestation de la vérité, ce pouvoir trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure pénale et qui commande de respecter les communications confidentielles des inculpés avec les avocats qu'ils ont choisis ou veulent choisir comme défenseurs.

La saisie des correspondances échangées entre un avocat et son client ne peut, à titre exceptionnel, être ordonnée ou maintenue qu'à la condition que les documents saisis soient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction. (Crim 12 mars 1992, Bull n° 112)

- la saisie ne peut toutefois être justifiée par la seule affirmation qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense, la décision devant être motivée sur ce point (Crim, 6 février 1997, Bull n° 55), - si, selon les principes rappelés par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les

correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d'instruction tient de l'article 97 du code de procédure pénale le pouvoir de les saisir dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense (notamment, Crim 7 mars 1994, Bull n° 87 ; 18 Juin 2003, Bull n° 129) ou qu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (Crim 18 juin 2003, Bull n° 03~81.979).

- le secret professionnel des avocats ne met pas obstacle à ce que soient autorisées la visite de leurs locaux et la saisie de documents détenus par eux, dès lors que le juge a trouvé, dans les informations fournies par l'administration requérante, les présomptions suffisantes d'infraction pénale mentionnées dans son ordonnance (Crim 10 décembre 2002, n° 01~85.000),

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

- il incombe au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56~I du code de procédure pénale, afin de rechercher si la saisie de données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense (Crim 8 août 2007, Bull n° 188),

- il résulte de l'article 56-I du code de procédure pénale que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

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

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

En cas de saisie au cabinet ou au domicile d'un avocat, le juge des libertés et de la détention,

qui doit veiller à ne pas porter atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, ne peut, comme le prévoit l'article 56-1 précité, qu'ordonner la restitution des documents saisis ou leur versement immédiat en procédure. En conséquence, encourent également la cassation les motifs par lesquels la chambre de l'instruction, pour rejeter un moyen de nullité tiré de ce que le juge des libertés et de la détention avait décidé que l'ouverture de scellés, relatifs à des ordinateurs et à un disque dur, et la lecture des documents seraient effectuées par le magistrat instructeur, assisté d'un expert par lui commis et en présence du bâtonnier ou de son délégué, retient que ces conditions ont été sollicitées par le bâtonnier et acceptées par le mis en examen, alors qu'il appartenait au seul juge des libertés et de la détention, fut-ce en recourant lui-même à la mesure technique envisagée, de prendre connaissance des documents saisis et de décider s'ils devaient être restitués ou versés au dossier de la procédure (Crim 25 juin 2013, Bull n° 155),

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

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

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

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

2. Les interceptions de conversations téléphoniques

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

Les communications téléphoniques entrent, selon la Cour européenne, dans la sphère de la vie privée et des correspondances, au sens de l'article 8 de la Convention (Malone c/RU 2 août 1984, Kruslin et Huvig 24 avril 1990, Kopp c/Suisse 25 mars 1998, n°23224/94, Lambert c/France 24 août 1998). Elles doivent être prévues par la loi, être limitées dans le temps, être opérées pour des infractions dont la gravité est précisée, être placées sous le contrôle d'un juge, répondre à un but légitime, être nécessaires dans une société démocratique, en particulier à la défense de l'ordre, de la sûreté publique ("La question qui se pose est donc celle de savoir si pareille ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre le but légitime poursuivi dans les circonstances particulières de l'affaire. En particulier, il s'agit de vérifier si la législation et la pratique internes ont offert des garanties suffisantes contre les abus et l'arbitraire").

Sous l'angle de l'article 6 de la Convention, la protection du secret de la défense constitue une composante essentielle du procès équitable. A ce titre, " l'impossibilité de s'entretenir hors de portée d'écoute des autorités, lorsqu'elle concerne tous les contacts du mis en cause avec ses avocats" entraîne une grave atteinte pour les droits de la défense (Ocalan c/ Turquie, 12 mai 2005, 46221/99). "La protection du secret professionnel est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé" (André c. France, 24 juillet 2008 précité).

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

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

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

La Cour européenne des droits de l'homme :- constate une ingérence de l'État portant atteinte au droit à la vie privée et familiale de l'avocat;- estime que, si le droit roumain prévoit l'utilisation

d'écoutes téléphoniques dans certaines conditions, rien n'était prévu concernant la situation de personnes qui ne sont pas visées par l'autorisation d'interception mais écoutées par ricochet;- relève que ces écoutes avaient pour but de permettre la manifestation de la vérité dans le cadre d'une procédure pénale;- considère qu'une personne qui fait l'objet d'écoutes par ricochet doit pouvoir bénéficier d'un "contrôle efficace" pour pouvoir les contester. En l'occurrence, le tribunal qui a ordonné les écoutes n'a pas examiné leur nécessité le concernant a priori et le requérant n'avait à sa disposition aucun recours a posteriori pour faire contrôler les enregistrements.

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

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

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

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

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

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

2.2. Le droit interne

2.2.1. La législation

Les articles 100, 100-5 et 100-7 du code de procédure pénale disposent :- article 100 : "En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle. La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours ;

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

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

Le dispositif du code de procédure pénale prévoit donc que :

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

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

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

Dans son avis relatif aux mérites d'un pourvoi formé par un avocat du barreau de Paris et ayant donné lieu à l'arrêt du 22 mars 2016 (cf infra), le premier avocat général François Cordier s'est exprimé ainsi :«La loi n'instaure au bénéfice des personnes qui exercent la profession d'avocat

aucune immunité. Elles peuvent être placées sous surveillance téléphonique si la recherche de la manifestation de la vérité le rend nécessaire. On observera, en premier lieu, que les conversations que l'avocat peut tenir ne relèvent pas toutes de son activité professionnelle, celui-ci a une vie privée. En second lieu, un avocat peut en effet être impliqué dans une affaire de blanchiment, de complicité de fraude fiscale, ou d'abus de biens sociaux. Il peut, aussi, en dehors de son activité professionnelle, commettre des délits voir un crime. Imaginerait-on que l'on ne puisse pas, si les circonstances l'imposent, et, indépendamment de l'existence d'indices préalables, placer sous surveillance téléphonique un avocat dont la femme aurait disparu dans des conditions inquiétantes ? L'article 100-7 du code de procédure pénale ne pose à cet égard que la condition que le bâtonnier de l'ordre des avocats soit avisé concomitamment à la décision de mettre en oeuvre une surveillance".

2.2.2. La jurisprudence de la chambre criminelle

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

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

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

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

l'avocat à une activité délictueuse, non établie en l'espèce.

S'agissant de la question de la captation d'une conversation d'un avocat intervenant fortuitement sur une ligne surveillée, dans un premier temps, la Chambre criminelle, si elle a retenu que le principe de libre communication entre un avocat et une personne mise en examen ou un client fait obstacle à l'interception de leurs correspondances, a limité cette prohibition à leurs échanges : "... la règle de libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, interdit l'interception des correspondances ou communications téléphoniques échangées entre eux, à l'exclusion de tous autres" (Crim 10 mai 1994, Bull n° 180) ; "la liberté de communication entre l'avocat et son client... ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoutes téléphoniques le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce proche avec l'avocat de cette personne" (Crim 8 octobre 1997, n° 97~82.903 et n° 97-82.481 ; Crim 30 sept. 1998, n° 98-81.951).

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

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

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

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

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

que n'étaient pas en cause les droits de la défense, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués”.

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

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

Enfin, dans un arrêt du 22 mars 2016 (n° 15-83,205, Bull n° 93), la chambre criminelle a précisé que, s'agissant des relations d'un avocat avec son bâtonnier, “même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation téléphonique dans laquelle un avocat placé sous écoute réfère de sa mise en cause dans une procédure pénale à son bâtonnier ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, à moins qu'elle ne révèle un indice de participation personnelle de ce bâtonnier à une infraction pénale”.