

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

**Intervenant: Me Basile ADER** – Vice - Bâtonnier élu de Paris

## **1/ Le secret professionnel de l'avocat en droit français est à géométrie variable.**

Si on le prend du côté des obligations personnelles de chaque avocat, il est absolu. Tout avocat, sauf pour l'exercice des droits de la défense de son client et très exceptionnellement s'il doit lui-même se défendre contre ce propre client pour justifier de son travail (procès responsabilité et taxation d'honoraires) ne peut, en aucun cas, révéler ce qui lui a été confié par son client.

Cette obligation existe même lorsque l'avocat n'a échangé que quelques minutes avec un nouveau client sur les projets de celui-ci, et qui apprend qu'il existe un conflit d'intérêt avec l'un de ses propres clients. Alors même qu'il a aussitôt mis fin à l'entretien, tout ce qu'il a pu apprendre pendant ces quelques minutes est couvert par le secret. Il ne peut pas en aviser son propre client, alors même qu'il est tenu à son égard à une parfaite loyauté et une obligation de conseil. C'est dire si cette obligation de secret professionnel s'impose avec beaucoup de force à tous les avocats (et aux personnels qui travaillent avec lui). C'est une obligation dont le non-respect est sanctionné pénalement.

Par contre, si l'on se place sur le terrain du droit que pourrait revendiquer un avocat au secret professionnel, le spectre se rétrécit considérablement. Il n'est plus alors envisagé par l'autorité publique, s'agissant d'un secret qui s'appliquerait cette fois-ci in rem, c'est-à-dire aux éléments, documents, notes, correspondances, échanges téléphoniques et autres, qu'à l'aune des dispositions du code de procédure pénale ; lesquelles encadrent les écoutes téléphoniques et les perquisitions dans les cabinets d'avocats. Selon l'interprétation qu'en donne la chambre criminelle de la Cour de cassation, le secret professionnel ne s'applique plus alors qu'aux échanges ressortant très strictement de l'exercice des droits de la défense ; ce qui suppose qu'une procédure pénale soit mise en œuvre et que l'avocat en question soit bien celui qui est désigné pour la défense de son client, et uniquement de celui-ci.

Il convient, à ce stade, de rappeler que le secret professionnel, comme l'exercice des droits de la défense ne sont pas des droits que l'avocat revendique pour lui-même, mais sont bien des droits du citoyen dans un état démocratique, lequel a droit à la confidentialité de tout ce qu'il a pu confier à son avocat. A ce titre, le secret professionnel, comme les droits de la défense sont des apanages du citoyen.

## **2/ La tentative d'encadrement par le législateur**

Avant d'examiner plus avant la jurisprudence de la chambre criminelle sur le terrain des écoutes téléphoniques, qu'il m'appartient de rappeler, il convient de dire que le législateur a tenté d'encadrer et d'assurer aux avocats cette sphère de protection, dans les rédactions successives

des dispositions de la loi du 31 décembre 1971 sur la profession d'avocat en l'occurrence de son article 66-5.

Cet article 66-5 dans sa version initiale issue de la loi du 31 décembre 1990 disposait : « *les consultations adressées par un avocat à son client, et les correspondances échangées entre son client et son avocat, sont couverts par le secret professionnel* ».

La définition semblait suffisamment claire et large. Pour autant il est apparu très vite qu'il fallait la compléter pour tenter de contrecarrer les appétits des enquêteurs et juges d'instruction qui ont vite vu que, dans cette définition, ne figurait pas l'activité de « conseil » de l'avocat.

Cela a conduit le législateur à préciser les termes de l'article 66-5 dans la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale. La rédaction fut alors la suivante : « *En toute matière, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, et les correspondances échangées entre son client et son avocat, sont couverts par le secret professionnel* ».

Ce n'est pas l'obligation personnelle de l'avocat que visait alors le législateur, mais bien qu'il entendait opposer une protection contre les curiosités des autorités publiques. L'adjonction des mots « en toute matière » était de nature à clarifier le sens et la portée du texte de 1990, de même que la précision selon laquelle étaient également protégées « les consultations », que l'on a trop souvent saisies lors de perquisitions pour incriminer tant le client que l'avocat au titre d'une complicité, comme on a pu le voir en matière fiscale...

Pour autant, la Cour de cassation n'a jamais examiné le droit des enquêteurs à l'aune de ce texte. Elle s'est borné à interpréter les dispositions du code de procédure pénale. Ce qui a amené le législateur une troisième fois à modifier son texte, en l'occurrence dans la loi du 28 mars 2011 sur la modernisation des professions judiciaires et juridiques et de certaines protections réglementées, en posant que l'article 66-5 serait rédigé de la manière suivante : -c'est la rédaction toujours en vigueur- : « *En toute matière, 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 son client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle, notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couverts par le secret professionnel* ».

Il semblait alors acquis qu'était dès lors posée une règle intangible imposant que doit demeurer couvert par le secret tout ce qui ressortait aux relations entre l'avocat et son client.

### **3/ Abordons à présent la question sous l'angle de l'interception des communications téléphoniques.**

La règle est en l'occurrence posée à l'article 100-5 alinéa 3 du code de procédure pénale qui pose que : « *A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense...* ».

Ce texte n'interdit pas les écoutes ou les interceptions. Il réglemente uniquement la transcription pour n'écarter que celles qui ressortent à « l'exercice du droit de la défense ».

S'agissant des interceptions, la seule bémol qu'apporte la loi c'est celle qui vise directement les lignes de l'avocat (cabinet, domicile, mobile). La loi du 8 juillet 1995 a précisé, à l'article 100-7.2ème alinéa du code de procédure pénale, que : « *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* ».

Il n'est pas dit ce que le bâtonnier peut faire de cette information. Selon l'unanimité de la doctrine, il n'est pas question pour celui-ci d'en informer aussitôt le confrère, cela paraît aller de soi. Il reste qu'aucun texte ne viendrait réprimer un tel agissement...

Selon l'usage, cette information permet seulement au bâtonnier s'il estime –sans toutefois avoir connaissance du dossier – qu'une telle écoute serait illégitime, parce que rien ne viendrait justifier des soupçons suffisamment sérieux à l'encontre de l'avocat écouté, mais qu'il pourrait y avoir d'autres motivations, notamment politiques, d'en aviser le procureur général, voire le président du tribunal.

#### **4/ L'interprétation de la cour de cassation**

Selon l'indication qu'en donne la jurisprudence de la Cour de cassation, tel que rappelé par cette dernière dans son refus de transmettre une QPC (cass. crim. 06 avril 2016 n°15-86-043) la règle jurisprudentielle est la suivante : « *les dispositions de l'article 100 du code de procédure pénale n'excluent pas la possibilité d'une interception inopinée d'une conversation entre un avocat avec son client, à l'occasion d'une écoute d'une ligne dont l'avocat n'est pas titulaire, sa transcription ne peut être réalisée qu'à titre exceptionnel s'il existe contre l'avocat des indices de participation liée à une infraction, l'annulation des actes de transcription devant être prononcée en l'absence de tels indices* ».

Il faut donc comprendre de l'ensemble de ces règles et de cette jurisprudence que s'agissant de l'interception, voire de la transcription, de conversations qu'un avocat tient avec son client, qui serait interceptée depuis les lignes de l'avocat, il suffit juste que le bâtonnier en ait été avisé sans que ce dernier ne puisse rien faire, pour empêcher ces écoutes, sauf abus manifeste.

S'agissant des écoutes « inopinées » des conversations entre un avocat et son client depuis les lignes de ce dernier, elles ne sont pas interdites, mais leur transcription n'est possible que si elles révéleraient que l'avocat lui-même a participé aux infractions.

Bref, en tous les cas on peut écouter ce qu'un avocat dit à son client, mais on ne peut s'en servir que si ces écoutes révéleraient que l'avocat sort de son rôle pour devenir une forme de complice.

Rappelons enfin la jurisprudence :

- « Le pouvoir du juge d'instruction 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. Il ne peut être dérogé à ce principe qu'à titre exceptionnel, s'il existe entre l'avocat des indices de participation à une infraction » (Crim. 15 janvier 1997 bull. crim. n°14).
- « La liberté de communication entre l'avocat et son client qui entraîne l'interdiction d'intercepter les correspondances ou les communications téléphoniques qu'ils échangent, ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoute téléphonique le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce dernier avec l'avocat de la personne » (Crim 30 septembre 1997 Bull. Crim. n° 243)
- « La captation et la transcription de conversations téléphoniques échangées entre un avocat et son client sont régulières dès lors que le contenu de celles-ci est de nature à faire présumer de la participation de cet avocat à une infraction, les droits de la défense n'étant pas alors en cause » (Crim. 14 novembre 2001 Bull. Crim. n°238)
- « Aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement, et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers. Le texte qui interdit l'interception de correspondance ou de communication téléphonique échangées entre eux, ne fait pas obstacle à l'interception des communications d'un proche de cette personne avec l'avocat de celui-ci » (Crim. 10 mai 1994 Bull. Crim n°180) « sauf si l'avocat est aussi le défenseur de ce proche en l'occurrence le père des mis en examen » (Crim. 18 janvier 2006)

Sur cette règle on peut considérer que limiter à la seule personne mise en examen laquelle est quelquefois détenue préventivement les relations tenant à l'exercice des droits de la défense est contestable. Le plus souvent on échange avec ses proches pour l'organisation de sa défense dans des conditions de confidentialité identiques sur le terrain de l'obligation de secret professionnel de l'avocat ; lequel qui devrait pareillement s'imposer aux juges, car ils s'inscrivent effectivement et strictement dans l'exercice des droits de la défense.

- « Le juge d'instruction peut ordonner la captation et la transcription des conversations téléphoniques d'un avocat et de son client, dès lors que le contenu des conversations transcrites était de nature à contribuer à la manifestation de la vérité sur la participation de l'avocat aux infractions qui lui étaient reprochées et que les droits de la défense n'étaient pas en cause. » (Crim. 14 novembre 2001 Bull : Crim. n°238)
- Et enfin « Le principe de 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 ; tel est le cas lorsque les propos tenus par l'avocat étaient partie propre à faire présumer la commission par ce dernier de la

*violation du secret professionnel et pour les autres pouvait constituer une outrage à magistrat » (Crim. 1er octobre 2003 Bull. Crim n° 177).*

- Enfin, le dernier arrêt qui a statué sur cette question a été rendu par la Chambre criminelle le 15 juin 2016. Il est plutôt plus rassurant que ses prédécesseurs, la Cour de cassation casse un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel qui avait refusé d'annuler certains actes d'enquête *« notamment le procès-verbal relatif à la surveillance mise en place devant le cabinet de l'avocat, alors qu'elle a prononcé l'annulation des procès-verbaux de transcription des conversations téléphoniques entre l'avocat et son client, comme ne révélant pas de contenu de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction »*. En effet, *« 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 la participation de l'avocat à une infraction, l'existence de ceux-ci ne pouvant se déduire d'éléments postérieurs »*. (Cass. Crim. 15 juin 2016 n° 15-86.043).

\*\*\*

Voilà c'est donc l'état du droit. Il ne nous paraît à ce stade très satisfaisant, car il autorise donc les écoutes téléphoniques des avocats, même s'il limite la possibilité de retranscrire les propos –c'est-à-dire s'en servir comme preuve pour les poursuites- que dans le cas où ces écoutes révéleraient des indices de participation de cet avocat à l'infraction.

Il serait très souhaitable qu'en application des dispositions de la loi de 1971, telles que récemment encore modifiées, les juges s'inspirent du système américain, lequel interdit –à peine de poursuites- de telles écoutes, dès lors que le numéro de téléphone appartient à un avocat.

La même difficulté vise pour les perquisitions et c'est ce dont va nous parler à présent Vincent Nioré.