

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

Intervenant: M. Eric RUSSO – Premier vice-procureur au Parquet National Financier – TGI Paris

I - Le secret professionnel de l'avocat est-il encore un obstacle à l'enquête ?

Le secret professionnel de l'avocat doit-il être considéré comme absolu ?

Pour rappel, le respect du secret professionnel est d'abord un devoir pour l'avocat. Avant d'être un droit le respect du secret professionnel est pour l'avocat une obligation légale dont la violation est sanctionnée pénalement (art 226-13)

Art. 226-13 Code Pénal : "*La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état, soit par profession, soit en raison d'une mission ou d'une fonction temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.0000 euros d'amendes*".

La protection qui en résulte est accordée au client, de par l'obligation légale de confidentialité à laquelle l'avocat est soumis. Elle s'explique par la nécessité que le client puisse se confier totalement.

Il revêt une force particulière dans la mesure où il trouve ses fondements non seulement dans les articles 2 de la DDHC 1789 et 8 de la CESDH (droit à la vie privée), mais également dans les articles 16 DDHC et 6 CESDH affirmant le droit au procès équitable.

La CEDH a ainsi indiqué qu'il est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client, sa protection ayant pour corollaire le droit de ce client de ne pas contribuer à sa propre incrimination (CEDH 24 juillet 2008 André C/France)

Pour autant, le Conseil constitutionnel a refusé de donner une valeur constitutionnelle au secret professionnel (cf. Cons. const., 24 juill. 2015, QPC n° 2015-478 . – Cons. const., 5 août 2015, déc. n° 2015-715 DC).

Quid du maintien de ce principe face à l'intervention judiciaire dans un cadre pénal, singulièrement celle du parquet ou du juge d'instruction ?

L'étendue du secret professionnel de l'avocat

Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 septembre 1971 : A cet égard, il est souvent affirmé que les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 fixeraient les limites des atteintes possibles au secret professionnel de l'avocat.

Et, puisqu'elles indiquent que celui-ci s'applique aux confidences qu'il a reçues dans le cadre de sa

mission de « conseil » comme dans l'exercice des « droits de la défense », que ces dispositions seraient donc de nature à conférer un caractère absolu à la protection qui en résulte.

1.- Aux termes de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 septembre 1971, "en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou 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, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel".

1^{er} élément : il est faux d'affirmer que le secret professionnel de l'avocat est absolu. La première illustration de ce caractère non absolu est que le code de procédure pénale lui-même prévoit et organise la possibilité de perquisitionner le cabinet et le domicile d'un avocat, opérations au cours desquelles le magistrat du parquet ou le magistrat instructeur prendra nécessairement connaissance de documents confidentiels, sans quoi ces opérations seraient sans intérêt.

Il en va de même de la possibilité de placer les lignes téléphoniques utilisées par un avocat sous écoute.

En réalité, les dispositions de la loi de 1971 fixent le champ du secret professionnel mais n'ont ni pour objet, ni pour effet de fixer les cas et les conditions dans lesquelles il peut y être porté atteinte. Il ne s'agit d'ailleurs en aucun cas de dispositions de procédure pénale.

En revanche, il est vrai que compte tenu de la nature particulière des missions exercées par l'avocat, les atteintes qui sont susceptibles d'être apportées au secret professionnel sont encadrées par une procédure particulière.

C'est à partir de ces dispositions et des dispositions conventionnelles, en particulier la CEDH, que la jurisprudence de la Cour de cassation a fixé les règles applicables aux atteintes à la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client. Ces atteintes doivent être guidées par le principe de proportionnalité.

La jurisprudence de la Cour de cassation semble procéder à cet égard de la confrontation entre deux principes : l'objectif de recherche de la vérité et le respect des droits de la défense

Schématiquement, la Cour de cassation distingue selon que l'avocat peut lui-même, ou ne peut pas, être soupçonné d'avoir participé comme auteur ou complice à la commission de l'infraction.

A cet égard, il faut rappeler qu'appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 56-I dans le cadre d'une QPC libellée comme suit :

"L'article 56-I 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 Cour de cassation a implicitement rejeté l'interprétation selon laquelle les perquisitions seraient limitées aux seuls cas dans lesquels l'avocat est impliqué dans la commission d'une infraction :

"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).

- lorsque l'avocat n'est pas soupçonné d'être lui-même impliqué : la chambre criminelle distingue selon que les pièces dont la saisie est envisagée se rapportent à l'activité de conseil ou à celle de défense.

Jurisprudence constante de la chambre criminelle à cet égard depuis de nombreuses années.

*Seule la saisie des pièces se rapportant à l'activité de conseil est possible, si cette saisie présente

un intérêt au regard de la manifestation de la vérité (principe de proportionnalité).

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)

*En revanche, si les pièces se rapportent à l'activité de défense, le principe des droits de la défense fait obstacle à leur saisie, fussent-elles utiles à la manifestation de la vérité.

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.

On voit bien ici que la solution résulte en fait de la confrontation entre les principes de recherche de la vérité et celui de protection des droits de la défense.

On retrouve cette même distinction tant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que dans celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

Lorsqu'elles sont appelées à apprécier la proportionnalité d'une atteinte portée au secret professionnel de l'avocat, les deux juridictions européennes prennent en considération l'activité à l'occasion de laquelle cette atteinte a été portée. Ainsi, dans un cas où l'avocat n'était pas lui-même soupçonné d'avoir participé à la commission de l'infraction, la Cour européenne des droits de l'homme a admis que puissent être prises des mesures portant atteinte au secret professionnel dès lors qu'elles poursuivaient l'un des buts légitimes énumérés par le paragraphe 2 de l'article 8 de la CESDH - au nombre desquels la recherche des auteurs d'infractions - et que l'avocat se trouvait dans "l'exercice d'activités éloignées de la mission de défense" qui lui était confiée (CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c/ France*).

La Cour de justice de l'Union européenne a pareillement jugé que les obligations imposées aux avocats par la directive dite "blanchiment" du 10 juin 1991 ne heurtaient pas les règles du procès équitable dès lors qu'ils en étaient exonérés lorsque leur intervention se rattachait à leur mission de défense (CJCE 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophone et germanophone*, n C- 305/05).

Il faut noter que ces décisions incitent par ailleurs à considérer que la notion d'exercice des droits de la défense ne doit pas être réduite à l'exercice de poursuites pénales mais recouvre également la défense qui s'exerce dans le cadre de poursuites par un régulateur ou à l'occasion d'une procédure fiscale.

En pratique, au-delà de cette distinction formelle entre activité de conseil et exercice des droits de la défense, la question n'est pas simple à trancher car la délimitation entre ces deux activités n'est pas toujours claire.

On peut d'ailleurs retrouver dans un même document ou dans un même courriel l'une et l'autre. Comment procéder alors ? Faut-il prendre l'initiative de annuler une partie du document ?

A partir de quel stade est-on dans l'exercice des droits de la défense ? Quitte-t-on alors la sphère du conseil ?

Cette distinction demeure-t-elle également lorsqu'il s'agit d'un document découvert et saisi chez un tiers, mais dont on ne connaît pas nécessairement les conditions dans lesquelles ce tiers l'a obtenu (de sorte que la rupture de confidentialité qui résulte de la transmission à un tiers doit être envisagée).

En tout état de cause, c'est au magistrat qui opère la saisie de motiver celle-ci au regard de l'atteinte qui est portée au secret professionnel et des nécessités de la manifestation de la vérité.

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),

- dans le 2nd cas, celui dans lequel est soupçonnée la participation de l'avocat à la commission de l'infraction comme auteur ou complice, la solution est assez simple : la distinction exposée précédemment tombe et il peut alors être procédé à sa saisie, qu'elle se rapporte à l'activité de conseil ou à l'activité de défense de l'avocat.

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 1^{er} mars 2006, Bull n° 60),

Cette solution s'applique également en matière d'interception de correspondances (Crim. 1^{er} oct. 2003, B. n 177 ; 15 juin 2016, n 15-86.043, P.) (Crim. 12 mars 1992, B. n 112 ; 20 janv. 1993, B. n 29 ; 26 juin 1995, B. n 235 ; 5 oct. 1999, B. n 206 ; 27 juin 2001, B. n 163 ; 14 nov. 2001, B. n 238 ; 18 juin 2003, B. n 129 ; 1^{er} mars 2006, B. n 60).

Elle est également retenue par la Cour européenne des droits de l'homme (v. not. : CEDH 23 nov. 2010, Moulin c/ France, § 72 à 75).

Il - En pratique, la question qui se pose ensuite est de savoir dans quels cas décide-t-on de perquisitionner un cabinet d'avocats voire son domicile ?

A l'évidence, si l'on parle de la saisie de correspondances échangées entre un avocat et son client, les chances de retrouver trace de ces échanges sont a priori aussi fortes chez le client que chez l'avocat.

Il n'aura donc échappé à tous que dans la plupart des cas, la première perquisition qui est effectuée l'est d'abord chez le client, particulier ou entreprise.

Il en va de même des interceptions de communications téléphoniques.

S'agissant des perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocats, il ne s'agit pas d'aller à la pêche aux informations, sorte de fishing expedition déguisée, pour trouver des preuves contre le client.

C'est sans doute ce qui explique que, somme toute, les perquisitions visant des avocats sont assez rares.

Généralement ces perquisitions sont réalisées sans le consentement de l'avocat concerné. Pour y procéder, obligation pour le parquet d'obtenir une autorisation préalable du JLD sur la base de réquisitions motivées indiquant quelles sont les infractions sur lesquelles porte l'enquête.

Evidemment au cours de l'enquête, et notamment en début d'enquête, la notion d'indices peut être appréciée de manière plus ou moins souple, mais je peux vous confirmer qu'à ce sujet les JLD du TGI Paris exercent un véritable contrôle.

II - Question de l'étendue de la saisie en matière de données informatiques = la possibilité de saisie est-elle limitée à ce qui est strictement lié aux investigations (principe de proportionnalité) ?

Seuls les éléments utiles à la manifestation de la vérité devraient pouvoir faire l'objet d'une saisie. Toutefois, compte tenu des défis techniques auxquels sont souvent confrontés les enquêteurs dans la collecte des données informatiques (système de sécurité, indivisibilité de la messagerie, volume considérable des données, etc), l'application de ce principe est limitée par des obstacles techniques.

Et elle entre par ailleurs en conflit avec la règle édictée à l'article 76-1 qui impose au magistrat de prendre les mesures nécessaires pour assurer le libre exercice de la profession d'avocat. Quid d'une perquisition qui bloquerait cet exercice pendant plusieurs jours si l'on décidait d'une saisie document informatique / document informatique plutôt que d'une saisie en bloc ?

Arrêt chambre commerciale de la Cour de cassation 2016 rendu en matière de visite domiciliaire par l'administration fiscale valide le principe de la saisie en bloc :

Le contenu d'une messagerie est "indivisible et insécable". Pour les magistrats, le contenu d'une messagerie n'est pas susceptible d'être trié lors d'une perquisition. Ils rejettent l'argument selon lequel le moteur de recherche particulier qu'utilise l'administration permettrait au contraire d'isoler les courriels susceptibles de l'intéresser, sans qu'il soit nécessaire qu'elle prenne connaissance des autres. Tous les documents contenus dans un support indivisible peuvent être saisis, disent-ils, même si seulement "certains d'entre eux se rapportent, au moins en partie", à la fraude recherchée. C'est ensuite au contribuable de prouver quels éléments du fichier seraient insaisissables, et pour quelle raison. (Cass. Com, 8.3.2016, K 14-26.929).

- La question est de savoir comment concilier cette jurisprudence avec celle également de la cour de cassation au terme de laquelle, lorsque la saisie est impossible, que la violation du secret est réalisée dès la saisie ;

- la question sous-jacente est celle de l'inadaptation des dispositions actuelles, qui sont prévues pour des saisies de documents papiers, avec le fait que désormais l'essentiel des perquisitions porte sur des éléments numériques (messageries, données stockées en dur sur les ordinateurs ou les réseaux ou encore dans le cloud, ou sur des serveurs à l'étranger).

D'où copies souvent extrêmement larges.

Mais risque = saisir des données qui ne devraient pas l'être soit parce qu'elles sont sans rapport avec l'objet des investigations, soit parce qu'elles sont relatives à l'exercice des droits de la défense.

Or saisie d'un bloc empêche par la suite de retirer du scellé ce qui a été saisi.

Nécessité d'une évolution de la procédure afin de tenir compte de cette nouvelle problématique.