

La confidentialité des communications entre l'avocat et son client : un (nécessaire) état des lieux

Pascal Dourneau-Josette, Ancien avocat au Barreau de Paris, Juriste à la Cour européenne des droits de l'homme

Le 18 janvier 2006, la Cour de cassation a rendu un arrêt remarqué par les professionnels du droit, concernant le principe de confidentialité des correspondances entre un avocat et son client (Cass. crim., 18 janv. 2006, n° 05-86.447, AJ Pénal 2006, p. 126, obs. C. Girault¹). La solution retenue par la Chambre criminelle réaffirme la nécessité de respecter le secret professionnel de l'avocat et applique le principe de confidentialité aux propos échangés entre les proches d'une personne mise en examen et l'avocat de celle-ci. Revirement ou simple « recadrage » d'une jurisprudence dont l'évolution suscitait un certain nombre d'interrogations, voire de craintes et de critiques de la part des professionnels concernés (et de leurs clients), cet arrêt a été accueilli avec soulagement et satisfaction. Le moment est donc venu de broser un rapide portrait de l'état du droit positif quant à l'application de ce principe.

Le principe : la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client

Le principe de confidentialité est consacré par les dispositions de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (modifié par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004). Cette disposition légale est exempte d'ambiguïté, puisqu'elle précise que la règle du secret professionnel s'applique en toutes matières, dans le domaine de la défense mais aussi du conseil, pour les consultations de l'avocat, les correspondances échangées entre le client et son avocat, ainsi qu'entre ce dernier et ses confrères, les notes d'entretien et... toutes les pièces du dossier ! Récemment, la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales (n° 2005-1549) a inséré un nouvel alinéa dans l'article 100-5 du code de procédure pénale, lequel interdit désormais les transcriptions des correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense. On serait donc tenté d'en déduire que le secret est absolu : comme nous le verrons, il n'en est rien.

Du côté de Strasbourg, la Cour EDH estime que le droit pour un accusé de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6 § 3 c) de la Convention ; elle admet cependant des restrictions pour raisons valables, se réservant le droit de vérifier, dans chaque cas, si elles ont privé l'accusé d'un procès équitable (arrêts *S. c/ Suisse*, 28 nov. 1991, série A, n° 220, p. 16, § 48 ; arrêt *Brennan c/ Royaume-Uni*, n° 39846/98, §§ 38-40 et 58, CEDH 2001-X ; *Ocalan c/ Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, § 133, CEDH 2005-...). S'agissant plus particulièrement de l'interception des correspondances, la Cour veille au respect scrupuleux des dispositions de l'article 8 de la Convention qui garantit le droit à leur respect pour toute personne, qu'il s'agisse de conversations téléphoniques (V. *Ecoutes téléphoniques judiciaires* ; § 98 et s.) ou de documents écrits (V. parmi d'autres, l'arrêt *Roemen et Schmit c/ Luxembourg*, n° 51772/99, CEDH 2003-IV ; la Cour est actuellement saisie de requêtes portant sur des perquisitions et saisies effectuées dans des cabinets d'avocats pris ès-qualité : *Turcon c/ France*, n° 34514/02 - mesures diligentées dans le cadre d'une information judiciaire ; *André et autre c/ France*, n° 18603/03 - visite domiciliaire par des fonctionnaires sur autorisation du JLD - V. Rép. pén. Dalloz, Juge des libertés et de la détention, §§ 90 et s. et § 106 et s.).

Les tempéraments législatifs et jurisprudentiels

La portée d'un principe se mesure à l'aune de ses exceptions.

L'arsenal législatif

La loi organise les circonstances dans lesquelles il peut être dérogé au principe. L'article 56-1 du code de procédure pénale délimite ainsi le cadre légal pour les perquisitions au cabinet ou au domicile d'un avocat et les saisies de documents (la loi du 12 décembre 2005 précitée a également renforcé les garanties en la matière). L'article 100-7, alinéa 2, pose quant à lui une condition à l'interception des correspondances téléphoniques sur la ligne du cabinet d'un avocat ou de son domicile, à savoir l'information du bâtonnier (V. Ecoutes téléphoniques judiciaires, §§ 58-59). *Quid* si les interceptions de conversations téléphoniques interviennent dans le cadre d'écoutes effectuées sur la ligne non pas de l'avocat, mais de son client ou d'un tiers ? Le principe posé par l'article 66-5 de la loi de 1971 semble alors commander de ne pas transcrire les conversations entre l'avocat et son client. La jurisprudence apporte une réponse plus nuancée.

La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

La participation de l'avocat à une infraction

Le principe de confidentialité a vocation à s'appliquer tant que l'avocat respecte ses obligations légales et déontologiques : s'il existe des indices de sa participation à une infraction (*a fortiori* si des éléments la caractérisent), la transcription de la conversation et son versement au dossier n'encourent pas la nullité. La Cour de cassation exige néanmoins des juridictions d'instruction qu'elles justifient de l'existence de tels indices. Ces derniers doivent tout d'abord exister au moment où le juge ordonne l'interception s'il ordonne la mise sur écoutes des lignes professionnelles et/ou personnelles d'un avocat (Cass. crim., 15 janv. 1997, Bull. crim., n° 14 ; Procédures 1997, comm. 126, obs. J. Buisson ; Dr. pénal 1997, comm. 55, note A. Maron). Ils doivent également être plausibles, le juge d'instruction ne pouvant ni user d'approximations ni utiliser un prétexte fallacieux, ce que la Cour de cassation a clairement signifié :

le fait qu'un avocat déjeune en compagnie de son client et de fournisseurs de voitures volées, ce qui, aux yeux d'une cour d'appel traduit un comportement, sinon peu conforme aux exigences de dignité et de délicatesse de sa profession, du moins imprudent, n'établit pas l'existence d'indices de sa participation à une infraction (Cass. crim., 15 janv. 1997, précité) ;

il en va de même en cas de conversation codée entre l'avocat et son client (Cass. crim., 8 nov. 2000, Bull. crim., n° 335 ; D. 2002, Somm. p. 856, obs. B. Blanchard), bien que le procédé soit surprenant, pour ne pas dire suspect, et alors même que les propos sont incompréhensibles (ce que le juge ne comprend pas ne pourrait porter atteinte aux droits de la défense). Dans son arrêt du 8 novembre 2000 précité, visant la loi de 1971, l'article 100-5 du code de procédure pénale et les articles 6 § 3 et 8 de la CEDH, la Chambre criminelle casse l'arrêt d'appel par une motivation en deux temps. Premièrement, elle rappelle le principe et son exception : la transcription et le versement au dossier de la conversation entre le client et son avocat ne peuvent intervenir que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction. En conséquence, dans un deuxième temps, elle écarte les motifs des juges d'appel, puisque la conversation n'était pas de nature à établir une telle présomption ;

peu importe également que la chambre de l'instruction relève que les avocats n'étaient pas encore désignés (ce qui était contesté) et que la mise en examen ultérieure de leur client n'était pas fondée sur les écoutes : là encore, la justification avancée par les juridictions d'instruction est étrangère à l'obligation d'expliquer la participation présumée de l'avocat à une infraction (Cass. crim., 21 mai 2003, n° 02-86819 ; Dr. pénal 2003, comm. 21) ;

en cas de saisie de correspondances entre une personne mise en examen et son avocat, les conséquences seront les mêmes dès lors que leur contenu est de nature à caractériser la participation de l'avocat à une infraction (Cass. crim., 5 oct. 1999, Bull. crim., n° 206 ; 27 juin 2001, Bull. crim., n° 163 ; 18 juin 2003, AJ Pénal 2003, p. 30).

La Cour de cassation procède donc à un contrôle rigoureux de la motivation des juridictions d'instruction, éloignant d'autant le risque d'arbitraire (pour un exemple de justification

suffisante : Cass. crim., 14 nov. 2001, Bull. crim., n° 238 ; JCP 2002, II, 10069, obs. P. Conte). Un arrêt du 1^{er} octobre 2003 a cependant suscité un certain nombre de craintes (Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n° 177, AJ Pénal 2003, p. 64, D. Mien et F. Luciani ; D. 2004, Somm. p. 671, obs. J. Pradel). Le contenu des conversations interceptées révélait la participation possible de l'avocat à plusieurs infractions : violations du secret professionnel (communication de pièces du dossier à des tiers ; transmission à son client de la teneur de propos tenus par d'autres personnes placées en garde à vue) et un outrage à magistrat (propos de l'avocat qualifiés d'injurieux à l'égard du magistrat instructeur), autant d'éléments relevés pour refuser d'annuler les transcriptions des conversations classées au dossier. Indépendamment de l'infraction d'outrage à magistrat, qualification peut-être excessive et surtout par trop polémique dans les circonstances de l'espèce, la présomption de participation à d'autres infractions, *i.e.* des violations du secret professionnel, légitimait la mise à l'écart du principe de la confidentialité. Cet arrêt du 1^{er} octobre 2003 apporte surtout une nouvelle précision : les faits constitutifs d'infractions auxquels l'avocat est susceptible d'avoir participé peuvent être « étrangers à la saisine du juge d'instruction ».

La protection s'étend aux proches du client

L'intérêt de l'arrêt du 18 janvier 2006, après un rappel sur le principe de confidentialité, réside tout d'abord dans une référence à l'article 206 du code de procédure pénale et à l'obligation pour la chambre de l'instruction de relever une éventuelle violation du principe et ce, même d'office. La Cour de cassation vise en outre les articles 66-5 de la loi de 1971, 100-5 du code de procédure pénale (qui venait d'être modifié par la loi du 12 déc. 2005 précitée) et 8 de la CEDH (la référence à l'article 6 § 3, présente dans ses arrêts des 8 novembre 2000 et 21 mai 2003 précités est abandonnée en l'espèce, ce qui pourrait s'expliquer par un alignement sur la jurisprudence de la Cour EDH, laquelle examine les écoutes téléphoniques au regard de l'article 8, *lex specialis*, dont la violation n'implique d'ailleurs pas de constat subséquent de violation de l'article 6 - loin s'en faut : V. Rép. pén. Dalloz, Ecoutes téléphoniques judiciaires, §§ 132-133).

Cet arrêt accorde en outre le bénéfice du principe de confidentialité aux conversations téléphoniques échangées entre le père des personnes mises en examen et son avocat, qui se trouve être également le leur. Partant, le principe de confidentialité vaut donc non seulement pour les communications entre le client et son avocat, mais également entre un proche de la personne mise en examen et l'avocat de celle-ci (en affirmant le contraire, « la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes » visés dans l'arrêt et « du principe » de confidentialité).

Reste à savoir ce qu'on entend par « proche » : l'arrêt de janvier 2006 concerne le père des mis en examen ; dans le passé, le bénéfice de la confidentialité a été refusé à des conversations entre une interprète et l'avocat d'un client mineur et de la mère de celui-ci (l'arrêt précité de 2006 n'est sans doute pas de nature à modifier cette approche : la chambre de l'instruction avait considéré que l'interlocutrice était intervenue en qualité de tiers, les conversations étant étrangères à ses fonctions d'interprète et la Chambre criminelle avait pris soin de préciser qu'un tel constat relevait de son appréciation souveraine - Cass crim., 30 sept. 1998, Bull. crim., n° 243, D. 1998, IR p. 247 ; JCP 1999, I, 126, obs. Martin ; Procédures 1999, comm. 42, obs. Buisson ; V. également 8 oct. 1997, n° 97-82-481, Procédures 1998, comm. 46, obs. Buisson) ; il a été jugé que la conversation entre une ancienne maîtresse d'un inculpé et l'avocat de ce dernier ne rentre pas davantage dans le champ d'application du principe (l'interdiction de l'interception des communications ne concerne que les conversations entre la personne mise en examen et son avocat, « à l'exclusion de tous autres » : Cass. crim., 10 mai 1994, Bull. crim., n° 180 ; nonobstant le caractère catégorique de la formule, la Cour de cassation approuve cependant le motif aux termes duquel l'inculpé vivait avec une autre femme, mère de son enfant : *a contrario*, une conversation entre cette femme et l'avocat de son concubin pourrait donc, *a fortiori* à la lumière de l'arrêt du 18 janvier 2006, être couverte par le principe de confidentialité).

En résumé, ce qu'il faut savoir :

Le principe de confidentialité prohibe l'interception de conversation téléphonique entre un client et son avocat et la saisie de documents énumérés par l'article 66-5 de la loi de 1971 ; sa violation constitue une cause de nullité.

Ce principe n'est pas absolu : il est écarté en présence d'indices de nature à faire tout au moins présumer la participation de l'avocat à une infraction (y compris s'agissant de faits étrangers à la saisine du juge d'instruction) ; les juridictions d'instruction doivent justifier de la réalité de tels indices.

Il vaut également pour les conversations entre un proche de la personne mise en examen et l'avocat de celle-ci (« proche » dans une acception assurément restrictive).

- En cas d'interception sur la ligne d'un avocat ou de saisie de documents au cabinet ou au domicile de celui-ci, l'intervention du juge doit en outre respecter des prescriptions légales spécifiques (articles 56-1 et 100-7 c. pr. pén.).

Mots clés :

ECOUTES TELEPHONIQUES * Judiciaires * Conversation entre l'avocat et un proche de son client * Confidentialité