




Régularité de la transcription d'écoutes téléphoniques et qualification de témoin assisté



Jean Pradel

I - L'instruction préparatoire (premier moyen)

Un juge d'instruction avait prescrit, par voie de commission rogatoire, l'interception et la transcription de communications téléphoniques émises sur la ligne d'une personne mise en examen. Il advint que certains propos recueillis sur cette ligne émanaient de l'avocat de cette personne et qu'ils étaient susceptibles de constituer des infractions : notamment, l'avocat relatait à son client qu'il était à l'origine d'un article devant paraître le lendemain dans le journal et inspiré de citations appartenant au dossier de la procédure, ce qui pouvait constituer à la charge de ce professionnel le délit de violation du secret professionnel. Par prudence, le juge d'instruction sollicita de la chambre de l'instruction l'annulation des procès-verbaux contenant ces déclarations (en application de l'art. 173, al. 1er, c. pr. pén.). La chambre refusa de suivre le juge et laissa donc dans le dossier les procès-verbaux contenant la preuve des infractions présumées commises par l'avocat (arrêt attaqué de la cour d'appel de Paris, ch. instr., du 12 mai 2003). Et sur pourvoi du client de l'avocat, la Chambre criminelle, par arrêt du 1er oct. 2003 (Bull. crim., n° 177), se refusa à casser l'arrêt d'appel. Elle considéra que le principe de confidentialité - en réalité le secret professionnel auquel est tenu l'avocat - ne s'oppose pas à la transcription des propos de celui-ci émis téléphoniquement, lorsque « 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 ».






1 - La première partie de la formule est classique : le secret des conversations entre le client et son défenseur est un principe non absolu ainsi qu'il a déjà été jugé. Un premier arrêt invoque le caractère limité des droits de la défense dont le respect commande certes la confidentialité, mais sauf « s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction » (Cass. crim. 15 janv. 1997, Bull. crim., n° 14 ; Rev. science crim. 1997, p. 668, obs. J.-P. Dintilhac  ; Procédures 1997, Comm. n° 126, obs. J. Buisson ; Dr. pén. 1997, Comm. n° 55, note A. Maron ; *adde* pour une formulation très proche, 14 nov. 2001, Bull. crim., n° 238 ; JCP 2002, II, n° 10069, note P. Conte). On aura noté que le principe frappé de limites est celui du respect des droits de la défense dans ces arrêts qui n'évoquent pas la notion voisine du secret professionnel. Et il est vrai que les deux notions doivent être distinguées puisque, peut-on dire, les droits de la défense intéressent avant tout les relations entre le défenseur et la personne à défendre alors que le secret professionnel vise en priorité les relations du défenseur et des tiers, comme les journalistes. Pourtant droits de la défense et secret professionnel restent proches et peuvent même interférer (V. art. 56, al. 3, et 96, al. 3, c. pr. pén. obligeant respectivement l'enquêteur et le magistrat instructeur envisageant une perquisition à « provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense »). On conçoit donc très bien que des limites à la confidentialité fondée sur les droits de la défense puissent aussi jouer *mutatis mutandis* dans le cas de la confidentialité fondée sur le secret professionnel.

A l'appui de la solution relativiste adoptée par la Chambre criminelle dans l'arrêt du 1er oct. 2003, on peut aussi invoquer le voisinage de la jurisprudence sur les perquisitions et saisies, sauf à observer que cette fois, c'est le secret professionnel qui est visé et dont il est dit qu'il n'est pas absolu. S'agissant d'abord d'une perquisition effectuée par un enquêteur dans le cabinet d'un avocat, la Chambre criminelle indique que le secret professionnel du défenseur « ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale » (Cass. crim. 14 janv. 2003, Bull. crim., n° 6 ; D. 2003, IR p. 944  ; V. aussi, 11 déc. 2002, pourvoi n° 01-85.000). La jurisprudence est la même dans le cas d'une perquisition effectuée par un juge d'instruction (Cass. crim. 30 juin 1999, Bull. crim., n° 172 ; D. 1999, Jur. p. 458, et notre note  ; Rev. science crim. 1999, p. 840, note

D. N. Commaret  ; Procédures 1999, Comm. n° 236, obs. J. Buisson ; Dr. pén. 1999, Comm. n° 155, obs. A. Maron ; 12 mars 1992, Bull. crim., n° 112 ; D. 1993, Somm. p. 207, et nos obs., D. 1994, Somm. p. 134, obs. A. Brunois ). Une condition est toutefois nécessaire à la validité de ces perquisitions et saisies opérées au cabinet d'un avocat : l'opération doit être nécessaire à la manifestation de la vérité (V. les arrêts préc.).

Que l'avocat ne puisse s'abriter derrière le secret professionnel quand il commet une infraction est raisonnable. Alors en effet, il n'est plus avocat, mais délinquant. La confidentialité joue pour ce qui concerne l'activité professionnelle de l'avocat, mais ne joue que dans ce domaine.

2 - La seconde partie de la formule de la Chambre criminelle est plus nouvelle, à savoir que la confidentialité disparaît même si les délits découverts sont étrangers à la saisine du juge d'instruction.

A première vue, on serait tenté de critiquer cette nouvelle restriction au principe de confidentialité. On sait en effet que les pouvoirs accordés au juge d'instruction par l'art. 81, al. 1er, c. pr. pén. sont limités aux seuls faits dont il est saisi par la partie poursuivante et que s'il découvre des faits nouveaux, il ne peut à leur égard procéder à des actes qui présentent un caractère coercitif exigeant la mise en mouvement de l'action publique (Cass. crim. 6 févr. 1996, Bull. crim., n° 60 ; D. 1996, Jur. p. 198, et notre note  ; Rev. science crim. 1996, p. 880, obs. J.-P. Dintilhac  ; Justices 1996, n° 4, p. 286, chron. D. Rebut ; Procédures 1996, Comm. n° 94, obs. J. Buisson ; 30 mai 1996, Bull. crim., n° 226 ; D. 1996, IR p. 167  ; Rev. science crim. 1996, p. 880, obs. J.-P. Dintilhac  ; 1er déc. 1998, Bull. crim., n° 323 ; RTD com. 1999, p. 777, obs. B. Bouloc  ; 10 mai 2001, Procédures 2001, Comm. n° 180, obs. J. Buisson). Il est exclu par exemple, en application de cette jurisprudence, qu'un juge d'instruction, qui découvre fortuitement des faits autres que ceux dont il est saisi procède à des actes comme une perquisition ou ordonne des écoutes téléphoniques. De tels actes ne sauraient être faits régulièrement que si le juge a obtenu du parquet une extension de sa saisine, en fait par une réquisition supplétive qu'il aura sollicité du parquet en lui communiquant sa procédure.

Mais tel n'est pas du tout le cas en l'espèce. Le juge d'instruction n'a pas ordonné une écoute téléphonique pour obtenir la preuve d'une violation du secret professionnel ou d'un outrage à magistrat. Il l'a ordonné seulement pour faire ou parfaire la preuve des délits dont il était déjà saisi. Et le hasard a voulu que cherchant la preuve d'un délit déterminé, il découvre la preuve d'autres délits. Exclure en ce cas le recours aux écoutes téléphoniques reviendrait à les exclure toujours car il existe toujours un risque, fut-il faible, de faire apparaître d'autres infractions. Et l'on sait la nécessité des écoutes téléphoniques pour découvrir la preuve de certains comportements criminels, par exemple des délits de trafic. De la sorte, la Chambre criminelle a eu raison de se refuser à annuler la transcription aux faits dont le magistrat instructeur était saisi régulièrement.

II - Les droits de la défense (moyen unique proposé par le procureur général et dernière branche des troisièmes moyens réunis)

Dans l'affaire dite *Buffalo-Grill* où des consommateurs étaient décédés après avoir consommé de la viande dans un établissement de cette chaîne, une personne - on simplifiera à l'extrême, sinon à l'excès - est mise en examen pour homicide involontaire et pour d'autres infractions (notamment mise en danger délibérée). La chambre de l'instruction de Paris (décision attaquée du 12 mai 2003) annule la mise en examen visant l'homicide involontaire pour absence d'indices graves ou concordants (en application de l'art. 80-1, al. 1er, c. pr. pén.). Quel va être alors le statut de la personne pour les divers chefs de poursuite ? Telle était la question qui se posait en l'espèce aux magistrats du fond. Deux possibilités s'offraient à eux : soit appliquer distributivement les deux statuts en application de l'art. 174-1 c. pr. pén., celui de témoin assisté pour les faits d'homicide involontaire et celui de mis en examen pour les autres faits comme la mise en danger délibérée, soit ne voir dans la personne qu'un mis en examen pour le tout.

La chambre de l'instruction de Paris s'était refusée à appliquer le système distributif et n'avait

retenu que le statut de mis en examen pour le tout car, à ses yeux, en dépit de l'absence d'indices graves ou concordants sur un chef, la personne doit continuer à figurer dans la procédure en la seule qualité de mis en examen.

La Chambre criminelle (1er oct. 2003, Bull. crim., n° 177) raisonne autrement : c'est le statut de témoin assisté qui l'emporte, et pour l'ensemble des interrogatoires passés (à compter de celui de la première comparution) et futurs concernant les faits qui avaient donné lieu à poursuite pour homicide involontaire. Ainsi pour ces faits, la persistance du statut de mis en examen est exclue, ce qui est exactement à l'opposé de ce qu'avaient jugé les magistrats de la chambre de l'instruction. A partir de là, et en faveur de la qualification de témoin assisté pour les faits d'homicide involontaire, on peut invoquer la lettre et l'esprit du code de procédure pénale.

1 - La lettre de la loi d'abord et ce à la lumière de deux articles précités. L'art. 80-1, al. 1er, dudit code exige pour la mise en examen - et à peine de nullité - qu'existent « des indices graves ou concordants ». Ce qui renvoie soit à une pluralité d'indices même légers dès lors qu'ils sont concordants, soit à la présence d'un seul indice à la condition qu'il soit grave (circulaire crim., 2000-16 F1, 20 déc. 2000, n° 1-1-1-1-1, § 4) ; or, en l'espèce, ces indices n'apparaissent pas car il n'est pas matériellement possible, en l'état actuel de nos connaissances scientifiques, d'établir un lien de causalité entre l'importation frauduleuse de viande anglaise à la supposer contaminée par l'encéphalite spongiforme bovine (ESB) et la pathologie mortelle dont furent atteints certains clients. De plus, selon l'art. 174-1 c. pr. pén., lorsque la chambre de l'instruction annule une mise en examen en se fondant sur une violation de l'art. 80-1, la personne devient témoin assisté rétroactivement à compter de son interrogatoire de première comparution, sauf à respecter les art. 113-6 (demande par la personne d'être mise en examen) et 113-8 (apparition ultérieure d'indices graves ou concordants). Inexorablement donc, la personne ne pouvait que rétrograder au statut de témoin assisté. Elle ne pouvait rester mise en examen comme l'avaient cru les magistrats parisiens.

2 - L'esprit de la loi ensuite : les auteurs de la réforme du 15 juin 2000 (L. n° 2000-516, D. 2000, Lég. p. 253) ont entendu que, dans un souci de défense de la présomption d'innocence, le principe soit l'appel au statut de témoin assisté et que l'exception soit la mise en examen (C. Guéry, La mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, JCP 2000, I, n° 359). Sans doute, à cet égard, la réforme n'est-elle pas excellente : l'opinion assimile parfois témoin assisté et mis en examen en faisant du premier un quasi mis en examen, surtout s'il le devient formellement au cours de la procédure. Mais il n'en reste pas moins que l'intention du législateur est nette : il faut mettre ou maintenir en examen seulement quand il est impossible de faire autrement, c'est-à-dire quand il y a des indices graves *et* concordants (art. 105 c. pr. pén. obligation de mise en examen), le juge d'instruction pouvant aussi certes mettre en examen en cas d'indices graves *ou* concordants (art. 80-1, al. 1er, c. pr. pén. ; Cass. crim. 14 mai 2002, Bull. crim., n° 111, possibilité de mise en examen laissée à l'appréciation du juge).

A vrai dire, la cassation était inévitable. Faire perdurer le statut de mis en examen pour une personne à la charge de laquelle n'apparaissait pas d'indices graves ou concordants est impossible. L'inconvénient est que doivent coexister dans une même procédure et pour le même individu deux statuts, celui de mis en examen pour certains faits et celui de témoin assisté pour d'autres. Et c'est cette coexistence qui avait paru insupportable aux magistrats de la chambre de l'instruction et qui les avaient conduit à ne retenir que la qualité de mis en examen.

On observera enfin que pour tourner l'esprit de la loi, il suffirait, dans le cadre d'une poursuite unique visant une personne pour des délits multiples, qu'un fait mineur débouche sur la mise en examen de son auteur pour que les autres faits, plus graves peut-être, mais sans qu'il y ait d'indices graves ou concordants à la charge de cette personne, privent celle-ci du bénéfice du statut de témoin assisté.

En l'espèce, on en arrive donc à une conception distributive : la personne est témoin assisté

au titre d'homicide involontaire et mise en examen (et restant telle après l'arrêt du 12 mai 2003) au titre des autres délits.

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Enquête * Ecoute téléphonique * Transcription * Droit de la défense *
Infraction * Instruction préparatoire * Mise en examen * Indice grave et concordant *
Absence * Annulation * Témoin assisté * Mise en examen * Annulation