

La confidentialité des conversations échangées entre l'avocat et un proche de son client (Cass. crim. 18 janvier 2006, *S. M. et a.*, n° 05-86.447, D. 2006, IR p. 392 ; AJ Pénal 2006, p. 126, obs. C. Girault)

Jacques Buisson, Président de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Grenoble, Professeur associé à l'Université Jean Moulin - Lyon III

Par cet arrêt, la Cour de cassation paraît renforcer la protection des conversations téléphoniques entre un avocat et l'un de ses clients lorsqu'elles sont interceptées par des écoutes téléphoniques.

En l'espèce, une communication téléphonique, enregistrée en exécution d'une interception légale et transcrite sur procès-verbal, s'était déroulée entre le père des mis en examen et son avocat, lequel était aussi celui de ces mis en examen. Ces derniers avaient déposé une requête en annulation en soutenant l'illégalité d'une telle interception.

L'arrêt attaqué avait rejeté cette requête au motif que celui qui invoque la violation d'une formalité protectrice du droit des parties n'a qualité à le faire que si l'illégalité alléguée le concerne. Il en inférait que les requérants étaient sans qualité pour contester la régularité de l'interception et de la transcription, ordonnées par commission rogatoire du juge d'instruction, de conversations échangées, sur une ligne téléphonique qui ne leur était pas attribuée, entre une tierce personne, en l'espèce leur père, et son avocat, qui se trouvait être aussi le leur. L'arrêt ajoutait que, par ailleurs, la chambre de l'instruction n'avait pas à répondre à leur demande de relever d'office d'autres moyens de nullité de la procédure.

Les demandeurs au pourvoi soutenaient que la règle procédurale puisée dans leur absence de qualité pour contester la régularité de l'interception et de la transcription en cause reçoit exception, conformément au principe fondamental de la loyauté des preuves, au principe d'une libre défense et au caractère strict du secret professionnel, lorsque ces interceptions et retranscriptions, opérées en méconnaissance des formalités substantielles de l'article 100-7 du code de procédure pénale, ont eu pour but et pour effet d'opposer à un mis en examen les propos de son propre avocat, en dehors de toute participation alléguée de ce dernier à une activité délictueuse.

Ils faisaient encore valoir :

- que le secret professionnel de l'avocat, élément essentiel du procès équitable, s'étend nécessairement, au-delà des propos échangés entre son client et lui, à ceux qui sont échangés entre cet auxiliaire de justice et les proches de ce client. Ils estimaient, consécutivement, qu'était caractérisé leur grief personnel, dès lors que leur était opposée dans la procédure une telle retranscription ;

- que même si elle a été surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ou entre un avocat et un proche de son client ne peut être retranscrite et versée au dossier de la procédure sans que cette mesure ne soit considérée comme attentatoire aux libertés individuelles au sens de l'article 432-4 du code pénal ;

- qu'il appartient, en tout état de cause, à la chambre de l'instruction de prononcer, au besoin d'office, l'annulation des interceptions et retranscriptions d'écoutes téléphoniques qui portent atteinte au principe fondamental du secret professionnel de l'avocat garanti par les principes déduits des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Au visa des articles 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, 100-5 et 206 du code de procédure

pénale, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Chambre criminelle a considéré que « même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et l'un de ses clients 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 ; que la violation de ce principe doit être relevée, même d'office, par la chambre de l'instruction chargée d'examiner, en application de l'article 206 du code de procédure pénale, la régularité de la procédure qui lui est soumise ».

Elle a reproché à la chambre de l'instruction d'avoir statué comme elle l'a fait, « sans rechercher, comme elle y était tenue, s'il avait été porté atteinte au principe de la confidentialité des conversations téléphoniques entre un avocat et un client ». En cette matière, elle rappelle donc à toutes les chambres de l'instruction l'obligation de ne pas se cantonner à l'examen de recevabilité des requêtes et de soulever d'office une cause de nullité, alors qu'elle lui est dénoncée et qu'elle concerne une matière essentielle au procès pénal.

En la forme, la Chambre criminelle paraît revenir sur sa conception de l'intérêt direct à agir pour le requérant en annulation, aux termes de laquelle « celui qui invoque l'absence ou l'irrégularité d'une formalité protectrice des droits des parties n'a qualité pour le faire que si cette irrégularité le concerne [...] » (Cass. crim. 18 avr. 2000, *PG CA Metz*, Bull. crim. n° 150 ; 4 mars 2004, Bull. crim. n° 57 ; 9 nov. 2004; *H. de B.*, non publié. ; v. aussi Cass. crim. 20 mars 1995, *Mennioui*, n° 94-80.251 ; 16 janv. 1996, *Moucazambo*, Bull. crim. n° 24), ou encore « un mis en examen est sans qualité pour se prévaloir d'une prétendue nullité affectant l'enregistrement de conversations qui concernent une autre personne » (Cass. crim. 31 mars 1998, Bull. info C. cass., n° 902). En effet, elle censure l'arrêt attaqué qui, se fondant sur cette conception restrictive, avait déclaré irrecevable la requête des mis en examen, refusant de se saisir d'office de l'illégalité dénoncée, malgré sa gravité (v. Cass. crim. 7 déc. 2005, Bull. crim. n° 327).

On sait que cette conception semble plus restrictive que celle de l'intérêt indirect développée par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a jugé que devait être déclaré recevable la requête d'un mis en examen en annulation de la prolongation d'écoutes téléphoniques alors même que la ligne en cause était attribuée à un tiers, dès lors que ces écoutes avaient entraîné sa mise en examen (CEDH 24 août 1998, *Lambert c/ France*).

A la vérité, ces deux conceptions sont peut-être moins éloignées qu'il n'y paraît lorsque, comme en l'espèce, la Cour de cassation rappelle aux juridictions du fond qu'elles ont l'impérative obligation de vérifier la légalité des procédures, en application des articles 174 et 206 du code de procédure pénale, particulièrement pour rechercher l'éventuelle violation des principes généraux de la procédure et, en l'espèce, pour relever « même d'office » la violation du principe en cause. On rejoint, par ce biais, le « contrôle efficace » de la nécessité et de la légalité de l'ingérence étatique qu'exige la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme.

Quant au fond, la Cour suprême affirme « le principe de la confidentialité des conversations téléphoniques entre un avocat et un client » qui exclut toute transcription sur procès-verbal dès lors que ces conversations ne révèlent pas l'existence d'une infraction pénale reprochable. Elle semble avoir repris sa jurisprudence antérieure, pour l'asseoir avec force par le biais de l'exigence rappelée de l'annulation d'office.

La Cour de cassation avait déjà jugé qu'il résulte des articles 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, 100-5 du code de procédure pénale, 6.3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme 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 ». Elle avait censuré une chambre de l'instruction ayant refusé d'annuler une transcription de communication, « qui paraissait codée », entre le mis en examen et son avocat au motif que si la conversation en cause n'était pas, en l'état, susceptible de constituer la preuve de la commission d'une infraction par l'avocat, elle était éminemment suspecte et qu'étant incompréhensible, sa transcription ne portait pas atteinte

aux droits de la défense et à la confidentialité des propos échangés entre un avocat et son client. La Chambre criminelle avait alors indiqué que la non-annulation ne pouvait se justifier que dans la seule mesure où « la conversation transcrite était de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction », soulignant ainsi que le simple soupçon ne pouvait suffire à assurer la validité de la mesure coercitive (Cass. crim. 8 nov. 2000, X., Bull. crim. n° 335).

A l'inverse, la Chambre criminelle avait aussi rejeté le pourvoi formé contre un arrêt rejetant la requête en annulation, « 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 D. Y. et B. Z. et que n'étaient pas en cause les droits de la défense » (Cass. crim. 14 novembre 2001, X. et a., Bull. crim. n° 238).

Plus récemment, elle avait encore tracé les limites de la transcription valide d'une telle écoute téléphonique, en précisant que « le principe de la 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, comme en l'espèce, 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 » (Cass. crim. 1er oct. 2003, Bull. crim. n° 177).

Elle ne faisait ainsi que mettre en oeuvre, pour les communications téléphoniques, la jurisprudence par elle développée à propos des correspondances écrites échangées entre un client et son avocat, qu'elle déclarait saisissables sous condition qu'elles soient de nature à établir la preuve de la participation de ce dernier à une infraction (Cass. crim. 12 mars 1992, Bull. crim. n° 112 ; 20 janv. 1993, Bull. crim. n° 29), ajoutant que la seule qualité d'avocat n'était pas, malgré l'obligation au secret, de nature à assurer l'impunité d'un mandataire lorsqu'il s'avérait recherché pour ses fautes personnelles, quand bien même celles-ci seraient en relation avec les fautes reprochées à certains de ses clients (Cass. crim. 26 juin 1995, Bull. crim. n° 235).

Par la généralité des expressions dont elle use, jointe à l'affirmation de l'exigence d'annulation d'office, la Chambre criminelle paraît avoir voulu signifier avec force aux juridictions du fond que devait être impérativement respectée la confidentialité absolue de toute conversation d'un avocat avec l'un de ses clients en ce qu'elle entre *ipso facto* dans l'exercice des droits de la défense, sous la seule réserve de la présomption d'infraction objectivement imputable à cet avocat. Il incombe donc aux officiers de police judiciaire, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction selon les cas, de se conformer à cette règle impérative.

C'est cette même injonction qu'a lancée la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 (JO 13 déc., p. 19152) qui, dans son article 38, a complété l'article 100-5 du code de procédure pénale par un alinéa édictant qu'« à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ».

Mots clés :

PROCEDURE PENALE * Enquête * Ecoute téléphonique * Avocat * Proche du client