

LA CHAMBRE CRIMINELLE VALIDE LA VIOLATION
DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

par Emmanuel Daoud

Avocat associé, Cabinet VIGO

Pierre-Philippe Boutron-Marmion

Avocat, Cabinet VIGO

Crim. 31 janvier 2012, n° 11-85.464

« Attendu que, pour rejeter le moyen de nullité pris du versement au dossier des enregistrements de conversations privées réalisés par le maître d'hôtel de M^{me} Y à l'insu de celle-ci et de ses interlocuteurs, dont ses avocats, et des pièces subséquentes, l'arrêt relève notamment que ne peut être annulé un document, versé en procédure, qui est produit par un particulier, constitue une pièce à conviction et ne procède, dans sa confection, d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique; que les juges ajoutent qu'il en va également ainsi de la transcription de conversations échangées entre un avocat et un client, l'argumentation prise, d'une part, des dispositions de l'article 100-5 du code de procédure pénale, applicables aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique et, d'autre part, de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, relatif aux documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, étant inopérante; »

Observations : Le 31 janvier 2012, un coup de tonnerre a résonné dans les couloirs du Palais de justice de Paris. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu son délibéré : l'enregistrement « pirate » des conversations confidentielles entre des avocats et leur cliente est une preuve pénale valide et admissible.

Comme pour ne pas se voir reprocher d'étouffer une affaire politico-financière de premier ordre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a osé l'impensable par cet arrêt, et comble de l'ironie, a choisi de le publier au Bulletin pour sans doute « légitimer » une décision, en réalité, infondée.

Situation cocasse ou consternante (au choix), le même jour, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt, en sens inverse, affirmant que des preuves obtenues de façon illicite (en l'espèce par l'administration fiscale) viciaient une procédure fiscale et devaient être écartées.

Le sauvetage inespéré de cette affaire que d'aucuns voudraient applaudir avec enthousiasme s'est en réalité fait au prix d'une violation en règle de nos principes essentiels et en particulier des droits de la défense.

C'est avec vigueur qu'il convient de dénoncer cet arrêt dont certains journalistes ont commencé à percevoir le danger pour eux-mêmes et en somme, pour toutes celles et ceux dont le secret professionnel est consubstantiel à l'exercice de leur profession¹. Il en est de même des magistrats. Quelle aurait été la réaction de la Chambre criminelle si son délibéré avait été enregistré clandestinement puis publié dans la presse ou versé dans une autre procédure pénale?

L'ordre du barreau de Paris s'en est indigné par la voix de son bâtonnier et de son vice-bâtonnier rappelant que « ce qui est nuisible à la société n'est pas qu'un avocat puisse échanger avec son client en toute confidentialité. Ce qui est dangereux pour la démoc-

« Attendu qu'en se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation; »

« D'où il suit que les moyens ne sauraient être admis; »

cratie c'est qu'il ne puisse plus le faire »².

Comment accepter que la Cour de cassation, régulatrice par définition, se dévoie ainsi en jugeant en opportunité et non en droit ?

Si cet arrêt est pour l'heure isolé, sa portée n'est pas à minimiser d'autant qu'il démontre la capacité de la Cour de cassation à pouvoir éluder par opportunité des principes essentiels de notre démocratie.

Juridiquement, on ne peut souscrire à l'analyse de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui ébranle un principe essentiel, celui du secret professionnel, la liberté de la preuve en matière pénale n'étant pas un fourre-tout où tous les coups bas sont permis, chaque partie faisant assaut de déloyauté.

Le principe du secret professionnel
et de la confidentialité des échanges :
un principe absolu à défendre

Il est nécessaire de rappeler, *in extenso*, l'alinéa 1^{er} de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 qui dispose :

« En toutes matières, 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 le

(1) Le canard enchaîné, 8 févr. 2012.

(2) Éditorial, Bulletin du Barreau de Paris, n° 6, 7 févr. 2012.

client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

La conversation entre un avocat et son client est donc protégée par la confidentialité, laquelle répond au respect de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit à un procès équitable en vertu de l'article 6 de cette même Convention.

Depuis toujours, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme ont rappelé que les échanges entre un client et son avocat sont confidentiels ³.

Cette confidentialité est déterminante et garantit à chacun la possibilité de se confier librement à son avocat, essence même des droits de la défense dont on connaît le caractère constitutionnel.

La levée du secret ne peut alors se faire que si les éléments issus des échanges laissent présumer une participation de l'avocat à une infraction ⁴.

Or, rien dans l'espèce commentée n'a été relevé en ce sens.

Plus encore, la Cour de cassation a jugé « qu'il résulte 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 » ⁵.

De cette façon, les juges sont tenus de préciser préalablement si le versement au dossier de la transcription des échanges entre un avocat et son client ne porte pas atteinte au secret professionnel. Il s'agit donc d'une garantie permettant de préserver les droits de la défense et d'assurer le respect d'un procès équitable.

Or, dans cette affaire, lesdits enregistrements auraient dû être annulés puisqu'ils portaient sur des échanges entre une cliente et ses avocats clairement identifiés comme tels sans que les juges ne fassent état de la moindre participation des avocats à une infraction.

Par ailleurs, par cet arrêt, il est jugé qu'aucune illégalité n'ayant été commise par une autorité publique, il n'y a pas de caractère frauduleux à la collecte critiquée puisque les enregistrements versés en procédure ont été produits par un particulier.

Il y a là une bien curieuse façon d'apprécier un principe acquis et absolu, d'autant que le secret professionnel et la confidentialité des conversations entre

un avocat et son client ont toujours été respectés et ne sauraient être appréciés différemment à l'aune de la qualité et de l'identité de celui qui les viole.

Par ailleurs, il convient de noter que la transcription de ces enregistrements a été ordonnée par le procureur de la République, laquelle transcription a été effectuée par un ingénieur du laboratoire de la police technique et scientifique.

Le procureur de la République a également lui-même ordonné le versement de ladite transcription au dossier de la procédure.

S'appuyer sur le fait que l'autorité publique n'a été qu'un simple destinataire des enregistrements litigieux sans l'intervention directe ou indirecte de sa part dans leur confection, n'est pas un argument recevable pour refuser d'invalider les enregistrements litigieux. La Chambre criminelle ajoute que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation.

La motivation juridique de ces arguments est singulièrement absente et le raisonnement suivi spéculatif.

Rappelons en effet que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que : « la transcription effectuée, contre le gré de l'intéressé, par un officier de police judiciaire, des propos qui lui sont tenus, officieusement, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense ; que la validité d'un tel procédé ne peut être admise ; [...] que la rédaction du procès-verbal litigieux constitue un procédé déloyal, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision » ⁶.

Rien ne s'oppose à l'annulation d'une transcription dès lors qu'elle constitue le support d'une preuve déloyale.

Enfin, la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt commenté a considéré que les documents remis ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information susceptibles d'être annulés mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement.

Or, se ranger derrière la possibilité de débattre contradictoirement de l'enregistrement clandestin d'une conversation confidentielle entre un avocat et son client pour légitimer son maintien dans la procédure est particulièrement choquant.

Faut-il rappeler que le secret professionnel ne se discute pas, il se respecte ?

Au fond, le plus grave reste non seulement la décision rendue mais aussi sa publication qui laisse à penser que le principe ici posé pourrait ainsi être généralisé à d'autres affaires.

L'analyse de la jurisprudence de la Chambre criminelle en matière de liberté de la preuve en matière pénale montre que la Haute juridiction s'est affranchie de celle-ci le 31 janvier 2012.

La liberté de la preuve en matière pénale n'est pas un fourre-tout sans limite

On le sait, en matière pénale, la preuve est libre.

Pourtant, cela ne signifie pas que tous les moyens pour obtenir une preuve et toutes les preuves obtenues sont ainsi admis et recevables. Des limites nécessaires à la liberté de la preuve existent. Pour rappel, l'article 427 du code de procédure pénale dispose que :

« Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après

La conversation entre un avocat et son client est donc protégée par la confidentialité, laquelle répond au respect de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit à un procès équitable en vertu de l'article 6 de cette même Convention.

(3) Crim. 2 mars 2010, Bull. crim. n° 40; Crim. 13 déc. 2006, Bull. crim. n° 312; Crim. 1^{er} mars 2006, Bull. crim. n° 60; Crim. 18 janv. 2006, Bull. crim. n° 22; CEDH 25 mars 1992, n° 13590/88, *Campbell d Royaume-Uni*, AJDA 1992. 416, chron. J.-F. Flauss; CEDH 28 nov. 1991, n° 13965/88, *S. d Suisse*.

(4) Crim. 1^{er} mars 2006, Bull. crim. n° 60; Crim. 10 juin 2003, Bull. crim. n° 129; Crim. 27 janv. 2001, Bull. crim. n° 22.

(5) Crim. 18 janv. 2006, n° 05-86.447.

(6) Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, Bull. crim. n° 102.

son intime conviction.

Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

Cependant, comme le souligne, à juste titre, la doctrine : « Quoique la manifestation de la vérité soit l'objectif capital du procès répressif, cette vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen.

Il importe à la dignité de la justice et au respect qu'elle doit inspirer de ne mettre en œuvre aucun moyen qui attente aux droits fondamentaux de la personne humaine ou aux droits de la défense »⁷.

Contre toute attente, la Cour de cassation s'entête, pourtant, à rappeler qu'aucune disposition légale n'interdit à un juge représ-

sif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale⁸.

Cependant, le juge doit prendre en considération la nature et le contenu des preuves qui lui sont soumises et fixer des limites aux preuves qu'il accepte.

La conversation entre un avocat et son client, de nature confidentielle, consubstantielle des droits de la défense, constitue une limite évidente à ce que l'on considère l'enregistrement clandestin de celle-ci comme un mode de preuve admissible.

Cette limite est légitime et utile.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs condamné l'utilisation d'un enregistrement téléphonique remis anonymement aux agents des douanes⁹, tout comme l'enregistrement de manière clandestine de propos tenus à un policier par un suspect¹⁰.

À la lecture de l'arrêt du 31 janvier 2012, on peut s'interroger :

- le client d'un avocat serait-il moins respectable que le suspect en question ?

- pourquoi abandonner les fondements d'une jurisprudence équilibrée ?

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 9 du code de procédure civile et de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, ainsi qu'au visa du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, a jugé que l'enregistrement d'une conversation téléphonique couverte par le secret réalisé à l'insu des auteurs du propos est un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve¹¹.

Or, cet arrêt rendu par l'Assemblée plénière, concernait une procédure devant le Conseil de la concurrence ayant un caractère pénal. Il faut rappeler que le Conseil de la Concurrence en 2005 puis la cour d'appel de Paris en 2007 et 2009 avaient affirmé le principe de la liberté de la preuve en matière de pratiques anticoncurrentielles¹².

L'Assemblée plénière a donc censuré cette jurisprudence et consacré l'importance du principe de loyauté la conduisant à invalider les enregistrements clandestins d'une communication téléphonique. De surcroît, comme le soulignait déjà Henri Leclerc dans un article sur la liberté de la preuve publié il y a dix ans : « Si l'on observe aujourd'hui la situation du système des preuves en droit pénal français, on doit bien constater que le passage du carcan des preuves légales à la liberté de la preuve ne peut se concevoir que s'il s'inscrit dans un cadre de principes forts dont le juge doit sans cesse s'inspirer pour écarter de sa raison, au moment où se forge l'intime conviction, les éléments qui, tout en établissant peut-être la vérité, heurtent les principes nécessaires de la démocratie »¹³.

La décision du 31 janvier 2012 est d'autant plus incompréhensible que la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt différent le 6 octobre 2011¹⁴, dans le même dossier, concernant la

diffusion des mêmes enregistrements pirates par Mediapart : « Attendu cependant que constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il ressort de ses propres constatations que les entretiens litigieux présentaient un tel caractère, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

La 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation a donc rappelé avec vigueur l'importance du respect de ces principes auxquels nous devrions tous être attachés. Pourtant, quelques mois plus tard, la Chambre criminelle a adopté une solution inverse, solution qui semble illégitime.

Ajoutant à la confusion, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le même jour que l'affaire B un arrêt qui a jugé, dans le cadre d'un dossier relatif à l'utilisation par l'administration fiscale de pièces obtenues de manière illicite (en l'espèce provenant d'un vol), que de telles preuves devaient être écartées¹⁵.

De telles divergences entre chambres n'est pas gage de sécurité juridique pour les justiciables et ceux-ci devront bientôt se livrer à l'art de la divination plutôt que de confier la défense de leurs intérêts à des avocats dont les propos et conseils pourront au demeurant être enregistrés en toute « licéité »... Naturellement, on pourrait justifier une telle distinction par le fait qu'en matière civile et commerciale, l'admission des preuves est régie par le principe de légalité des preuves rappelé par l'article 9 du code de procédure civile.

Or, placer le débat sur celui de l'impératif de vérité pour justifier une distinction entre la matière civile et la matière pénale ne convainc plus.

On ne saurait soutenir que d'un côté du Palais, en matière civile, les débats devraient être loyaux dans un strict respect des principes et des droits de chacun et que de l'autre, en matière pénale, il faudrait se livrer à une bataille rangée où tous les coups sont bons surtout les plus déloyaux, tant que la vérité (judiciaire ?) triomphe. Qui peut affirmer que cette distinction a permis d'apporter en matière pénale une vérité plus juste, plus exacte, plus sincère ? En réalité, dans les deux cas, civil et pénal, seules des vérités judiciaires sortent, en principe, des salles d'audience.

La liberté de la preuve en matière pénale (incluant les preuves illicites et déloyales) n'a, au demeurant,

(7) G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, § 145, p. 116, 2004.

(8) Crim. 15 juin 1993, Bull. crim. n° 210 ; Crim. 27 janv. 2010, n° 09-83.395.

(9) Crim. 19 juin 1989, Bull. crim. n° 261.

(10) Crim. 16 déc. 1997, n° 96-85.589, Bull. crim. n° 427 ; D. 1998. 354, note J. Pradel.

(11) Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et n° 09-14.667.

(12) Conseil de la concurrence n° 05-D-66 du 5 déc. 2005 et CA Paris 19 juin 2007 et cour d'appel 29 avr. 2009.

(13) H. Leclerc, Les limites de la liberté de la preuve ; aspects actuels en France, RSC 1992. 15.

(14) Civ.1^{re}, 6 oct. 2011, n° 10-21.823.

(15) Com. 31 janv. 2012, n° 11-13.097.

jamais permis d'éviter des erreurs judiciaires ou de pallier l'injustice de certains jugements.

Sans mettre fin à la liberté de la preuve, écarter les preuves illicites et déloyales ce n'est pas desservir la recherche de vérité mais c'est respecter un équilibre nécessaire.

Plus que tout, l'exigence d'un procès équitable doit gouverner la matière pénale.

À la réalité, le ministère public et l'ensemble des parties sont tenus de respecter la loi, cela paraît finalement singulier de devoir le rappeler.

Certes le combat pénal est rude, mais les acteurs de la procédure pénale, à commencer par les magistrats, gardiens des libertés individuelles, devraient être soucieux de ne pas fouler au pied les droits de la défense. Ce rappel s'adresse aussi aux avocats qui devraient y réfléchir à deux fois avant que de livrer des enregistrements clandestins des conversations de leurs confrères. Aucun dossier aussi médiatique soit-il ne justifie que l'on porte atteinte au secret professionnel. Victoire de l'un aujourd'hui, défaite de tous demain.

De surcroît, le contradictoire n'autorise pas tout et certainement pas la violation de nos principes démocratiques.

En conclusion, la décision rendue le 31 janvier 2012 est contraire à l'esprit des lois; le juge se doit de vérifier impérativement si les droits de la défense sont parfaitement garantis. Jusque-là la Cour de cassation avait fixé des limites à la liberté de la preuve en matière pénale, afin que la recherche de

la vérité n'encourage pas la production de preuves déloyales et illicites. Cet arrêt du 31 janvier 2012 vient tout simplement rompre un équilibre sinon harmonieux en tout cas équilibré au regard du respect des droits de la défense.

En définitive, autoriser un particulier à enregistrer clandestinement une conversation téléphonique entre un client et son avocat, consiste à annihiler le secret professionnel et reconsidérer la confidentialité d'un tel échange ne peut que constituer un danger pour la démocratie.

Il est primordial que l'ensemble des acteurs de la justice respectent la défense. Et l'on ne peut que désapprouver la décision commentée qui mérite d'être oubliée au plus vite.

On aurait rêvé que l'Assemblée plénière se saisisse du débat, rejette avec fermeté la prétendue licéité des enregistrements clandestins des échanges entre un avocat et son client. Elle aurait pu ainsi affirmer clairement que, même en matière pénale où la preuve est libre, le principe de loyauté s'impose.

Le débat aurait été clos à l'occasion d'une affaire exceptionnelle, la justice en serait sortie grandie et cette décision aurait été inscrite dans le marbre des grands arrêts de la Cour de cassation puisque la loyauté s'impose sauf à priver la décision à intervenir de la dignité et du respect nécessaires à son acceptation par les justiciables.

En vérité, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a prononcé un arrêt pour l'exemple et non exemplaire, une décision décevante et dangereuse.

Sans mettre fin à la liberté de la preuve, écarter les preuves illicites et déloyales ce n'est pas desservir la recherche de vérité mais c'est respecter un équilibre nécessaire.