

Secret professionnel de l'avocat : un pas en arrière, un pas en avant ?

Cour de cassation, crim., 13 décembre 2022, n° 21-87.435

FONDEMENT : Code de procédure pénale, art. 100-5

Mots-clés : SECRET PROFESSIONNEL * Avocat * Droits de la défense * Secret du conseil * Droit européen

L'espèce : Dans le cadre d'une information judiciaire, la ligne téléphonique de la compagne d'un homme en fuite est placée sur écoute. Des conversations entre celle-ci et différents cabinets d'avocats auprès desquels elle intervient au nom de son compagnon sont enregistrées et exploitées par les enquêteurs. Par la suite, ce dernier est interpellé et mis en examen. Il dépose alors une requête tendant à l'annulation des procès-verbaux de retranscription de ces conversations téléphoniques, que la chambre de l'instruction rejette. Il forme un pourvoi, que la Cour de cassation accueille partiellement.

7. Pour rejeter le moyen d'annulation pris de l'irrégularité de la transcription de deux conversations interceptées sur la ligne téléphonique de Mme [S], l'arrêt attaqué retient qu'elles ne concernent pas des échanges avec des avocats mais avec leur secrétariat et qu'elles n'entrent pas dans le champ de l'interdiction de la loi.

8. En statuant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application des dispositions de l'article 100-5, alinéa 3, du code de procédure pénale.

Mais [...]

9. [...] l'interdiction de la transcription des correspondances entre un avocat et son client, relevant de l'exercice des droits de la défense, s'étend à celles échangées à ce sujet entre l'avocat et les proches de celui-ci. Il n'en va autrement que s'il apparaît que le contenu et la nature des échanges sont propres à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction.

10. Pour rejeter le moyen d'annulation pris de l'irrégularité de la transcription de deux autres conversations interceptées sur la ligne téléphonique de Mme [S], entre celle-ci et des avocats, qu'elle a successivement sollicités afin que l'un d'eux assure la défense de son compagnon, M. [X], l'arrêt attaqué retient qu'elles ne concernent pas la défense de la personne placée sous surveillance.

11. Les juges constatent que, pour l'un, il n'a été donné aucune suite à cet échange et que, pour l'autre, M. [X] n'était pas encore son client à la date de la communication.

12. En se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés pour les motifs qui suivent ».

Observations : Trois observations s'imposent. Premièrement, la chambre criminelle exclut les échanges entre le justiciable et le secrétariat de l'avocat du champ de la protection de l'article 100-5, alinéa 3, du code de procédure pénale qui dispose que, à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense – et couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, ajoute la loi du 22 décembre 2021 (non applicable en l'espèce). Cette position est déplorable. Les informations confiées par un justiciable au secrétariat d'un avocat sont par hypothèse destinées à ce dernier. Le secrétariat n'est qu'un intermédiaire. C'est bien la nature même d'un échange entre un sujet de droit et son avocat qui emporte la confidentialité, et non la forme empruntée. Par définition, par essence même, un propos confié à un avocat ès qualités est confidentiel, peu importe qu'il soit direct ou qu'il transite par le secrétariat de ce dernier. D'ailleurs, quelques jours auparavant, la chambre commerciale a adopté une position contraire, approuvant une cour d'appel d'avoir écarté des débats des correspondances entre avocats « quand bien même seraient-elles échangées par courriel entre la secrétaire d'un avocat et un avocat » (Com. 16 nov. 2022).

Deuxièmement, la Cour confirme que l'interdiction de la transcription des correspondances entre un avocat et son client, relevant de l'exercice des droits de la défense, s'étend à celles échangées à ce sujet entre l'avocat et les proches de celui-ci. Expressément, la motivation est identique à celle retenue dans un arrêt du 13 septembre 2022 (Crim. 13 sept. 2002). Peu avant, la chambre criminelle avait jugé que des documents saisis au sein d'une entreprise, bien que non adressés à l'avocat ni par lui, mais reprenant une stratégie de défense mise en place par ce dernier, sont couverts par le secret

Pour aller plus loin

Jurisprudence : Com. 16 nov. 2022, n° 21-17.338, Bull. civ. ; Crim. 13 sept. 2002, n° 21-87.452, AJ pénal 2022. 533, obs. E. Mercinier-Pantalacci et V. Rigamonti ; Crim. 26 janv. 2022, n° 17-87.359, AJ pénal 2022. 161, obs. P. de Combes de Nayves ; Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.205, D. 2017. 74, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2016. 261, obs. P. de Combes de Nayves ; CJUE 8 déc. 2022, aff. C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies et a.*, V. Rigamonti et E. Daoud, Secret professionnel de l'avocat : le salut venu de l'Europe ?, *supra*.

À retenir

Semblant revenir sur un de ses propres arrêts ne datant que du mois de septembre 2022, la chambre criminelle admet que le secret professionnel de l'avocat s'étend aux échanges entre un client et son avocat, bien que celui-ci n'ait pas encore été officiellement désigné.

professionnel (Crim. 26 janv. 2022). Dans les faits de l'arrêt du 13 septembre 2022 comme dans ceux de la décision étudiée, les conversations dont la confidentialité est concédée par la chambre criminelle ont eu lieu entre la compagne du mis en cause et l'avocat : la règle paraît acquise.

Troisièmement, au visa des articles 6, § 3, de la Convention EDH, 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et 100-5 du code de procédure pénale issu de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, **la chambre criminelle censure les juges du fond pour avoir dit que les conversations avec l'avocat ne sont pas protégées par le secret professionnel relevant de l'exercice des droits de la défense au prétexte que le mis en cause n'était pas encore le client de l'avocat à la date de celles-ci**. Le sujet est brûlant ; il s'agit du cas dans lequel l'échange avec l'avocat est postérieur aux faits objet de la procédure pénale mais antérieur à la désignation officielle de ce dernier par son client (audition de suspect ou interrogatoire). Dans son, hélas, célèbre arrêt *Bismuth*, la chambre criminelle avait jugé que la protection découlant du secret des correspondances avec un avocat ne trouvait pas à s'appliquer lorsque la personne n'a été « ni mise en examen ou témoin assisté ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause » (Crim. 22 mars 2016). Pour mettre fin à cette règle prétorienne, la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a modifié l'article préliminaire du code de procédure pénale, qui garantit désormais le respect du « secret professionnel de la défense et du conseil » (v., aussi, C. pr. pén., art. 56-1, 56-1-2 et 100-5). Aux termes de la circulaire d'application du 28 février 2022, le garde des Sceaux a confirmé la volonté du législateur d'assimiler le secret de la défense, qui s'applique à compter de la garde à vue ou de l'interrogatoire de première comparution, et le secret du conseil se rattachant à l'exercice des droits de la défense, qui s'applique à « celui qui prend conseil parce qu'il s'attend à être prochainement poursuivi ou parce qu'il sait avoir commis une infraction pénale prépare en réalité déjà sa défense » et qui « doit voir protégés ses échanges avec son avocat, même si aucune procédure pénale n'est déjà engagée, ou, si c'est le cas, même si la personne n'est pas encore mise en cause dans cette procédure » (CRIM-2022-05/H2). L'arrêt du 22 mars 2016

est expressément visé dans la circulaire comme étant révolu. Cependant celle-ci précise... « sous réserve de la jurisprudence à venir de la Cour de cassation ». De fait, par l'arrêt précité du 13 septembre 2022, la chambre criminelle s'était arc-boutée sur sa jurisprudence antérieure : « la compagne de M. [K] n'avait pas encore été placée en garde à vue [...] de sorte que cette conversation avec l'avocat ne pouvait relever de l'exercice des droits de sa défense ».

C'est donc son propre contrepied que semble prendre ici le Quai de l'Horloge deux mois après, aux termes de l'arrêt étudié, considérant que les conversations relevaient de l'exercice des droits de la défense quoiqu'elles fussent antérieures à l'interpellation et à la mise en examen. À moins qu'il ait été considéré *in petto* que l'émission d'un mandat d'arrêt est assimilable à ces deux étapes procédurales quant à la faculté subséquente de désigner un avocat avec lequel les échanges peuvent, partant, relever de l'exercice des droits de la défense...

Il est certain au demeurant que, quelques jours auparavant, la CJUE, au visa notamment de la jurisprudence de la CEDH, n'a fait aucun cas des prétendues différentes catégories de secret professionnel de l'avocat. La cour de Luxembourg a jugé qu'il n'existe qu'un secret professionnel de l'avocat, et expressément rappelé qu'il se traduit avant tout par des obligations à la charge des avocats, dont la mission fondamentale dans une société démocratique exige que tout justiciable puisse s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même englobe, par essence, la tâche de donner des avis juridiques (CJUE 8 déc. 2022 ; V. Rigamonti et E. Daoud, Secret professionnel de l'avocat : le salut venu de l'Europe ?). Peu importe que le justiciable ait déjà été, ou non, placé en garde à vue ou mis en examen, ni qu'il ait fait l'objet d'un mandat d'arrêt : la confidentialité de ses échanges avec l'avocat ne doit céder que dans l'hypothèse où ce dernier est suspecté d'avoir participé à une infraction. C'est pour tant simple.

Emmanuel Mercinier-Pantalacci
Avocat au barreau de Paris