

LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT COMMANDÉE PAR LA NOTION CLEF DE L'EXERCICE DES DROITS DE LA DÉFENSE

par Emmanuel Mercinier Pantalacci

Avocat, cabinet Vigo

Valentin Rigamonti

Avocat, cabinet Vigo

Cons. const. 19 janvier 2023, n° 2022-1030 QPC

Observations : Le secret professionnel de l'avocat présente deux faces. Côté pile, il doit être respecté par les tiers, notamment les enquêteurs et les magistrats dans le cadre d'une procédure pénale. Côté face, il doit être respecté par l'avocat lui-même, son propre client ne pouvant l'en délier. Dans tous les cas, le secret professionnel de l'avocat trouve pour limite l'exercice des droits de la défense. Cette notion clef est consacrée par la loi et prétendument explicitée par la Chancellerie, mais la récente jurisprudence de la Cour de cassation est à cet égard apparue réactionnaire puis erratique. La décision rendue le 19 janvier 2023 par le Conseil constitutionnel semble clarifier un tant soit peu le sujet, pour le meilleur et pour le pire.

La loi

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques énonce que, 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 client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.

Dans le but éponyme de renforcer la confiance dans l'institution judiciaire, la loi du 22 décembre 2021 a entendu renforcer le secret professionnel de la défense et du conseil⁽¹⁾. Un alinéa a été ajouté à l'article préliminaire du code de procédure pénale, garantissant « le respect du secret professionnel de la défense et du conseil [...] au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code ». Le deuxième alinéa de l'article 56-1 dispose désormais que « le magistrat qui effectue la perquisition veille [...] à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil [...] ne soit saisi et placé sous scellé ». L'article 100-5, troisième alinéa, énonce qu'« 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 ». L'article 56-1-2, applicable dans les deux cas, précise toutefois que « le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions [de fraude fiscale, de financement du terrorisme, de corruption] ainsi qu'au blanchiment de ces délits, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat

ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ».

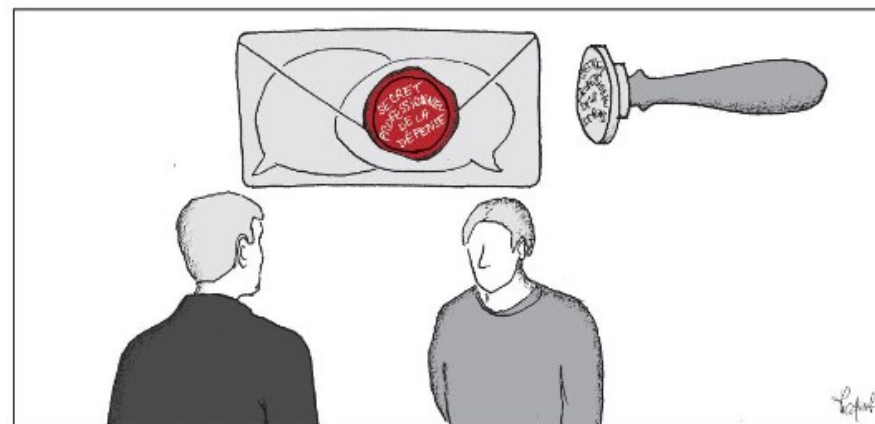
Apparaît ainsi la notion clef d'exercice des droits de la défense : en matière de conseil comme de défense, l'échange entre le justiciable et son avocat est protégé selon qu'il relève ou non de l'exercice de ces droits de la défense.

On observe d'ailleurs que c'est cette même notion clef qui constitue également les limites du secret professionnel de l'avocat appréhendé par le côté face. L'article 434-7-2 nouveau du code pénal institué par la loi Confiance du 22 décembre 2021 définit le délit de violation du secret de l'instruction – agissement jusqu'alors réprimé par le truchement de l'article 226-13 réprimant la violation du secret professionnel mais non spécifiquement celle du secret de l'instruction – en ces termes : « Sans préjudice des droits de la défense [...], le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance ». C'est encore l'article 2 bis du règlement intérieur du barreau de Paris qui énonce que « l'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense [...] ». Au reste, il est constant que l'avocat est tenu au respect de son secret professionnel « sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction » [pénale, disciplinaire et responsabilité civile professionnelle] selon les termes de l'article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005.

Côté pile, la Chancellerie est venue, aux termes d'une circulaire du 28 février 2022⁽²⁾, préciser ces notions. Trois hypothèses apparaissent distinguées : (i) le secret professionnel de la défense, qui s'applique à compter de la garde à vue ou de l'interrogatoire de première comparution ; (ii) le secret professionnel du conseil se rattachant à l'exercice des droits de la défense, lorsque l'échange avec l'avocat est postérieur aux faits objet de la procédure pénale mais antérieur à la mise en cause formelle du justiciable

(1) C. Porteron, Le secret professionnel de la défense et du conseil : une consécration singulière et des incertitudes à venir, AJ pénal 2022. 19.
(2) Circ. CRIM-2022-05H42 28/02/2022 du 28 févr. 2022.

ILLUSTRATION DU MOIS



(audition du suspect ou interrogatoire) ; (iii) le secret professionnel du conseil ne se rattachant pas à l'exercice des droits de la défense.

La seconde hypothèse constitue un sujet brûlant : 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'avait été « ni mise en examen ou témoin assisté ni même [...] placée en garde à vue dans la procédure en cause »⁽³⁾. La loi Confiance a entendu mettre fin, on l'a vu, à cette règle prétorienne ; volonté clairement confirmée par la garde des Sceaux dans la circulaire précitée : au secret de la défense est assimilé 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 préparée 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 ». L'arrêt du 22 mars 2016 est expressément visé dans la circulaire comme étant révoqué. Cependant, la circulaire précise aussi... « sous réserve de la jurisprudence à venir de la Cour de cassation ».

(3) Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.206, D. 2017. 74, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2016. 261, obs. P. de Combes de Nayes.

(4) Crim. 13 sept. 2022, n° 21-87.452 P, AJ pénal 2022. 533, obs. E. Mercinier-Pantalacci.

(5) E. Mercinier-Pantalacci et V. Rigamonti, Secret professionnel de l'avocat : un pas en avant, deux pas en arrière, AJ pénal 2022. 533.

(6) Crim. 13 déc. 2022, n° 21-87.435, AJ pénal 2023. 87, obs. E. Mercinier-Pantalacci.

(7) E. Mercinier-Pantalacci, Secret professionnel de l'avocat : un pas en arrière, un pas en avant ?, AJ pénal 2023. 87.

La jurisprudence réactionnaire puis erratique de la Cour de cassation

Les Hauts magistrats n'ont pas manqué de saisir la verge que leur tendait ainsi le garde des Sceaux pour se faire battre.

Par un arrêt du 13 septembre 2022, la chambre criminelle a réaffirmé la solution retenue dans son arrêt *Bismuth*, en jugeant que « 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 »⁽⁴⁾. Qu'il soit permis à la défense de regretter cette position réactionnaire du Quai de l'Horloge, dont le justiciable est la seule victime au demeurant. Le secret professionnel du conseil relevant de l'exercice des droits de la défense, expressément consacré par le législateur, indépendamment du sens que lui donne la Chancellerie, paraît ici nié dans son existence même par la Cour de cassation⁽⁵⁾. Cependant, il est jugé dans cet arrêt que « l'interdiction de transcription des correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense de son client s'étend à celles échangées à ce sujet entre l'avocat et les proches de celui-ci ». Autrement dit, conformément à la loi, la Cour de cassation soumet la protection du secret professionnel à la condition que celui-ci relève de l'exercice des droits de la défense (notion clef), mais elle s'oppose à la volonté du législateur qui entendait protéger le secret du conseil relevant de l'exercice des droits de la défense, dont elle dénie la possibilité même de l'existence. Par ailleurs cependant, la chambre criminelle affirme – c'est heureux – que la protection liée au secret professionnel s'étend également aux échanges entre un avocat et un proche de son client relevant de l'exercice des droits de la défense dudit client.

Par un arrêt du 13 décembre 2022⁽⁶⁾, la chambre criminelle s'est une seconde fois prononcée sur la question. Premièrement, elle a exclu les échanges entre le justiciable et le secrétaire 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. Déplorables position⁽⁷⁾, les informations confiées par un justiciable au secrétaire d'un avocat étant par hypothèse destinées à ce dernier et le secrétaire n'étant 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 à des 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 »⁹. 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 son arrêt du 13 septembre 2022. D'ailleurs, 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 professionnel¹⁰. 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 a censuré 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. C'est donc son propre contrepied qu'a semblé prendre ici le Quai de l'Horloge deux mois

après, 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 que sont le placement en garde à vue et l'interrogatoire de première comparution.

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'avocat¹¹. 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 juridiques¹².

Selon nous, 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 devrait céder que dans l'hypothèse où ce dernier est suspecté d'avoir participé à une infraction¹³.

En l'état, c'est bien la notion clef d'exercice des droits de la défense qui commande la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que la loi, on l'a vu. Côté face aussi, comme le confirme par exemple un arrêt rendu le 10 janvier 2023 par la chambre criminelle¹⁴. Dans cette affaire, un avocat a été jugé coupable d'avoir commis le délit de violation du secret professionnel, au motif qu'il s'était entretenu avec son client en présence de l'épouse de celui-ci, certes mise en cause dans la même information judiciaire, mais aux intérêts divergents et défendue par un conseil distinct. Son pourvoi a été rejeté au motif notamment qu'il n'était pas soutenu, et encore moins démontré, que la communication des éléments du dossier d'instruction à ladite épouse aurait été indispensable à l'exercice des droits de la défense du client de l'avocat.

Reste à savoir, en toute hypothèse, ce que recouvre concrètement cette notion clef. La décision n° 2022-1030 QPC du 19 janvier 2023 paraît offrir un enseignement.

La décision du Conseil constitutionnel

Deux décisions ont été rendues le même jour rue Montpensier. Aux termes de la seconde (n° 2022-1031 QPC), il est dit que l'application combinée des dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales et de l'article 56-1 du code de procédure pénale, d'où résulte qu'un juge des libertés et de la détention autorise l'administration fiscale à effectuer une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, puis statue sur la contestation d'une saisie opérée à cette occasion, est conforme aux principes constitutionnellement garantis sous réserve qu'il ne s'agisse pas du même magistrat.

Aux termes de la première décision (n° 2022-1030 QPC), plusieurs enseignements apparaissent. Premièrement, il est dit que « si sont garantis par ces dispositions [DDH de 1789, art. 16] les droits de la défense, aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondance des avocats ». Exit la valeur constitutionnelle que les requérants et intervenants (l'ordre des avocats de Paris, celui des Hauts-de-Seine, l'association des avocats

pénalistes, le conseil national des barreaux, etc.) invitaient le Conseil constitutionnel à reconnaître au secret professionnel de l'avocat, reprochant, d'une part, au deuxième alinéa de l'article 56-1 de permettre la saisie dans le cabinet de l'avocat d'un document couvert par le secret professionnel du conseil ne relevant pas de l'exercice des droits de la défense, d'autre part, à l'article 56-1-2 de permettre la saisie de documents couverts par le secret du conseil même lorsqu'ils relèvent de l'exercice des droits de la défense. Le Conseil constitutionnel confirme par conséquent qu'en la matière visée par l'article 56-1-2 (fraude fiscale, financement du terrorisme, corruption et blanchiment subséquent) peuvent être saisis des documents relevant de l'exercice des droits de la défense et couverts par le secret du conseil lorsqu'ils ont été utilisés aux fins de commettre ou de faciliter l'infraction. Qu'il nous soit permis d'écrire que l'hypothèse est glaçante et de gager que les citoyens seraient stupéfaits d'apprendre que celle-ci est permise par la loi : dans le cadre d'une procédure pénale en cours portant sur d'éventuels faits de fraude fiscale par exemple, un justiciable vient consulter son avocat car il craint d'être mis en cause ; en ce cas, leurs échanges pourront valablement être observés, écoutés, saisis, pour déterminer s'ils ont été utilisés aux fins de commettre ou de faciliter l'infraction. On peine cependant à concevoir en pratique

(8) Com. 16 nov. 2022, n° 21-17-338 P.

(9) Crim. 26 janv. 2022, n° 17-87-359, AJ pénal 2022. 161, obs. P. de Combès de Nayves.

(10) E. Daoud et V. Rigamonti, Secret professionnel de l'avocat : le salut venu de l'Europe ?, AJ pénal 2023. 95.

(11) CJUE 8 déc. 2022, Orde van Vlaamse Balies et a.

(12) Crim. 14 janv. 2003, n° 02-87-062, D. 2003. 944, et les obs. ; RSC 2003. 884, obs. J.-F. Roussic.

(13) Crim. 10 janv. 2023, n° 22-80-969, Inedit.

l'hypothèse dans laquelle la procédure pénale est déjà ouverte – ce qui implique de se situer postérieurement aux faits en question – mais l'infraction pas encore commise – puisque l'échange est utilisé aux fins de faciliter la commission de celle-ci...

Enfin, pour valider les dispositions de l'article 56-1, le Conseil constitutionnel écrit : « 10. Les dispositions contestées du deuxième alinéa de l'article 56-1 du code de procédure pénale interdisent la saisie des documents couverts par le secret professionnel de la défense et du conseil [...] dès lors qu'ils relèvent de l'exercice des droits de la défense. 11. Ainsi ces dispositions n'ont pas pour objet de permettre la saisie de documents relatifs à une procédure juridictionnelle ou à une procédure ayant pour objet le prononcé d'une sanction et relevant à ce titre, des droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

Ainsi semble-t-il être donné un début de précision quant au sens de la notion clef de l'exercice des droits de la défense : relève de cette notion ce qui est relatif à une procédure juridictionnelle ou une procédure ayant pour objet le prononcé d'une sanction. Dans cette hypothèse, le secret professionnel est protégé, quand bien même s'agit-il du secret

du conseil, c'est-à-dire quand bien même le justiciable n'a pas encore fait l'objet d'une audition comme suspect, d'un interrogatoire de première comparution, voire d'un mandat d'arrêt par exemple. Rappelons qu'aux termes de la circulaire du 28 février 2022, il était exposé que le secret professionnel du conseil peut relever de l'exercice des droits de la défense « même si aucune procédure pénale n'est déjà engagée. » Sous cette réserve non négligeable, l'interprétation du Conseil constitutionnel est sur ce point, identique à celle de la Chancellerie. La Cour de cassation, on l'a vu, après son arrêt réactionnaire du 13 septembre 2022, a paru s'y ranger dans son arrêt du 13 décembre 2022.

En définitive, il semble permis de résumer l'état du droit comme suit. Le secret professionnel du conseil relevant de l'exercice des droits de la défense – c'est-à-dire relatif à une procédure juridictionnelle ou à une procédure ayant pour objet le prononcé d'une sanction – est assimilé au secret professionnel de la défense, sauf en matière de fraude fiscale, financement du terrorisme, corruption et blanchiment subséquent, où la protection disparaît lorsque les échanges entre le justiciable et son avocat ont été utilisés aux fins de commettre ou de faciliter l'infraction.

Vidéo



5 minutes d'arrêts en pénal

Retrouvez en vidéo la présentation de trois arrêts du mois dernier réalisée et présentée par la rédaction pénale de Lefebvre Dalloz.