

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

Cour de cassation, crim., 13 septembre 2022, n° 21-87.452

FONDEMENT : Code de procédure pénale, art. préliminaire

Mots-clés : SECRET PROFESSIONNEL * Avocat * Droits de la défense * Secret de la défense * Secret du conseil * Proche * mis en cause

L'espèce : Dans le cadre d'une information judiciaire, la ligne téléphonique de M^{me} D, compagne de l'un des mis en cause, M. K, est placée sur écoute. Alors que M. K est sur le point de faire l'objet d'un défèrement, sa compagne s'entretient au téléphone avec l'avocat de celui-ci, qui l'informe du défèrement à venir et lui donne rendez-vous devant le tribunal. Cet échange permet aux enquêteurs de localiser M^{me} D et de placer sur son véhicule un dispositif de géolocalisation.

Mis en examen par la suite, M. K sollicite l'annulation du procès-verbal de retranscription de cette conversation entre sa compagne et son avocat, ainsi que des actes subséquents, notamment la mise en place et l'exploitation du dispositif de géolocalisation. La chambre de l'instruction rejette la requête en nullité. Elle est approuvée par la Cour de cassation.

« 5. Pour rejeter le moyen de nullité du procès-verbal relatant l'appel téléphonique d'un avocat, intercepté sur la ligne de la compagne de M. [K], l'informant du défèrement de celui-ci et lui donnant rendez-vous au tribunal, l'arrêt attaqué énonce que ce procès-verbal a pour objet une surveillance et qu'il ne s'agit pas d'un procès-verbal de transcription d'une conversation téléphonique.

6. Les juges ajoutent qu'il ne ressort pas de ce procès-verbal que cet avocat assure la défense de la personne titulaire de la ligne téléphonique surveillée.

7. En statuant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision.

8. En effet, d'une part, si 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, les échanges litigieux relatifs au défèrement de M. [K] au tribunal et au rendez-vous pris entre l'avocat et la compagne de celui-ci n'ont été rapportés que pour rendre compte des circonstances ayant permis la localisation du véhicule de cette dernière et l'installation sur celui-ci d'un dispositif de géolocalisation, de sorte que le procès-verbal en cause a eu pour seul objet de donner les informations nécessaires à la compréhension des investigations.

9. D'autre part, ainsi que la Cour de cassation, qui a le contrôle des pièces de la procédure, est en mesure de le constater, la compagne de M. [K] n'avait pas encore été placée en garde à vue dans le dossier au moment où s'est tenu l'échange téléphonique litigieux et n'était pas partie à la procédure au moment où la chambre de l'instruction a statué, de sorte que cette conversation avec l'avocat ne pouvait relever de l'exercice des droits de sa défense ».

Observations : Pour la première fois depuis la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, la chambre criminelle se prononce sur la protection du secret professionnel de l'avocat dans une procédure pénale. La Cour étend le champ d'application du secret professionnel aux échanges entre l'avocat et les proches du mis en cause ; un pas en avant. En revanche, prenant le contrepied de la circulaire du 28 février 2022, elle exclut de la protection les échanges entre l'avocat et le justiciable qui n'a pas encore été procéduralement mis en cause ; deux pas en arrière.

Extension de la protection découlant du secret des correspondances avec un avocat. La chambre de l'instruction ayant jugé que le procès-verbal de retranscription « a pour objet une surveillance et qu'il ne s'agit pas d'un procès-verbal de transcription d'une conversation téléphonique au sens des dispositions de l'article 101 du code de procédure pénale », le demandeur au pourvoi soutenait au contraire qu'il s'agissait d'un échange relevant de l'exercice des droits de la défense. La chambre criminelle commence par affirmer que « l'interdiction de transcription des correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense s'étend

À retenir

L'interdiction de transcription des correspondances avec un avocat 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 mais, dès lors que la personne n'est pas formellement mise en cause dans la procédure, le secret de la défense ne protège pas ses échanges avec un avocat.

à celles échangées à ce sujet entre l'avocat et les proches de celui-ci ». Cette décision paraît s'inscrire dans la continuité de deux arrêts qui avaient étendu la protection liée au secret professionnel. Par un premier arrêt du 18 janvier 2006, la chambre criminelle avait cassé un arrêt de chambre de l'instruction ayant considéré que deux requérants n'avaient pas qualité pour solliciter la nullité de la retranscription d'échanges téléphoniques entre leur père et son avocat, qui était aussi le leur. La Haute cour avait jugé que la violation du principe de la confidentialité des conversations téléphoniques entre un avocat et un client devait être relevée d'office par la chambre de l'instruction, à laquelle il appartenait donc de rechercher s'il avait été porté atteinte à ce principe. Par un second arrêt du 26 janvier 2022, la Cour de cassation a 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, étaient couverts par le secret professionnel. Le 13 septembre 2022, c'est donc une nouvelle étape qui est franchie par la chambre criminelle, qui affirme 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.

La chambre criminelle limite néanmoins la portée de ce principe dans le cas d'espèce, considérant que le contenu de l'échange en question ne relève pas de l'exercice des droits de la défense puisque sa retranscription a pour seul objet de permettre la compréhension des investigations. On peut essayer de faire l'effort de comprendre ce qui anime ici les juges : le contenu de l'échange serait par nature insusceptible d'être utilisé à charge puisqu'il s'agit uniquement d'une prise de rendez-vous avec l'avocat. On se demande toutefois ce qui pourrait relever de l'exercice des droits de la défense dans un tel échange puisque l'avocat est tenu au secret de l'enquête et de l'instruction à l'égard des proches de son client. Reste que leur propos n'est pas admissible dans la mesure où le fait que des échanges bénéficient ou non de la protection attachée au secret professionnel dépendrait de l'usage qui en est fait par les enquêteurs.

Le rejet de l'interprétation de la Chancellerie de la notion de « secret professionnel du conseil se rattachant à l'exercice des droits de la défense ». La Cour de cassation profite de cet arrêt pour réaffirmer la solution retenue dans son arrêt *Bismuth*, par lequel elle 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 n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause ». Idem en l'espèce, où la chambre criminelle juge « 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 ».

On peut y voir un camouflet donné au signataire de la circulaire du 28 février 2022. En effet, 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, les art. 56-1, 56-1-2 et 100-5). Aux termes de la circulaire d'application,

le garde des Sceaux assimile 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 ».

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.

À notre sens, le secret professionnel de l'avocat devrait se distinguer selon trois hypothèses : (i) l'échange entre le justiciable et son avocat est postérieur à la mise en cause procédurale formelle du premier (audition de suspect, interrogatoire de première comparution) : il s'agit du secret professionnel de la défense ; (ii) l'échange entre le justiciable et son avocat est antérieur à une éventuelle mise en cause procédurale formelle du premier mais postérieur aux faits litigieux : il s'agit du secret professionnel du conseil relevant de l'exercice des droits de la défense ; (iii) l'échange entre le justiciable et son avocat est antérieur aux faits litigieux : il s'agit du secret professionnel du conseil ne relevant pas de l'exercice des droits de la défense. Le secret professionnel de la défense et le secret professionnel du conseil relevant de l'exercice des droits de la défense n'ont pas de limite, sauf indice de la participation de l'avocat à une infraction. Le secret professionnel du conseil ne relevant pas des droits de la défense a pour limite l'hypothèse dans laquelle, en matière de fraude fiscale, de financement du terrorisme, de corruption ou de blanchiment de ces infractions, les échanges établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission de l'infraction.

En l'état, l'on ne peut que regretter l'insécurité juridique qui règne actuellement en la matière. L'articulation de la circulaire du 28 février 2022 avec la loi du 22 décembre 2021 qu'elle était censée éclairer n'était déjà pas aisée. L'arrêt étudié accentue le

Pour aller plus loin

Jurisprudence : Crim. 18 janv. 2006, n° 05-86.447, D. 2006. 392, obs. C. Girault ; AJ pénal 2006. 126, obs. C. Girault ; *ibid.* 254, note P. Dourneau-Josette ; RSC 2006. 413, obs. J. Buisson ; Crim. 26 janv. 2022, n° 17-87.359, inédit, AJ pénal 2022. 161, obs. P. de Combles de Nayves ; Crim. 22 mars 2016, n° 15-83.205, D. 2017. 74, obs. T. Wickers ; AJ pénal 2016. 261, obs. P. de Combles de Nayves ; CE 18 oct. 2022, n°s 463588 et 463683. – **Textes** : Circ. CRIM-2022-05/H2 du 28 févr. 2022.

flou. On attend la décision que va rendre le Conseil constitutionnel, saisi par arrêt du Conseil d'État le 19 octobre 2022, à l'initiative de l'Ordre des avocats au barreau de Paris, sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article 56-1

du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 22 décembre 2021, ainsi que celle de l'article 56-1-2 du même code.

Emmanuel Mercinier-Pantalacci

Avocat, Vigo cabinet d'avocats

Valentin Rigamonti

Avocat, Vigo cabinet d'avocats