

Commission Droit Pénal



Sévag TOROSSIAN,

Co-Président de la Commission Droit Pénal de l'ACE

L'année 2015 a été marquée par plusieurs thèmes et événements qui ont entièrement mobilisé la Commission droit pénal : le secret, la mise sur écoute de l'avocat et de son client, les perquisitions de cabinets d'avocat, les conséquences et le suivi de la réforme sur la fraude fiscale du 6 décembre 2013, la loi dite Renseignement promulguée le 24 juillet 2015, ainsi que la réforme de la prescription pénale avec une proposition de loi déposée le 1^{er} juillet 2015.

Plusieurs réunions publiques ont été organisées à l'attention des techniciens du droit – stratégie de défense pénale, droit pénal politique, droit pénal de l'art. Ainsi, depuis maintenant deux ans, la Commission inscrit ses travaux sous le thème de la transversalité. Le droit pénal étant par nature transversal, nous avons proposé à l'ensemble des Commissions de l'ACE d'intégrer le « réflexe pénal » : systématiser l'intervention d'un pénaliste à l'occasion de chaque conférence, journée de travail, formation. La collaboration est en cours avec les Commissions droit fiscal ou droit de l'art ; elle devrait s'étendre cette année au droit de la famille, au droit public et à toutes celles qui en formeront le vœu.

Présente lors du Congrès de l'ACE qui s'est tenue les 15 et 16 octobre à Bruxelles, la Commission a participé à l'animation de deux ateliers : « La responsabilité pénale de l'avocat » que Vincent Nioré a ainsi co-animé avec Thierry Del Farra, et « Droit pénal de l'art », que Sévag Torossian a présenté avec Anne-Sophie Nardon.

La Commission droit pénal a régulièrement été sollicitée pour avis et consultation à l'occasion de chaque projet de réforme mettant en cause les libertés publiques, y compris par le Conseil national des barreaux.

La Commission, qui compte en son « noyaux dur » Vincent Nioré, William Feugère, Sévag Torossian et Cédric Labrousse, a le bonheur d'accueillir en son sein, David Levy, ancien directeur du Pôle juridique du CNB et actuel co-Président du Barreau Pénal International.

Danger sur les correspondances électroniques des avocats



Vincent NIORE,

Avocat au Barreau de Paris,
Membre du Conseil National des Barreaux,
Co-Président de la Commission Droit Pénal de l'ACE,
vincent.niore@niore-avocats.fr

Par arrêt du 8 juillet 2015 (n° 14-88457), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « n'entraient pas dans les prévisions des articles 100 à 100-5 du Code de procédure pénale, l'appréhension, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises ou reçues par la voie des télécommunications antérieurement

à la date de la décision écrite d'interception prise par le juge d'instruction, lesquels doivent être réalisés conformément aux dispositions légales relatives aux perquisitions ».

Interception à distance ou saisie en perquisition de données électroniques ?

Le choix du procédé intrusif n'est pas sans danger tant pour les avocats à propos du risque de violation du secret professionnel que pour les magistrats instructeurs s'agissant de la régularité de leurs actes coercitifs.

Les faits :

L'espèce tranchée ne concernait pas un avocat mais le suspect d'une fraude par l'utilisation de cartes bancaires contrefaites, en détention provisoire, et auquel il était reproché d'opérer à l'aide d'un matériel informatique clandestin.

Le magistrat instructeur délivrait commission rogatoire, au visa des articles 100 et suivants du CPP, afin qu'il soit procédé à l'interception, l'enregistrement et la transcription des courriers électroniques échangés par le détenu avec des tiers à partir du lieu de détention.

Mais les enquêteurs recueillirent l'ensemble des données des fichiers dont celles stockées antérieurement à l'autorisation d'interception du juge.

Le mis en examen arguait logiquement de la nullité de la saisie de l'ensemble des messages stockés dans la boîte de messagerie électronique antérieurement à la commission rogatoire.

La Chambre de l'Instruction rejetait en premier lieu l'argument – pertinent – soulevé par la défense, de l'absence de disposition légale permettant d'effectuer des investigations concernant une « adresse mail » mais jugeait par référence à l'article L32 du Code des postes et des communications électroniques, que la transmission d'un courriel, c'est-à-dire d'un courrier électronique, rentrait dans le champ d'application de l'article 100 du CPP à propos des correspondances émises par la voie des télécommunications tel que résultant de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991.

En outre, elle rejetait l'argument tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme en se bornant à indiquer qu'un courriel entrant dans le champ des correspondances visé à l'article 100 du CPP.

La Chambre criminelle, par les termes précités, cassait l'arrêt en ce qu'il avait rejeté la critique faite aux enquêteurs d'avoir outrepassé leur mission par la saisie d'un ensemble de données y compris celles stockées avant la commission rogatoire.

La critique de la solution :

Cet arrêt qui possède l'apparence de la logique est cependant de nature à inquiéter non seulement les avocats sur l'ingérence à distance nécessairement illégitime dans leurs cabinets mais également les juges d'instruction sur la licéité de tels procédés d'intrusion. L'arrêt confirme l'offre faite au magistrat instructeur du choix de l'interception à distance ou de l'appréhension sur place dans le cadre d'une perquisition, des correspondances émises par la voie des télécommunications auxquelles la Cour suprême assimile toutes les correspondances électroniques telles que visées par l'article L32 du Code des postes et des communications électroniques.

Seraient donc en cause les courriels, SMS, télécopies, autant de correspondances électroniques confidentielles des avocats émises par la voie des télécommunications.

Or, ces correspondances électroniques constituent de surcroît des données informatiques qui s'affichent sur écran, introduites par la saisie de caractères par l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données et dont la captation à distance est prohibée chez les avocats en matière de criminalité organisée, ces derniers éléments ne pouvant être saisis que dans le cadre d'une perquisition de l'article 56-1 du CPP.

Ainsi, la Chambre criminelle offre la possibilité au juge d'instruction d'intercepter à distance, dans les conditions des articles 100 et suivants du CPP, les correspondances électroniques ou au contraire, de les appréhender lors d'une perquisition, au besoin sur commission rogatoire.

Mais s'agissant des avocats et des juges, la solution présente évidemment de lourds

dangers de violation du secret professionnel pour les premiers et de risque d'irrégularité de leurs actes intrusifs pour les seconds.

L'article 100-7 du CPP permet « l'interception de la ligne dépendant du cabinet d'un avocat » avec information préalable au Bâtonnier, les articles 100 et suivants du CPP restreignant cette possibilité au seul magistrat instructeur alors que l'article 56-1 du CPP à propos des perquisitions chez l'avocat, exige à peine de nullité qu'elles soient pratiquées par un « magistrat », juge d'instruction, parquetier... (voire JLD... c'est arrivé...). Ainsi, l'interception à distance serait l'apanage exclusif du juge d'instruction alors que la saisie en perquisition serait réservée au « magistrat » qui s'entend en pratique du juge d'instruction et du Parquet sauf la contestation du statut de ce dernier qui devrait restreindre son champ d'intervention à néant au profit du magistrat instructeur sous contrôle du JLD.

En effet, il importe de souligner que la saisie de correspondances électroniques lors d'une perquisition est susceptible de rencontrer l'opposition du Bâtonnier qui peut la contester et que la CEDH consacre comme une « garantie spéciale de procédure ».

Au contraire, le juge d'instruction qui déciderait d'intercepter les courriels d'un avocat à distance, se devrait simplement d'en informer le Bâtonnier au visa de l'article 100-7 sans que celui-ci ait la possibilité d'émettre une contestation que le juge d'instruction devrait en toute logique soumettre au JLD comme en matière de contestation de perquisition pour assurer la garantie du respect du secret professionnel.

L'interception à distance de courriels confidentiels viole nécessairement l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme par une ingérence constitutive d'une violation de la vie privée comme n'étant pas soumise au contrôle du juge indépendant que constitue le JLD, garant du secret professionnel, de la présomption d'innocence et des droits de la défense.

En définitive, en assimilant le courriel à une correspondance électronique émise par la voie des télécommunications, la Chambre criminelle d'une part, offre la possibilité au magistrat instructeur d'intercepter à distance

un ensemble de correspondances, courriels électroniques, SMS, télécopies... couverts par le secret professionnel, sans contestation possible du Bâtonnier en l'état des textes, d'autre part, confirme la multiplication des auteurs de l'appréhension puisqu'elle permet au juge d'instruction et au Parquet, en perquisition, de saisir ces mêmes éléments sous la réserve de la contestation du Bâtonnier.

N'est pas réglée cependant, en matière d'allégation de criminalité organisée, la question de la saisie de courriels confidentiels auxquels sont généralement associés des projets d'actes confidentiels qui constituent nécessairement des données informatiques affichées sur écran et introduites par la saisie de caractères, à distinguer des courriels électroniques auxquelles elles sont pourtant associées.

En effet, en matière de criminalité organisée, l'article 706-102-1 du CPP prévoit la mise en place à distance de procédés de captation soit d'un « dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver et les transmettre, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données, telles qu'il les y introduit par saisie de caractères... ».

Semblent donc concernées toutes les données informatiques ou électroniques dont les courriels et leurs données jointes.

Cependant, l'article 706-102-5 du CPP dispose que « la mise en place du dispositif technique mentionné à l'article 706-102-1 ne peut concerner les systèmes automatisés de traitement des données se trouvant dans les lieux visés aux articles 56-1, 56-2 et 56-3 ni être réalisée dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes visées à l'article 100-7 ».

Ainsi, la captation par le juge d'instruction de données informatiques – donc de courriels – à distance est strictement interdite à propos des avocats en matière de criminalité organisée et il semble que la solution de la Chambre criminelle à propos de l'interception de ces mêmes correspondances émises par la voie des télécommunications également logées dans des « STAD » trouve ainsi sa limite.

Il serait aussi absurde de prévoir deux régimes d'intrusion à distance selon que l'on

DOSSIER : L'EUROPE

serait ou non en matière de criminalité organisée, l'un prohibé, l'autre possible alors que le secret professionnel des avocats serait en cause.

Le recours à l'article L32 du Code des postes et des communications électroniques a finalement mis en lumière le déséquilibre et les contradictions qui existent entre le régime de l'interception à distance et celui de l'appréhension en perquisition des données informatiques quant à la garantie des droits des avocats par l'absence de contestation du Bâtonnier dans le premier cas et sa présence effective dans le second cas.

L'arrêt rendu par la CEDH le 3 septembre 2015 (SERVULO c. Portugal) a en tout cas l'avantage de mettre en exergue le rôle du JLD comme juge de la loyauté et de la régularité de la saisie de données électroniques confidentielles en cabinet d'avocats.

Il est clair qu'une réforme s'impose pour que la « *captation – appréhension – interception à distance* » des correspondances émises par la voie des télécommunications qui sont aussi évidemment des éléments intégrés dans les systèmes automatisés de traitement de données, subisse en amont les foudres de la contestation du Bâtonnier lors d'une

audience contradictoire du JLD comme c'est le cas en perquisition en cabinet d'avocats, que l'on soit ou non en matière de criminalité organisée.

Il s'agit simplement de priver le juge d'instruction de la possibilité d'intercepter à distance des données électroniques couvertes par le secret en lui imposant au visa de l'article 8 de la Convention, le recours au JLD.

Il s'agit également avec la même simplicité de priver le Parquet, qui n'est pas une autorité judiciaire indépendante des parties, de la possibilité de perquisitionner chez l'avocat. Rien de moins et ce sera justice.