

Plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal d'instruction en cours devant une juridiction étatique ou arbitrale

Bertrand MOREAU
Vincent NIORE
Avocats associés
Anciens Secrétaires de la Conférence
B. Moreau-Avocats

M. Jean de Maillard, à l'époque substitut à Marmande, nous révèle que « *dans les faits, nous sommes obligés de gérer en permanence l'information car il est évident que le secret de l'instruction n'existe pas, pour personne (...)* » (1).

Force est pourtant de constater que le secret de l'instruction existe bien dans les textes, puisqu'il est consacré par les dispositions de l'article 11 du Code de procédure pénale : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* ».

« *Sans préjudice des droits de la défense* » ! Effectivement, il est bon de le rappeler !

Mais à quoi ce rappel sert-il puisque l'avocat n'est pas tenu au secret de l'instruction et s'il l'était, il ne le serait, fort heureusement, que « *sans préjudice des droits de la défense* » ?

En pratique, se pose pour l'avocat, la question de la confrontation entre le secret de l'instruction – auquel il n'est pas tenu car il ne concourt pas à l'information, même s'il peut au nom du mis en examen ou de la partie civile formuler des demandes d'actes (2) – et le secret professionnel, au respect duquel il est astreint de manière illimitée et absolue.

Ainsi, la chambre criminelle décide que « *l'avocat, s'il ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, doit, en application de l'article 160 du décret du 26 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, respecter le secret de l'instruction en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements ou des pièces du dossier en cours* » (3).

Or, les « *besoins de la défense* », conçus comme se restreignant à la relation avocat-client au cours de l'instruction, ne peuvent s'entendre comme étant l'exercice des droits de la défense dont ils ne sont qu'une des modalités.

Aussi, faut-il voir une immense hypocrisie dans le fait de dire l'avocat libéré du poids du secret de l'instruction en rappelant qu'il n'y est pas tenu alors que simultanément, comme un corollaire immé-

diat, il est affirmé que l'avocat est tenu au secret professionnel à l'occasion de l'instruction mais, cette fois-ci, sans la réserve des droits de la défense sur laquelle, manifestement, le couperet de la guillotine est implacablement tombé !

Tel est le constat que nous sommes au regret de dresser aujourd'hui d'un droit positif qui envisage le secret professionnel de manière absolutiste au mépris du rôle de l'avocat dont il convient de rappeler qu'il est en charge, par nature, et congénitalement, de l'exercice sacré des droits de la défense.

Reste donc en effet posée la question de savoir si, viole ou non le secret professionnel, l'avocat qui verse aux débats, dans le cadre d'une procédure civile ou commerciale, devant une juridiction étatique ou un tribunal arbitral, sans l'autorisation du Parquet, tout ou partie des éléments d'une procédure d'instruction en cours, opposant les mêmes parties ou des parties différentes, et ce par exemple, pour soutenir ou s'opposer à une demande de sursis à statuer, ou tout simplement pour défendre les intérêts de son client ?

Tant la question que sa réponse interpellent bien évidemment tous les avocats.

Les dispositions de l'article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 (reprises pour partie par celles de l'article 2.4 du Règlement intérieur harmonisé) paraissent apporter une réponse qui se voudrait évidente : « *L'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours (...)* ».

Aussi, une première lecture de ces dispositions pourrait laisser penser qu'une telle communication serait impossible car le législateur semble avoir raisonné, à première vue, de manière prohibitive.

Cependant, s'arrêter à cette lecture serait navrant car une analyse, positive, permet de conclure que non seulement la loi n'interdit pas une telle communication mais que de surcroît la jurisprudence des juges du fond l'autorise sans détours ni artifices, loin des frayeurs qui habituellement gouvernent la matière.

Certains pourraient cependant objecter que si la

(1) L. Greilsamer et D. Schneidermann, *Les juges parlent*, Fayard, 1992, p. 333 et 334.

(2) Cf. F. Desportes, J.-Cl., *procédure pénale*, article 11 : « *Auxiliaire de justice, l'avocat n'est pas pour autant un collaborateur du juge d'instruction* ».

(3) Cass. crim., 18 septembre 2001, DP 2002, comm., n° 16.

communication des pièces d'un dossier d'instruction en cours lors d'une instance civile ne se heurte ni à la lettre des textes, ni à la jurisprudence, elle n'en viole pas moins l'esprit de la réglementation en matière de secret professionnel.

Mais la loi pénale est d'interprétation stricte, et le vide législatif ne saurait être suppléé par le recours à des dispositions déontologiques qui en aucun cas ne peuvent permettre de constater au plan pénal un manquement aux règles régissant le secret professionnel de la part de l'avocat qui, fort de son bon droit et à juste titre, effectuerait une telle communication.

Il ne s'agit nullement d'instrumentaliser la procédure pénale au profit de la procédure civile, mais de permettre l'exercice souverain des droits de la défense dans leur intégralité, aussi bien devant les juridictions civiles que pénales.

De plus, la production de pièces d'une instruction en cours aux débats d'une procédure civile ne contrevient pas aux principes généraux de la procédure tant civile que pénale. En effet, il ne s'agit que de moyens de preuve soumis, bien évidemment, au débat contradictoire : leur origine ne les transforme pas en preuves absolues.

Car en effet, la liberté de communiquer dont jouit l'avocat n'est réprimée par aucun texte (I) et est même consacrée par les juges du fond (II).

I. AUCUN DES TEXTES SANCTIONNANT LE SECRET PROFESSIONNEL NE PRÉVOIT NI NE RÉPRIME CETTE COMMUNICATION

Dans la présente hypothèse, comme dans toutes autres en droit pénal, il est bon de rappeler les principes de la légalité des délits et des peines et de l'interprétation stricte de la loi pénale qui doivent prévaloir.

En effet, la maxime *nullum crimen nulla poena sine lege* (consacrée par les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (« *Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ») et rappelée par les dispositions de l'article 111-3 du Code pénal (« *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement* ») empêche qu'un comportement qui n'est pas prévu et réprimé par la loi (dans son sens large) puisse fonder une poursuite pénale.

Ces principes protègent la liberté individuelle et assurent la sécurité juridique.

Autant de garanties fondamentales dont doivent

bénéficier tous les justiciables, mais aussi les avocats dans l'exercice de leurs fonctions.

Or, aucun texte ne prévoit ni ne réprime précisément une telle communication.

Il faut en conclure que le législateur est resté, sur ce point, totalement muet.

La référence aux dispositions du règlement intérieur des avocats ne permet pas de fonder une répression pénale

Que ceux qui ne résisteraient pas à la tentation de puiser dans les dispositions de l'article 2.4 du Règlement intérieur harmonisé, ou de tout autre règle déontologique, le fondement légal à une répression pénale, prennent garde !

Dans la présente hypothèse, aucun texte à vocation disciplinaire ne peut évidemment permettre de fonder une répression pénale !

Le vide juridique qui existe en la matière ne peut être suppléé par l'application cumulée, mais irraisonnée, des dispositions de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 et de celles des articles 11 du Code de procédure pénale et 226-13 du Code pénal.

Si une interdiction doit exister, c'est bien celle qui devrait empêcher de rechercher l'élément matériel d'une infraction non prévue par le législateur pénal dans les dispositions du texte disciplinaire.

Seule la divulgation du secret à un tiers est réprimée par les textes en vigueur

D'une part, les dispositions de l'article 2-4 du Règlement intérieur harmonisé prévoient que « *S'il [l'avocat] entend remettre à son client une reproduction de pièces d'un dossier d'instruction qui lui a été délivré en application de l'article 114 alinéa 4 du Code de procédure pénale, l'avocat, conformément aux dispositions de l'article 114 alinéa 7 du même Code, modifié par la loi du 30 décembre 1996, doit donner connaissance au juge d'instruction de la liste des pièces ou des actes dont il souhaite remettre une reproduction à son client* ».

Elles autorisent ainsi la communication au client d'une reproduction des pièces du dossier d'instruction conformément aux dispositions de l'article 114 du Code de procédure pénale.

Dans cette hypothèse, les dispositions de l'article 114-1 précisent que « (...) le fait pour une partie à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise en application de cet article, de la diffuser auprès d'un tiers est puni de 3.500 € d'amende ».

Seule la diffusion à un ou des tiers est punie.

D'autre part, les dispositions de l'article 226-13 du Code pénal prévoient que l'atteinte au secret professionnel est constituée par « *la révélation d'une*

information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état soit par profession, soit à raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

Or, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne sanctionne la divulgation d'informations confidentielles comme constitutive d'une violation du secret professionnel que lorsque cette divulgation intervient au profit de tiers.

Ainsi, la violation du secret professionnel n'est sanctionnée que lorsqu'il s'agit d'une divulgation de confidences reçues par l'avocat de son client et qui intervient au profit de tiers.

Mais il faut noter que le législateur a déjà prévu une exception de taille à l'égard des tiers par les dispositions de l'article 114 alinéa 6 du Code de procédure pénale en précisant que « *seules les copies des rapports d'expertise peuvent être communiquées par les parties ou leurs avocats à des tiers pour les besoins de la défense* ».

Le juge n'est pas un tiers : il est juge

Il convient ensuite de s'interroger sur la notion de tiers et plus particulièrement de se demander si, dans l'hypothèse qui nous intéresse, le juge civil, étatique ou arbitral, à qui sont communiquées par une partie les pièces d'un dossier d'instruction en cours, est ou non un tiers.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a dans un premier temps répondu à cette question en maintenant une décision de la Cour de Riom (4) qui avait autorisé un avocat à verser aux débats dans le cadre d'une procédure civile un élément issu d'une procédure d'instruction en cours.

Les faits étaient les suivants :

M. Z a consenti un prêt à une société civile immobilière. Cette SCI a ensuite été déclarée en état de règlement judiciaire.

Dans le cadre d'une procédure pénale du chef d'usure et d'abus de biens sociaux en cours d'instruction, M^e R. (le conseil de Z) a adressé au juge d'instruction de Clermont-Ferrand une lettre pour demander de disjoindre le cas de son client et de procéder au règlement du dossier afin de ne pas retarder l'issue des procès civils en cours.

En effet, M. Z a saisi le Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand d'un différend relatif à la production de sa créance au passif d'une procédure de règlement judiciaire.

Cependant, au cours d'une audience de plaidoirie devant le Tribunal de commerce, M^e X, avocat des emprunteurs, a versé aux débats une pièce de la procédure d'information pénale en cours, à savoir la lettre de M. R. au juge d'instruction de

Clermont-Ferrand, à l'appui de sa demande de sursis à statuer jusqu'à la décision pénale à intervenir.

Par une décision du 31 mai 1974, les magistrats de la juridiction consulaire ont fait droit à sa demande de sursis.

Parallèlement à cette instance, M. Z a fait délivrer commandement aux emprunteurs aux fins de saisie immobilière du fait du non paiement des intérêts et du non remboursement du prêt litigieux.

Ces derniers ont alors fait opposition à commandement et ont assigné Z devant le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand aux fins de le voir déclarer nul.

Au cours de l'audience de plaidoirie devant le Tribunal de grande instance, ils ont invoqué l'information en cours et ont demandé qu'il soit sursis à statuer ; Maître X faisant état à la barre d'une pièce du dossier d'instruction en cours : la lettre de M. R. au juge d'instruction.

Le Tribunal de grande instance, par décision du 4 juillet 1974, appliquant la règle « *le criminel tient le civil en état* », a sursis à statuer sur la validité du commandement jusqu'à la décision pénale à intervenir.

M. Z a alors cité M^e X devant le Tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand aux fins de le voir déclarer coupable du délit de violation du secret professionnel.

Ainsi il a été reproché à M^e X non seulement d'avoir contrevenu aux règles de sa profession, mais aussi d'avoir violé le secret de l'instruction et commis le délit de violation du secret professionnel.

Saisie de ces faits, la Cour d'appel de Riom, par un arrêt du 24 avril 1975, a décidé que « *L'avocat est certes tenu au secret professionnel qui lui interdit de divulguer les confidences qu'il peut avoir reçues de son client ou des pièces qu'il pouvait avoir reçues en sa qualité de conseil de l'inculpé* », mais qu'en l'espèce M. X entendait soutenir les intérêts de ses clients en faisant état de la position de Z afin de permettre aux juges d'apprécier le bien fondé de sa demande de sursis à statuer et de mettre en lumière l'attitude équivoque et contradictoire de son adversaire dans ces procédures. Il était donc utile pour les juges civils d'être tenus informés de l'existence d'une information ouverte contre les parties afin d'examiner s'il y avait lieu ou non d'appliquer la règle le criminel tient le civil en l'état .

La Cour d'appel a surtout précisé que « *ce que la loi a entendu interdire à l'avocat est en effet de révéler des secrets à des personnes non qualifiées pour les connaître, ce qui n'était pas le cas pour des juges consulaires et civils auxquels était soumis une contestation entre les parties qui avait un lien direct avec la procédure pénale en cours* ».

(4) C. Riom, 24 avril 1975, D., 1976, jur. p. 707. Cass. crim., 18 octobre 1977, D., 1978, jur. p. 94.

Les juges du fond ont ainsi décidé que M^e X n'avait pas commis le délit de violation du secret professionnel en faisant état, en sa qualité de défenseur dans l'instance civile, d'une pièce de l'instruction dont il a eu connaissance en sa qualité de défenseur dans l'instance pénale.

En effet, selon la Cour d'appel, « *il ne s'agissait pas d'un secret puisque l'existence de cette information n'avait aucun caractère confidentiel (...), la lettre incriminée ne contenait aucun aveu ou argument pouvant nuire à Z (...), en réalité cette lettre contenait une affirmation sur la nécessité de surseoir à statuer qui est une règle connue de tous les juristes* ».

Pendant la partie civile a formé un pourvoi en cassation contre cette décision.

Elle soutenait notamment, d'une part, que l'avocat, dépositaire par état, profession ou fonction, de secrets dont il a eu connaissance, ne pouvait de ce fait divulguer la lettre litigieuse qui ne lui avait été communiquée qu'en raison de son concours à l'instruction encore pendante ; d'autre part, que les dispositions de l'article 11 font obstacle à toute communication de pièces pendant le cours de l'instruction sans qu'il y ait lieu de distinguer si celles-ci renferment ou non des faits secrets. L'interdiction édictée par l'article R. 156 du Code de procédure pénale de communiquer toute pièce appartenant à une instruction clôturée sans l'autorisation du Procureur général impliquant *a fortiori*, selon les auteurs du pourvoi, l'interdiction absolue de communiquer des pièces pendant le cours de l'information.

Mais par un arrêt du 18 octobre 1977, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que « *s'il est vrai qu'aux termes de l'article 11 du Code de procédure pénale, la procédure d'instruction est secrète, sans préjudice des droits de la défense, et que toute personne concourant à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines de l'article 378 du Code pénal, les juges du fond ont pu estimer que ne constituait pas en l'espèce une violation de cette disposition, le fait, par l'avocat, d'avoir dans l'intérêt de ses clients versé aux débats la lettre incriminée, cette communication qui tendait à l'exercice des droits de la défense, ayant eu pour objet une simple correspondance n'apportant aucune révélation et concernant une question de pure procédure* ».

En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a consacré l'idée que le juge n'est pas un tiers : il est le juge.

En effet, constitue un tiers « *dans un procès, toute personne qui n'y est ni partie, ni représen-*

tée » (5) ; en conséquence « *le juge n'a jamais la qualité de partie, ni celle, d'ailleurs, de tiers : il est juge* » (6) .

Il en est de même des arbitres qui ne sont pas des tiers, mais des juges, choisis par les parties. Si leur désignation repose sur un fondement conventionnel, il n'en demeure pas moins qu'ils sont des juges (7).

De surcroît, il faut voir également dans la décision de la chambre criminelle la consécration du droit pour l'avocat de puiser dans le dossier d'instruction un ou plusieurs éléments qu'il produira dans la procédure civile parallèle, et ce nonobstant la recherche à laquelle la Cour de cassation s'est livrée en examinant si la pièce incriminée contenait ou non une information secrète.

D'ailleurs, ce point de la décision est surabondant, et il serait vain d'y voir la volonté de la Cour suprême de restreindre la portée du droit qu'elle a justement consacré, par une appréciation sur le caractère secret ou non de l'information révélée.

Dès lors, l'avocat d'une partie à un litige pendant devant un tribunal étatique ou arbitral dispose d'une liberté de communiquer totale.

Ainsi, la loi, interprétée strictement, n'interdit pas à une partie qui a obtenu des pièces d'une instruction en cours conformément aux dispositions de l'article 114 du Code de procédure pénale, de communiquer ces pièces à un juge civil.

Les parties ont la liberté de communiquer, par leur avocat, les pièces qu'elles souhaitent pour autant que les dispositions des articles 114 et 114-1 du Code de procédure pénale soient respectées ; ce sont les parties elles-mêmes qui communiquent leurs pièces par leurs avocats, et non ces derniers, car le nouveau Code de procédure civile ne connaît que « les parties ».

Il faudrait avoir malicieusement recours à un artifice pour astreindre l'avocat au secret professionnel à l'occasion de cette communication alors que le législateur dit que ce sont les parties – qui ne sont pas tenues au secret – au plan procédural qui communiquent leurs pièces !

Et il serait dès lors fondamentalement contraire au droit donné à une partie de se défendre de considérer que celle-ci, ne pouvant relever l'avocat du secret professionnel, ne pourrait lui communiquer lesdites pièces pour les produire en justice.

(5) G. Cornu, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, PUF, v^o Tiers.

(6) L. Cadiet ; Droit privé judiciaire, Litec, 2^e édition, 1998, p. 443.

(7) Précisons que la problématique ne concerne pas l'application de la règle « le criminel tient le civil en l'état » en matière d'arbitrage. Cf. sur cette question : Paris, 1^{er} ch. C, 17 janvier 2002, Rev. arb., 2002, 391, note J.-B. Racine ; Paris 1^{er} ch C, 1^{er} mars 2001 ; 17 janvier 2002 ; 20 juin 2002, RTD com, 2003, 63, chr. E. Loquin.

II. LE PRINCIPE DE LA LIBRE COMMUNICATION EST AFFIRMÉ PAR LES JUGES DU FOND

La jurisprudence la plus récente des juridictions du fond vient confirmer cette analyse des textes en vigueur.

En effet, la Cour d'appel de Paris ⁽⁸⁾ a décidé, par deux décisions rendues dans une même affaire, qu'un avocat peut valablement communiquer tout ou partie des pièces d'une procédure d'instruction en cours, devant la juridiction civile laquelle finalement surseoir à statuer.

Les faits qui ont donné lieu à ces deux décisions de la Cour d'appel de Paris sont les suivants :

En 1989, la société T. a entrepris des négociations avec le gouvernement de la République Nationale de Chine pour la vente de six frégates.

Le marché a été conclu en août 1991.

La société suisse F. et la société portugaise B., se fondant sur une « lettre-contrat » du 19 juillet 1990 et une cession du 20 juin 1991, ont alors prétendu à une rémunération pour leur intervention dans la réalisation de l'opération.

Mais la société T. a opposé une fin de non recevoir à cette requête : elle a notamment fait valoir que « les réclamations dont elle était l'objet sur la base d'accords dont elle ignorait tout, pouvaient s'assimiler à une tentative d'escroquerie ».

Ainsi, sur le fondement de l'article 9 de la lettre-contrat du 19 juillet 1990, une procédure d'arbitrage a été mise en œuvre devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

Le Tribunal arbitral a rendu, à Genève le 31 juillet 1996, une sentence qui a notamment condamné la société T. à payer à la société suisse F. une somme de 25.125.851,52 US dollars.

Aussi, la société T. a-t-elle formé un recours en annulation contre cette sentence.

Cependant, par une décision du 30 janvier 1997, le Tribunal fédéral suisse l'a déboutée de cette demande.

Entre temps, le 4 septembre 1996, le délégataire du Président du Tribunal de grande instance de Paris a rendu une ordonnance d'exequatur.

La société T. a interjeté appel de cette ordonnance.

Et considérant que les sociétés F. et B. avaient commis, selon elle, des agissements répréhensibles,

T. a porté plainte, l'instruction étant en cours au moment de l'appel.

T. a alors saisi le conseiller de la mise en état d'un incident tendant à faire ordonner la production aux débats du dossier pénal.

Elle soutenait en effet, que l'instruction encore en cours avait déjà démontré que les sociétés B. et F. avaient organisé une véritable mise en scène pour faire croire, notamment au moyen de témoignages mensongers, à l'existence de prestations prétendument effectuées par leur soins, et que l'objet réel du contrat n'était pas d'intervenir en Chine, mais d'exercer un trafic d'influence en France et qu'en conséquence la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale en France seraient contraires à l'ordre public.

Cependant, par une ordonnance du 24 avril 1998, le conseiller de la mise en état a renvoyé l'examen de cet incident, compte tenu de sa tardiveté, à l'appréciation de la Cour.

T. a donc réitéré sa demande à l'appui de son recours devant la Cour d'appel, en faisant notamment valoir que « si l'article 11 du Code de procédure pénale n'interdit pas que des pièces provenant d'une procédure pénale puissent être produites dans une instance civile à laquelle des tiers sont parties, ces dispositions doivent être combinées avec les articles 226-13 et 226-14 du même code qui sanctionnent pénalement l'avocat ayant utilisé des pièces pénales extraites du dossier d'instruction fût-ce pour les besoins d'une autre procédure et avec l'accord du client, ainsi qu'avec le règlement de la profession d'avocat. »

La société T. a donc sollicité de la Cour qu'elle ordonne, par l'entremise du ministère public, la production des pièces du dossier pénal de l'instruction en cours dont elle affirmait avoir besoin pour sa défense.

La Cour d'appel de Paris, (1^{re} ch., section C), par une première décision rendue le 10 septembre 1998, a décidé que si les allégations de la société T., selon lesquelles la preuve du caractère mensonger des témoignages ayant servi de fondement à la décision des arbitres résulterait de déclarations figurant dans le dossier de l'instruction en cours et qu'il y serait également établi que la convention du 19 juillet 1990 avait en réalité pour objet un trafic d'influence, étaient avérées, elles seraient de nature à démontrer l'existence des fraudes évoquées par la société T.

Elle en a déduit que la production des pièces pénales était donc indispensable.

Elle a alors précisé qu'« aucune disposition du Code de procédure pénale et notamment l'article 11 dudit code, n'interdit que les pièces provenant d'une procédure d'instruction pénale puissent être produites dans une instance civile ».

(8) C. Paris, 1^{re} ch. C. 10 septembre 1998 et 7 septembre 1999, publiées en sommaire. Rev. arb. 2001. 583, note J.-B. Racine : « La solution adoptée par la Cour est générale : elle ne se limite pas au domaine de l'arbitrage. Elle est applicable a priori à toute instance civile quelle que soit sa nature ».

à laquelle des tiers sont parties, pourvu seulement qu'elles soient de nature à éclairer la solution du litige et qu'elles soient soumises au débat contradictoire ».

La Cour d'appel a en conséquence invité le ministère public à obtenir la communication de pièces qu'elle a énumérées du dossier pénal en cours d'instruction.

À la suite de la décision de la Cour d'appel du 10 septembre 1998, la société T. a déposé, le 20 mai 1999, de nouvelles conclusions devant cette même juridiction en se fondant sur les pièces du dossier pénal communiquées.

Mais de leur côté, les sociétés B. et F. ont demandé que soient rejetées des débats certaines des pièces du dossier pénal en cours d'instruction communiquées à la Cour d'appel puisqu'elles ne faisaient pas partie de celles qui avaient été énumérées par la décision du 10 septembre 1998, de telle sorte qu'elles avaient été communiquées sans autorisation du ministère public.

Par un second arrêt rendu le 7 septembre 1999, la Cour d'appel a octroyé une totale liberté de communiquer aux avocats des parties.

Elle a en effet retenu qu'« indépendamment des règles professionnelles qui s'imposent à l'avocat et dont la transgression justifie le cas échéant l'intervention des instances disciplinaires, il reste qu'aucune disposition du Code de procédure pénale n'interdit à la partie civile qui n'est pas soumise au secret de l'instruction, de produire dans une instance civile à laquelle des tiers sont parties, des pièces provenant d'une procédure d'instruction pénale pourvu seulement que celles-ci soient de nature à éclairer la solution du litige et qu'elles soient soumises à un débat contradictoire ».

La Cour d'appel a ainsi refusé d'écarter des débats les pièces du dossier pénal de l'instruction en cours communiquées par une partie à la juridiction civile sans autorisation du ministère public

L'autorisation du ministère public n'est pas nécessaire

Si l'autorisation du ministère public n'est pas exigée pour la communication des pièces d'un dossier pénal en cours d'instruction, elle ne doit pas l'être pour celle des pièces d'une procédure close par un non-lieu ou un classement sans suite.

En effet, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 7 septembre 1999, n'exige pas l'autorisation du ministère public comme un préalable à la communication des pièces d'un dossier d'instruction en cours.

Or les dispositions de l'article R. 155 du Code de procédure pénale prévoient que, en dehors de

l'hypothèse de l'article 114, si les parties peuvent se faire délivrer « sur leur demande, expédition de la plainte ou de la dénonciation des ordonnances définitives, des arrêts, des jugements, des ordonnances pénales et des titres exécutoires prévus à l'article 529-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale » elles doivent en revanche obtenir l'autorisation du procureur de la République ou du procureur général selon les cas pour qu'il leur soit communiqué « toutes les autres pièces de la procédure, notamment en ce qui concerne les pièces d'une enquête terminée par une décision de classement sans suite ».

Il est toutefois précisé par exception que « cette autorisation n'est pas requise lorsque des poursuites ont été engagées ou qu'il est fait application des articles 41-1 à 41-3 et que la copie est demandée pour l'exercice des droits de la défense ou des droits de la partie civile ».

Cette exception motivée par « l'exercice des droits de la défense » mérite que l'on s'y attarde car elle n'a été introduite par le législateur qu'en 2001 (par le décret n° 2001-689 du 31 juillet 2001, article 1^{er} - II).

Mais, les dispositions de l'article R. 156 du Code de procédure pénale maintiennent le principe de l'autorisation du ministère public et précisent qu'« aucune expédition autre que celle des arrêts, jugements ordonnances pénales définitifs et titres exécutoires, ne peut être délivrée à un tiers sans une autorisation du procureur de la République, ou du procureur général selon le cas, notamment en ce qui concerne des pièces d'enquête terminée par une décision de classement sans suite. Toutefois, dans les cas prévus au présent article et à l'article précédent, l'autorisation doit être donnée par le procureur général lorsqu'il s'agit de pièces déposées au greffe de la Cour ou faisant partie d'une procédure close par une décision de non-lieu ou d'une affaire dans laquelle le huis clos a été ordonné ».

Toutefois, force est de constater que la 1^{re} Chambre C de la Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 7 septembre 1999, a donc abandonné sa jurisprudence du 30 juin 1972 (9), qui avait décidé que lorsque seule la consultation du dossier de la procédure d'instruction est susceptible de fournir les éléments nécessaires à la solution de questions relatives à la recevabilité d'une requête civile, il convenait de surseoir à statuer sur cette recevabilité jusqu'à clôture de l'information, l'article 11 du Code de procédure pénale faisant obstacle à toute communication pendant le cours de l'instruction, et qu'il appartiendrait alors aux parties de solliciter du

(9) C. Paris, 1^{re} ch., 30 juin 1972, D. 1973, p. 79, concl. Granjon.

ministère public l'autorisation de verser aux débats le dossier litigieux ⁽¹⁰⁾.

L'exercice des droits de la défense ou des droits de la partie civile commande la libre communication des pièces d'une instruction en cours sans qu'il soit nécessaire de requérir l'autorisation de la partie publique du procès pénal sauf à instaurer un déséquilibre, inéquitable, entre les parties au procès pénal.

Certes, les dispositions de l'article 11 du Code de procédure pénale, modifié par la loi du 15 juin 2000, prévoient que dans le but d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexacts, ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut d'office ou à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.

Ces dispositions ne visent que des cas bien précis et permettent notamment de pallier les dérives médiatiques de certaines affaires étalées sur la place publique et créatrices d'audimat ; elles ne concernent nullement le sujet ici traité.

L'identité de parties est indifférente

D'une part, la Cour d'appel de Paris, par son arrêt précité, précise qu' « aucune disposition du Code de procédure pénale n'interdit à la partie civile qui n'est pas soumise au secret de l'instruction, de produire dans une instance civile à laquelle des tiers sont parties, des pièces provenant d'une procédure d'instruction pénale (...) ».

Elle affirme donc clairement que l'identité de parties entre l'instance civile et pénale n'est pas une condition exigée pour la validité de la communication.

D'autre part, au delà de cette solution, la condition d'identité de parties est en toute hypothèse toujours remplie.

En effet, si, sur un plan procédural purement technique, les parties présentes à l'instance civile peuvent être matériellement différentes de celles présentes à l'instance pénale pendante, elles n'en sont pas moins toujours toutes concernées par le déroulement de l'instruction pénale.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a elle-même jugé que « ni l'article 11 du Code de procédure pénale, ni les articles R. 155 et R. 156 du même Code n'interdisent d'annexer à une procédure pénale les éléments d'une autre procédure dont la production peut être de nature à éclairer les juges et à contribuer à la manifesta-

tion de la vérité, (...) la seule condition exigée est qu'une telle jonction ait un caractère contradictoire » ⁽¹¹⁾.

Ainsi, l'exigence d'une identité de parties entre les instances civile et pénale serait purement artificielle et il n'y aurait plus lieu de distinguer là où la jurisprudence ne distingue pas, sauf le simple respect du contradictoire.

Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 sont indifférentes

D'aucuns craindraient qu'en étendant les pouvoirs conférés à la partie civile, notamment ceux de l'article 82-1 du Code de procédure pénale, la loi du 15 juin 2000 ne remette en cause la solution de la liberté de communiquer retenue par les juges du fond.

Mais il n'en est rien.

Dire de l'avocat d'une partie, parce qu'il peut déposer des demandes d'actes, concourt de ce fait à l'instruction et se soumet donc au secret de l'instruction, ne créerait aucune prohibition car alors l'exercice des droits de la défense, prévu comme une exception au secret, permettrait alors inmanquablement une telle communication.

De plus, la partie civile, comme le mis en examen, n'ont pas, même aujourd'hui, de véritable pouvoir de direction de l'instruction ; le juge d'instruction reste maître de l'information (ou souhaite le rester envers et contre tout et tous ?).

Reconnaître à l'avocat la liberté de verser aux débats, dans le cadre d'une procédure civile, sans l'autorisation du Parquet, certains éléments d'une procédure d'instruction en cours, opposant les mêmes parties ou des parties différentes, et ce pour soutenir ou s'opposer à une demande de sursis à statuer devant la juridiction civile, ou tout simplement pour défendre les intérêts de son client, permet non seulement d'écarter la paranoïa liée à l'appréhension d'une procédure pénale, mais en outre un exercice entier et souverain des droits de la défense à travers un débat pleinement contradictoire.

Cependant, l'exercice de cette liberté doit être réglementé dans l'espace, celui justement offert par l'instance civile, car dans notre hypothèse, les pièces du dossier pénal d'instruction ne sortent pas du champ clos du litige civil ; ce sont alors les juges qui les apprécieront à la lumière du débat contradictoire des parties.

Si, avec M. Jean-Pierre Zanoto, il faut admettre, pour ceux qui y sont tenus, et au contraire des propos rappelés en préambule, qu'il « (...) est inexact

(10) Dans le même sens, Cass., 2^e civ., 21 janvier 1981, Bull. civ. II, n^o 13 et Cass. soc., 6 juillet 1994, Bull. civ. V, n^o 227.

(11) Cass. crim., 16 mars 1981, Bull. n^o 91.

de prétendre que le secret de l'instruction n'existe pas. Il entraîne des contraintes fortes pour les personnes auxquelles il s'applique. Sa portée a toutefois deux limites qui sont de taille : les droits de la défense et la liberté de la presse »⁽¹²⁾, ces deux dernières exceptions doivent gouverner également le secret professionnel de l'avocat libre de communiquer, dans le cadre d'un débat contradictoire, les éléments d'une procédure pénale instruite.

Le respect du principe du contradictoire l'emporterait-il sur le principe du secret ?

Une réponse affirmative s'impose⁽¹³⁾.

En effet, le législateur (article L. 621-11, alinéa 2 du Code de commerce) consacrant une jurisprudence ancienne, autorise le procureur de la République à communiquer au juge commissaire, sur la demande de ce dernier ou d'office, et ce, nonobstant toute disposition législative contraire, tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure collective « y compris les renseignements issus d'une information judiciaire en cours »⁽¹⁴⁾.

Il est clair que les nécessités de la procédure collective permettent de puiser dans une instruction en cours toutes les informations utiles à destination du seul juge commissaire – le juge est bien le juge !

Ce dernier, devant lui-même observer la contradiction, les soumettra à la discussion contradictoire des parties, lesquelles sont peut-être par ailleurs mises en examen dans le cadre de la procédure d'instruction.

Ce droit du ministère public fait de lui, partie publique du procès, une partie privilégiée car aucun texte ne confère expressément un droit identique à l'avocat d'une partie qui, dès lors, est placée dans une situation déséquilibrée, outre le fait que la partie défendue ne bénéficie plus d'un procès équitable.

Une remarque identique s'impose quant aux dispositions de l'article L. 421-8 du Code de la consommation.

A contrario, aucun texte n'interdit à l'avocat de jouir du même droit pour bénéficier de l'exercice souverain des droits de la défense.

Relevons encore que les dispositions de l'article 5-1 du Code de procédure pénale qui permettent à la partie civile de saisir la juridiction des

(12) J.-P. Zanoto, « le secret de l'instruction confronté à l'évolution de la procédure pénale et au droit du public à l'information », Rev. jur. com., mai 2003, p. 195.

(13) C. Paris, 1^{re} chambre C, 10 septembre 1998 et 7 septembre 1999 précitées avec les observations de J.-B. Racine qui relève : « l'arrêt considère que l'article 11 du Code de procédure pénale qui protège le secret de l'instruction ne s'oppose pas à la communication des pièces pénales (...) il faut tout d'abord que les pièces pénales soient de nature à éclairer la solution du litige (...) il faut ensuite qu'elles soient soumises au débat contradictoire ».

(14) J.-P. Zanoto, précité, p. 196.

référés compétente pour ordonner toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet des poursuites, entraînent nécessairement la possibilité, voire le devoir, pour l'avocat de la partie civile de puiser dans la procédure pénale en cours d'instruction tous les éléments qui permettront d'établir que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

Reste que dans un arrêt récent⁽¹⁵⁾, la chambre criminelle de la Cour de cassation a connu d'un pourvoi formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Lyon rendu le 28 juin 2002, laquelle avait, semble-t-il, considéré que la règle déontologique de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 pourrait fonder la violation du « secret professionnel de l'instruction en matière pénale » par l'avocat, à qui il était reproché d'avoir fait état dans une assignation « des déclarations faites dans le cadre de l'instruction pénale », sans pour autant communiquer « aucun document ou pièce de la procédure pénale ».

Pour la Cour d'appel, cette violation supposait l'intention ou la conscience de son auteur de révéler le secret dont il avait connaissance, laquelle n'était pas établie dès lors que l'assignation contenant les révélations, concernait un litige opposant les mêmes parties et que le magistrat instructeur avait autorisé l'avocat, en apposant sur la lettre de celui-ci tendant à être « autorisé à faire usage d'un certain nombre de procès verbaux concernant l'instruction en cours », la mention « autorisation accordée dans le cadre d'autres procédures ».

La Cour de cassation n'a malheureusement pas statué sur ces griefs, le pourvoi étant déclaré irrecevable par application des dispositions de l'article 575 du Code de procédure pénale.

Il y aurait pourtant matière à discussion.

En premier lieu, l'autorisation donnée par le juge n'était pas celle prévue par les dispositions de l'article 114 du Code de procédure pénale, car en effet, au lieu de viser la communication au client, le juge d'instruction autorisait la communication dans « d'autres procédures » ; fait qui d'ailleurs lui avait valu le reproche de la violation du secret de l'instruction.

En second lieu, cette autorisation empêcherait la constitution de l'infraction principale de violation du « secret professionnel de l'instruction », faute d'élément moral, et par conséquent la complicité de ce délit de la part du juge d'instruction.

Faut-il en conclure que le juge d'instruction peut passer outre le secret qui s'impose à lui en donnant à l'avocat, comme il l'a fait dans cette affaire, une telle autorisation ?

(15) Cass. crim., 23 avril 2003, n° 02-86197, inédit, consultable sur le site www.legifrance.gouv.fr.

En réalité, le seul respect par l'avocat des formes de l'article 114 Code de procédure pénale pour la remise des pièces d'instruction à son client, suffit à lui reconnaître un droit de libre communication desdites pièces devant le juge civil, dans l'exercice des droits de la défense.

Une consécration législative du principe de la liberté de communiquer s'impose.

À l'inverse, admettre comme péremptoire et ne souffrant aucune exception, l'interdiction de com-

muniquer des pièces pénales d'un dossier en cours d'instruction à des juges, reviendrait nécessairement à reconnaître que ces magistrats, juristes comme les avocats, n'ignorant rien des arcanes de la procédure pénale, recevraient sciemment des pièces issues d'une violation du secret professionnel, risquant ainsi, en toute logique juridique, le délit de recel...

Absurde, non ?

