

1095

Le secret professionnel de l'avocat : un chef d'œuvre en péril ?

Le secret professionnel de l'avocat, d'ordre public, semble ne plus exister aujourd'hui que dans l'esprit de celles et ceux qui l'enseignent aux élèves-avocats, dans une société qui prône le règne de la transparence comme l'un des moteurs de la démocratie. Le justiciable ne pourrait plus se confier à son avocat sans que l'avocat lui-même soit menacé d'un péril imminent par l'autorité administrative et l'autorité judiciaire pressées de saisir les dossiers de son cabinet, comme les informations dématérialisées avec manipulation voire saisie de son téléphone portable, de capter ses courriels à distance, d'écouter ses conversations téléphoniques, et pourquoi pas d'organiser la sonorisation du cabinet pourtant prohibée. Le secret professionnel qui constitue une obligation à la charge des avocats n'existerait alors plus en tant que droit opposable à tous et, précisément, à l'autorité judiciaire, pour devenir un véritable chef d'œuvre en péril dont il faudrait broyer jusqu'aux ruines. Mais à la disparition programmée du secret professionnel s'opposerait l'admirable force du silence, cette vertu qui, plus que jamais, est d'or.



Vincent Nioré, avocat au Barreau de Paris

? L'avocat est-il tenu au secret de l'instruction ?

L'avocat n'appartient pas à la catégorie des personnes visées par l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale comme concourant à l'enquête et à l'instruction. En revanche, l'avocat est tenu au secret professionnel qui l'oblige à respecter le secret de l'instruction en matière pénale.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé par un arrêt du 27 octobre 2004 (n° 04-81.513 : *JurisData* n° 2004-025617) que « s'il ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale, il résulte de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 que l'avocat ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel et doit notamment respecter le secret de l'instruction en matière pénale. Caractérise le délit de violation du secret professionnel, la cour d'appel qui constate que l'avocat a révélé à un tiers, fût-ce avec l'accord de son client, le contenu de leur entretien avant

la première comparution devant le juge d'instruction ».

? Le parquet est-il tenu au secret de l'instruction ?

Contrairement aux idées reçues, le parquet n'est pas tenu au secret de l'instruction ainsi que l'a jugé la chambre commerciale de la Cour de cassation (*Cass. com.*, 15 nov. 1961 : *Bull. civ.* 1961, III, n° 415), avant réforme de l'article 11 du Code de procédure pénale : « Attendu que le z... de l'information n'est pas opposable au procureur de la République qui peut puiser dans une instruction judiciaire tous éléments d'information qui lui sont indispensables et en faire usage dans l'exercice des missions que la loi lui attribue ».

Le troisième alinéa de l'article 11 précité prévoit cependant l'ouverture de fenêtres de publicité : « afin 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, (...), rendre publics des éléments objectifs tirés de la pro-

cédures ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ».

Il reste, qu'au plan de l'éthique, le Parquet est tenu à un devoir de loyauté qui, par décence, doit l'obliger à observer le silence tout au long de l'enquête au nom du respect du principe de la présomption d'innocence.

? Quelles sont les principales entorses jurisprudentielles et législatives au secret de l'avocat ?

L'interception d'une conversation confidentielle a été jugée par la chambre criminelle de la Cour de cassation comme sus-

ceptible de constituer un moyen de preuve certes illicite (*Cass. crim.*, 31 janv. 2012, n° 11-85.464 : *JurisData* n° 2012-001332). La Cour a jugé que les enregistrements de conversations privées, réalisés à l'insu des personnes concernées par un particulier, en ce qu'ils ne constituent pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information. Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu. Il s'agit de simples moyens de preuve soumis à la discussion contradictoire. Il en est également ainsi des enregistrements, réalisés dans des conditions identiques, de propos tenus entre un avocat et son client, ainsi que de leur transcription, lesquels échappent, en outre, aux prévisions de l'article 100-5 du Code de procédure pénale relatif aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique comme de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 concernant les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat.

En matière de déclaration de soupçon, la Cour EDH, par son

« L'avocat est tenu au secret professionnel qui l'oblige à respecter le secret de l'instruction en matière pénale. »

arrêt *Michaud contre France* (CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11 : *JurisData* n° 2012-027926), a jugé que l'obligation de déclaration de soupçon ne touche pas à l'essence même de la mission de défense qui constitue le fondement du secret professionnel des avocats et estime que telle que mise en œuvre en France et eu égard au but légitime poursuivi et à la particulière importance de celui-ci dans une société démocratique, cette obligation ne porte pas une atteinte disproportion-

née. Il en est de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu. Il s'agit de simples

tionnée au secret professionnel des avocats.

? Le bâtonnier est-il tenu au secret professionnel à l'occasion de la notification du placement sur écoutes d'un avocat de son Barreau ?

Il convient de rappeler que l'article 100-7, alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose qu'« Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction ».

Force est de constater que ce texte ne prévoit pas la révélation par le juge d'instruction de l'identité de l'avocat dont le placement sur écoutes est envisagé mais simplement « [l']interception (...) sur une ligne ».

Le magistrat instructeur ne devrait dès lors communiquer que le seul numéro de téléphone, sans révélation de l'identité de l'avocat, qui n'est pas expressément prévue par le texte. Une telle révélation serait-elle susceptible de lui être reprochée ? En matière de perquisitions, le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ne prévoit nullement la révélation préalable au bâtonnier de l'identité de l'avocat. Or, à l'occasion du placement d'un avocat sur écoutes, le bâtonnier ne peut que dresser le constat de la notification d'une mesure intrusive. Certes, cette information reçue du juge d'instruction pourrait être considérée comme apparemment couverte par le secret. Il n'en est rien.

En effet, aucun texte ne prévoit que le bâtonnier est tenu au secret professionnel à cette occasion. En outre, en matière de perquisitions en cabinet d'avocat, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé par son arrêt du 8 janvier 2013 (n° 12-90.063 : *JurisData* n° 2013-000287) que « le bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du Code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense ; qu'il ne pouvait donc soulever un moyen d'inconstitutionnalité du texte appliqué ».

En tout état de cause, l'exercice des droits de la défense constitue un fait justificatif de la violation du secret professionnel si bien que rien ne s'opposerait à ce que le bâtonnier avertisse l'avocat dont l'identité serait révélée de son placement sur écoutes.

Il est nécessaire de réformer les textes et de soumettre au JLD l'autorisation de placer un avocat sur écoutes avec pouvoir de contestation du bâtonnier. De même, en matière de perquisitions, c'est au bâtonnier qu'il appartiendrait de procéder aux investigations en présence du juge d'instruction inerte.

Rappelons que le bâtonnier peut, dans le cadre de ses attributions, procéder à toutes investigations auprès des membres du Barreau, comme le prévoit l'article P.63 du RIPB et la jurisprudence de la première chambre civile.

Ses pouvoirs lui permettent de procéder à des investigations et vérifications dans le cabinet d'un avocat, fut-ce en son absence et en dehors de l'ouverture d'une procédure disciplinaire (Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2012, n° 11-17.999 : *JurisData* n° 2012-023285).

? Les correspondances verbales ou écrites entre un avocat et son bâtonnier sont-elles couvertes par le secret professionnel ?

Les correspondances échangées entre l'avocat et son bâtonnier depuis l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 22 septembre 2011 (n° 10-21.219 : *JurisData* n° 2011-019388) échappent à la confidentialité.

Il en résulte que juges d'instruction et parquetiers, de concert, ont pu intercepter les conversations téléphoniques entre un bâtonnier et l'un des avocats de son Barreau. On ne peut que déplorer que ces écoutes se retrouvent ensuite retranscrites dans la presse, au nom de la liberté d'expression et de l'intérêt général !

Une réforme des textes s'impose, lorsque, notamment, la correspondance a pour objet la transmission d'une information confidentielle.

Le bâtonnier Christian Charrière-Bournazel, alors président du Conseil national des barreaux, avait à juste titre proposé une modification en ce sens de l'ar-

Les textes applicables

- L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5 : « 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 à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

- RIN, art. 2 : « 2.1. Principes. L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel.

2.2. Étendue du secret professionnel. Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) :

(...)

Aucune consultation ou saisie de documents ne peut être pratiquée au cabinet ou au domicile de l'avocat, sauf dans les conditions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale ».

- RIN, art. 2 bis : « 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, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours ». [Reproduit également in RIBP, art. 2]

- C. pén., art. 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 d'amende ».

- C. pén., art. 434-7-2 : « Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du Code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 d'amende.

Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 d'amende ».

ticle 66-5 dans les termes suivants : « Sont également couvertes par le secret professionnel les correspondances échangées entre l'avocat et son bâtonnier ou les instances ordinales dès lors qu'elles contiennent des éléments couverts par le secret professionnel ».

En revanche, en matière de déclaration de soupçon (C. monét. et fin., art. L. 561-17), la correspondance adressée par l'avocat à son bâtonnier et accompagnant la déclaration portant sur des opérations énumérées par

les dispositions de l'article L. 561-3 du Code monétaire et financier demeure confidentielle. Ni l'avocat déclarant ni le bâtonnier, qui exerce son pouvoir de filtre, ne peuvent informer le client objet du soupçon, de l'exercice de son droit de communication par TRACFIN (C. monét. et fin., art. R. 561-32).

Nous approuvons le bâtonnier Pierre-Olivier Sur lorsqu'il déclare « il faut une grande loi sur le secret » (*Le Parisien* 30 sept. 2014, p. 16) dont l'urgence n'est plus à souligner. ■