



Rapport Perben et secret professionnel : un garde des Sceaux à l'écoute ?

Le CNB soutenu par le SAF avait voté une résolution en 2012 demandant « une réforme rapide du régime juridique des perquisitions et écoutes téléphoniques ». Que faut-il attendre après le dépôt du Rapport Perben ?



par **Gérard Tcholakian**,
Co-responsable de la commission pénale,
SAF Paris,
Candidat au CNB

Le 9 mars 2020, Nicole Belloubet garde des Sceaux confiait à Dominique Perben un travail de réflexion « sur l'avenir de la profession, son équilibre économique et ses conditions d'exercice... » visant l'aide juridictionnelle, le recouvrement des honoraires, la TVA et l'acte d'avocat. Le rapport était remis en août au nouveau garde des Sceaux Éric Dupond-Moretti. Ce rapport qui contient treize recommandations abordait, sous le titre « mesures destinées à améliorer les relations entre les magistrats et les avocats », la question du secret professionnel sous la recommandation n°13 : « protéger le secret professionnel ». Quelques semaines avant sa nomination, le ministre était avec d'autres avocats, victime d'investigations policières sur sa ligne téléphonique.

LE PRINCIPE ET L'EXCEPTION

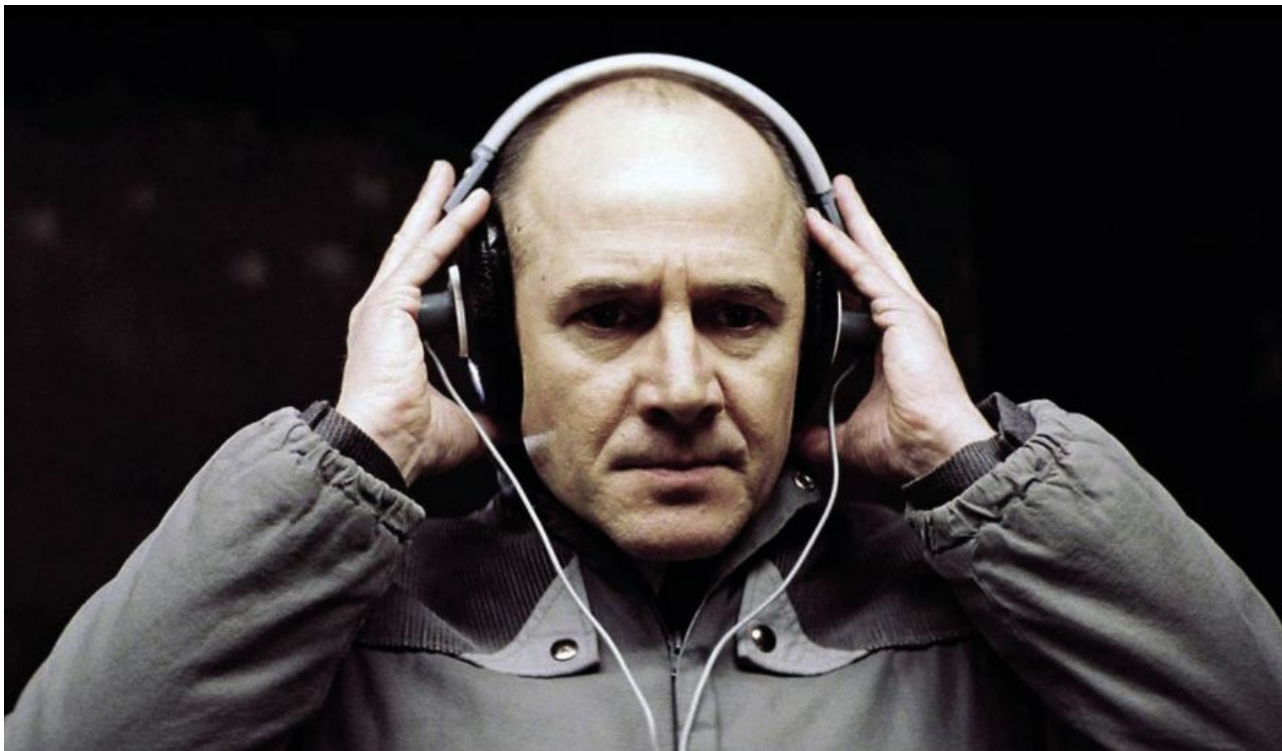
Le rapport rappelle le principe : le client doit bénéficier du secret absolu de ses confidences, et l'avocat est soumis à une obligation absolue du secret à l'égard de ses clients et de ses confrères tout comme l'activité de conseil qui doit bénéficier de ce principe au visa de la CEDH. Il souligne l'exception pour l'avocat « lui-même mis en cause » avec le régime de protection et de contrôle, c'est à dire l'intervention du juge des libertés et de la détention (JLD) pour les perquisitions et placement sous écoutes, l'information du bâtonnier, mais aussi l'examen des factures téléphoniques

sans aucun contrôle. Il fait le constat qu'à la suite de l'arrêt du 22 mars 2016 (Crim.22/3/2016, n°15-83.205) dans l'affaire dite Paul Bismuth qui sera examinée en octobre 2020, la protection des échanges entre un avocat et son client a été remise en cause. Le secret professionnel de l'avocat n'est pas opposable lorsqu'il n'assure pas la défense « de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté, ni même placée en garde à vue dans la procédure en cours... », ce qui « exclut de fait du secret professionnel toutes les activités de conseil... ». Il dénonce des JLD qui « ne disposent ni des moyens ni du temps nécessaires à l'examen des demandes d'autorisation... » alors que « ces demandes sont rarement accompagnées des éléments du dossier permettant d'apprécier s'il existe réellement des indices de la commission d'une infraction par l'avocat... ». Enfin, le rapport note le manque d'un contrôle de proportionnalité.

Pour les recommandations, deux propositions sont faites.

- ◆ Pour le JLD, renforcer ses moyens et étendre la protection du secret de la défense au conseil. Dans toutes les hypothèses de saisine, l'entier dossier devra lui être remis.
- ◆ D'autre part, le JLD devra être saisi dans tous les cas, le parquet ou le juge n'ayant plus de pouvoir propre en matière de perquisition, d'écoutes et de fadettes. Enfin, la décision devra mentionner « les indices précis et préexistants de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction... ».

Pour le secret professionnel, il est préconisé de modifier l'article 226-13 du code pénal en créant un alinéa 2 qui fait référence à la définition du secret professionnel de l'avocat de l'article 66-5 de la loi de 1971 et qui énonce qu'il y a secret en « toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense... » et de modifier aussi dans les mêmes conditions l'article 56-1 du code de procédure pénale pour les perquisitions. Il ajoute même la protection des correspondances échangées avec un avocat dans un alinéa 3 pour l'article 100-5 du code de procédure pénale.



Ces propositions sont pour le moins en demi-teinte. S'il y a progrès notable à consacrer le secret professionnel des activités de *conseil*, ce rapport ne prend pas la mesure des moyens nécessaires à la protection de ce secret bien mis à mal.

FAISONS NOUS UN REPROCHE

Les avocats sont les premiers responsables de la dégradation du secret lorsqu'ils se jettent sur micros et caméras pour révéler les déclarations de leurs clients. On ajoutera bien sûr le regard des magistrats sur la production qui se généralise dans le contentieux civil (et même pénal) de nos « lettres officielles » (loi n°2004-130, art.34, mod. loi n°71-1130, art.66-5) qui risque de remettre en cause la confidentialité des correspondances entre avocats. Comment défendre devant eux ce secret que nous érodons tous les jours par le sac et le ressac de nos échanges ?

Le code de procédure pénale n'est pas le seul en cause. L'article 145 du code de procédure civile prévoit la mise en œuvre de mesures prises non contradictoirement pour se préserver une preuve. Il s'est quand même trouvé un magistrat des requêtes, saisi en l'espèce par un avocat, pour décider d'un constat d'huissier à l'encontre d'un cabinet d'avocats, véritable perquisition civile, hors la présence du bâtonnier. Saisi en rétractation, le même juge avait rejeté la demande, décision confirmée en appel et, sur ce point, confirmée aussi par la cour de cassation. (Cas. Civ., 5/7/2017, n°16-19.825). Ainsi, le cabinet d'avocat ne serait pas inviolable au plan civil. Il faudra donc examiner comment s'appréciera le dernier alinéa de l'article 56-1 du code de procédure pénale modifié par la loi de 23 mars 2019 qui étend la protection *aux autres codes et lois spéciales* avec la présence du bâtonnier et la saisine du JLD.

Surtout, le rapport ne prend pas en compte les possibilités d'atteintes au secret professionnel et la nécessité de mieux les contrôler. Si le bâtonnier est avisé des interceptions sur la ligne d'un avocat, il n'a aucun contrôle sur les demandes présentées

au JLD en amont pour obtenir les autorisations et sur les décisions de celui-ci, et donc sur la proportionnalité de celles-ci, ni du résultat légitime au visa de l'article 100-7 aliéna 2. Si « *À peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant des droits de la défense* » selon l'article 100-5 alinéa 3 du code, rien n'empêche l'écoute dès lors que c'est la *transcription* qui est prohibée. En d'autres termes, c'est par maladresse que sont versées en procédure des écoutes transcrites illégalement qui sont ensuite annulées alors que le mal est fait. Que dire des écoutes de tiers par *filets pélagiques dérivants* qui permettent de procéder à l'écoute d'une conversation avec un avocat. Que dire encore de la géolocalisation ! On ajoutera enfin que l'article 46 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de réforme pour la justice procède à une uniformisation du régime applicable à certaines techniques spéciales d'enquête. Les articles 706-95-11 et suivants du code de procédure pénale prévoient que le « *recueil de données techniques...émises par la voie des communications électroniques* » (IMSI-catcher) est soumis à l'article 100-7 mais les « *sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules* », c'est à dire des intrusions à l'insu du propriétaire dans des locaux ou véhicules pour capter des sons et des images, ou encore « *la captation de données informatiques* » par des logiciels espions ne peuvent en aucun cas s'appliquer à l'avocat.

Généraliser l'information du bâtonnier à posteriori n'est pas suffisant. Il est bien de généraliser l'intervention du JLD mais pour un véritable progrès, le JLD doit dans le cadre d'un débat préalable, écrit ou oral, sur une demande du parquet ou d'un juge d'instruction, **recueillir les observations du bâtonnier** dans un souci de respect du contradictoire, en amont de la décision susceptible d'affecter le secret professionnel de l'avocat. Le nouveau garde des Sceaux devra assumer comme *premier de cordée* cette réforme. Le Syndicat des avocats de France et sa Commission pénale s'engagent à être source de *ruissellement* de propositions ! ■