

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE SECRET PROFESSIONNEL « DE LA DÉFENSE ET DU CONSEIL » DANS LA LOI POUR LA  
CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE*

GUILLAUME BEAUSSONIE

Référence de publication : Beaussonie, Guillaume (2022) *Le secret professionnel « de la défense et du conseil » dans la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire*. Gazette du Palais (n°6). p. 70.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# **LE SECRET PROFESSIONNEL « DE LA DÉFENSE ET DU CONSEIL » DANS LA LOI POUR LA CONFIANCE DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE**

*La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire a inscrit dans le Code de procédure pénale le secret professionnel « de la défense et du conseil ». En vérité, seule la défense paraît concernée, ce d'autant que le secret du conseil cède devant les impératifs de lutte contre la délinquance économique et financière.*

**L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, NOR : JUSX2107763L, art. 3, JO, 23 déc. 2021**

La recherche de la vérité implique d'infliger bien des blessures à ceux – pas forcément les mis en cause – dont le corps ou le cœur recèle des informations utiles à la faire avancer. En cela, pas plus le secret que l'intimité ou la liberté ne sont susceptibles de constituer un sanctuaire inviolable face aux impératifs supérieurs de l'ordre public. Pour autant, la confiance dans l'« institution judiciaire », entendue comme accueillant tous ceux qui participent à ce que justice soit faite, passe sans aucun doute par la garantie que ce que l'on confie à son avocat, dans le secret de la consultation ou de la concession, ne soit pas divulgué. Par ailleurs, tout secret ne l'est vraiment – et ne saurait donc avoir de sens – que si les confidents seuls en maîtrisent la diffusion. La fin ne justifie pas tous les moyens, en effet, à défaut de quoi la sécurité – de l'État – écraserait la sûreté – de tous. Ce qui conduit à ce paradoxe inéluctable et peut-être insoluble que le secret qui lie l'avocat à son client est appréhendé, par le droit, aussi bien comme un bouclier que comme un obstacle.

Le processus qui a conduit à l'adoption de l'article 3 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire est parfaitement représentatif de la persistance de cette contradiction. Alors que le gouvernement souhaitait, au départ, renforcer le « secret professionnel de la défense »<sup>1</sup>, rapidement étendu par l'Assemblée nationale au « conseil »<sup>2</sup>, le Sénat a voulu veiller à ce que soit conservé « un juste équilibre entre préservation du secret professionnel de l'avocat et efficacité de la lutte en matière économique et financière »<sup>3</sup>. Il s'agissait dès lors d'exclure du champ d'application du « secret professionnel du conseil » – donc pas de la défense – les délits de fraude fiscale, de corruption et de trafic d'influence en France comme à l'étranger, ainsi que le blanchiment de ces délits. Les avocats s'étant émus d'une telle restriction<sup>4</sup>, un amendement a été déposé puis adopté par l'Assemblée nationale, à l'issue des travaux de la commission mixte paritaire, afin « de dissiper une ambiguïté pouvant résulter [du texte] en précisant qu'il s'applique sans préjudice de la possibilité qui est donnée au bâtonnier ou à son représentant ou à la personne chez qui la perquisition a lieu, de s'opposer à la saisie d'un document, et

d'imposer en conséquence que cette contestation soit examinée par le juge de la liberté et de la détention, puis, en cas de recours, par le président de la chambre de l'instruction »<sup>5</sup>.

Malgré ces aspirations, dont le texte adopté en définitive garde nécessairement les traces, le Conseil constitutionnel n'a pas cru bon de soulever d'office d'autres questions de conformité à la Constitution que celle, minimale, concernant la procédure, et ne s'est donc pas prononcé sur le contenu des dispositions de la loi déferée<sup>6</sup>. En conséquence, il faudra attendre d'inévitables questions prioritaires de constitutionnalité pour savoir si ces dispositions sont contraires à certains droits et libertés que la Constitution garantit.

De quoi il résulte que, pour le moment du moins, aux termes de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, le secret professionnel « de la défense et du conseil » fait effectivement son entrée dans le Code de procédure pénale : il y est consacré (I), puis il y est décliné (II), mais il y est aussi – surtout ? –, dans une certaine mesure, circonscrit (III).

## **I – UN SECRET CONSACRÉ**

L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est bien connu : « 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 »<sup>7</sup>. De même, nul n'ignore que cette rédaction très favorable au secret est issue d'un dialogue contrarié entre le législateur et la Cour de cassation, le premier ayant plutôt cherché à favoriser son expansion, la seconde ayant, à l'inverse, plutôt tenté de le contenir<sup>8</sup>. À la fin, il est aujourd'hui difficile de dire, sur la base de ce seul texte, quelle est la portée exacte du secret ainsi considéré.

Ce qui est sûr, c'est qu'il est question, avant tout, de protéger l'intimité du client d'un avocat, raison pour laquelle, en vertu de l'article 226-13 du Code pénal – texte situé dans ce code au sein des « atteintes à la personnalité », juste après les atteintes à la vie privée –, la révélation de l'une des informations entrant dans le champ d'application de ce secret par une personne qui en est dépositaire – ce qu'est, rappelons-le, l'avocat avant tout autre – est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Ce devoir est puissant, au demeurant, puisqu'il fait partie des rares obligations que même la nécessité de lancer une alerte n'est pas susceptible d'annihiler<sup>9</sup>.

Au-delà de cela, et bien qu'« aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats »<sup>10</sup>, il s'agit aussi, à travers la préservation des confidences et correspondances échangées entre l'avocat et son client, de participer à l'effectivité des droits de la défense qui, quant à eux, représentent un impératif constitutionnel<sup>11</sup>. L'avocat n'est alors pas tant le gardien de l'intimité de son client que le représentant de ses intérêts, qui peuvent justifier de ne pas tout révéler à la justice.

En précisant à compter du 1er mars 2022, dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, que « le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code », c'est sur ce dernier aspect que le législateur insiste. L'enjeu, en effet, n'est pas de permettre d'engager la responsabilité d'un acteur de la procédure qui ne tairait pas le secret qui lui a été confié afin que des informations personnelles concernant un justiciable ne puissent être dévoilées – c'était déjà possible –, mais d'autoriser la prévention et l'annulation des actes qui forceraient ce secret, afin de veiller à ce que la procédure reste digne et équitable – ce qui demeure plus polémique.

La question qui subsiste est celle du rôle que jouera, au-delà du symbole, cette phrase ajoutée, in fine, au sein du III de l'article préliminaire : représentera-t-elle une simple annonce de ce qui suivra dans le corps du Code de procédure pénale – qui ne semble pas, malgré la référence faite en l'occurrence au « conseil », avoir vocation à délier le secret professionnel de la défense pure – ou cette précision aura-t-elle une véritable incidence normative, le juge étant incité de la sorte à entretenir une conception plus ambitieuse du secret professionnel de la défense et du conseil ?

« Les conditions prévues par le présent code », auxquelles le texte ne fait finalement que renvoyer, incitent plutôt à la prudence, les déclinaisons du principe s'avérant assez peu ambitieuses.

## **II – UN SECRET DÉCLINÉ**

Sur la base de l'affirmation solennelle du secret professionnel de la défense et du conseil, et dans la continuité des propositions effectuées par les missions Perben et Mattei<sup>12</sup>, le dispositif mis en place par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire concourt indéniablement à renforcer les garanties en matière de perquisition, de réquisitions de données de connexion – les fameuses « fadettes » – et d'interception de communications lorsqu'elles visent un avocat.

Ainsi, tout d'abord, l'article 56-1 du Code de procédure pénale relatif aux perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile est-il modifié afin d'imposer une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention (JLD) qui doit motiver sa décision en contrôlant notamment la proportionnalité de l'acte « au regard de la nature et de la gravité des faits ». Par ailleurs, précise désormais le texte, « lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 [du Code de procédure pénale] ». Le JLD demeurant compétent pour statuer sur les contestations, son ordonnance sera désormais susceptible d'un recours suspensif exercé par le procureur de la République, l'avocat, le bâtonnier ou son délégué, l'Administration ou l'autorité administrative compétente, recours à former dans un délai de vingt-quatre heures devant le président de la chambre de l'instruction, qui statuera selon la même procédure dans les cinq jours suivant sa saisine.

Le magistrat qui effectue la perquisition – parquetier ou juge d’instruction – perd quant à lui le pouvoir de rendre cette décision initiale et doit veiller « à ce qu’aucun document relevant de l’exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l’article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé ». En vertu d’un nouvel article 56-1-1 du Code de procédure pénale, un tel document est également préservé s’il est découvert à l’occasion d’une perquisition effectuée ailleurs que chez un avocat. La personne chez qui il est procédé à l’opération peut alors s’opposer à sa saisie, le document étant consécutivement placé sous scellé fermé et faisant l’objet d’un procès-verbal distinct. Le JLD puis, le cas échéant, la chambre de l’instruction recouvrent leur compétence selon la procédure exposée à l’article précédent.

Le contrôle de la perquisition dans le cabinet d’un avocat ou à son domicile est donc renforcé et, en ce qui concerne l’hypothèse où il y est procédé dans le cadre de sa propre mise en cause, il est clarifié<sup>13</sup> ; ce qui n’empêche que seuls les documents « relevant de l’exercice des droits de la défense » sont sanctuarisés, quand bien même ils seraient couverts par le secret professionnel de la défense « et du conseil ». Outre cette restriction qui peut décevoir, c’est son application qui, aujourd’hui comme hier, pose problème puisque le magistrat responsable de la perquisition devra prendre connaissance du contenu du document pour déterminer s’il entre dans cette catégorie, de même que, en cas de recours, le JLD. En revanche, le fait que l’on puisse agir en amont, par l’entremise d’une opposition à la saisie, plutôt que de se trouver dans l’obligation d’attendre d’exercer un recours en nullité de cette saisie, représente un vrai progrès.

Ensuite, un nouvel article 60-1-1 du Code de procédure pénale<sup>14</sup> dispose que lorsque des réquisitions « portent sur des données de connexion émises par un avocat et liées à l’utilisation d’un réseau ou d’un service de communications électroniques, qu’il s’agisse de données de trafic ou de données de localisation », elles ne peuvent, là encore, être faites que sur ordonnance motivée du JLD, saisi à cette fin par le procureur de la République. Le texte ajoute que « cette ordonnance fait état des raisons plausibles de soupçonner que l’avocat a commis ou tenté de commettre, en tant qu’auteur ou complice, l’infraction qui fait l’objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l’article 203, ainsi que de la proportionnalité de la mesure au regard de la nature et de la gravité des faits ». Et l’article conclut en précisant que « le bâtonnier de l’ordre des avocats en est avisé » et que « les formalités prévues au présent article sont prescrites à peine de nullité ».

Ici, il s’agissait de créer un cadre autorisant de telles réquisitions, tout en les soumettant à des garanties assez proches de celles que l’on vient d’étudier pour les perquisitions<sup>15</sup>. Retenons, surtout, que ces actes se limitent à l’hypothèse d’un avocat mis en cause – rien n’interdisant bien sûr, sur la base de cette même suspicion ou d’une autre, de requérir de telles données concernant ceux qui sont en contact avec lui – et que, faute pour les données recueillies d’être analysables en elles-mêmes et pour elles-mêmes – il n’est question, pour l’essentiel, que de factures de communications détaillées –, toute référence à un quelconque contenu s’avérerait peu utile.

Enfin, dans la continuité, l'article 100 du Code de procédure pénale accueille un nouvel alinéa en vertu duquel « aucune interception [de correspondances] ne peut porter sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sauf s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 et à la condition que la mesure soit proportionnée au regard de la nature et de la gravité des faits ». Il précise, sans surprise au regard de ce qui précède, que « la décision est prise par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par ordonnance motivée du juge d'instruction, prise après avis du procureur de la République »<sup>16</sup>. L'article 100-5 du Code de procédure pénale complète le dispositif en prévoyant que, « à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, hors les cas prévus à l'article 56-1-2 du présent code ».

Ces cas mis à part pour le moment, cette dernière précision n'a rien de nouveau. Tout au plus se réfère-t-on désormais au « secret professionnel de la défense et du conseil », mais en limitant, une fois de plus, la protection aux « correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ». De même, à l'instar de ce qui a été prévu pour les réquisitions, l'essentiel réside dans l'inédite autorisation de procéder, dans le cadre d'une instruction et par l'entremise d'un recours encadré au JLD, aux écoutes téléphoniques du cabinet ou du domicile d'un avocat, à la condition indispensable qu'il soit lui-même suspecté d'avoir commis ou participé à une infraction.

Le bilan de ces différents apports et précisions de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire en la matière apparaît, en définitive, assez désenchanté, du moins si l'on confronte ces changements à l'ambition que semblait porter l'affirmation de départ. Le législateur, en effet, ne fait que clarifier et encadrer des situations déjà existantes, en ne donnant guère plus de poids au secret considéré. Le « secret professionnel de la défense et du conseil », ainsi, n'est pas tant étendu qu'il est circonscrit par ladite loi.

### **III – UN SECRET CIRCONSCRIT**

Le « secret professionnel de la défense et du conseil » paraît d'autant plus circonscrit que l'apport principal de la réforme réside, peut-être, dans la création d'un article 56-1-2 du Code de procédure pénale, texte selon lequel « dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévues à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévus à l'article 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts [fraude fiscale] et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 [trafic d'influence, corruption et financement du terrorisme] du Code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son

client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ».

Il s'agit, en clair, de rendre le secret inopposable lorsqu'une enquête ou une instruction sont diligentées en matière de délinquance économique et financière, ce qui revient, pour certains, à intégrer en droit français le mécanisme américain de la crime-fraud exception<sup>17</sup>. Ce qui est sûr, c'est que le législateur a pris en compte les inquiétudes des magistrats spécialisés, notamment du procureur de la République financier, ainsi que de certaines associations, notamment Transparency international, concernant l'extension du secret professionnel à la phase du conseil, qui pourrait constituer un moyen d'entraver la lutte contre la fraude fiscale et contre la corruption internationale, à la fois française et internationale, voire de permettre certaines fraudes<sup>18</sup>.

Les avocats, eux, se sont plutôt émus de la restriction consécutive du secret qui les lie à leur client 19, d'où une rédaction finale de ce nouvel article un peu plus précise, mais encore trop alambiquée.

S'il est certain que seul le conseil est ainsi visé, et que les garanties instaurées par ailleurs par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire s'appliqueront, la réserve terminale, en vertu de laquelle l'inopposabilité s'applique « sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions », est tout sauf claire. D'une part, il est maladroit d'écrire qu'un document « établit la preuve » de quoi que ce soit. Tout au plus peut-on le mobiliser afin d'établir une telle preuve, en l'occurrence qu'une infraction a été commise ou « facilitée », ce dernier qualificatif n'étant pas non plus des plus maîtrisés. D'autre part, une fois de plus, la question se pose de savoir qui appréciera ce caractère et comment il le sera, le texte ne donnant aucune précision à cet égard et pouvant même être interprété de différentes façons.

Pour conclure, fût-ce dans le cadre d'une réforme annoncée comme ayant notamment pour objet de le renforcer, le secret professionnel « de la défense et du conseil » est, dans son aspect procédural, encore loin de constituer un contrepoids solide aux prérogatives des autorités. La cause d'une telle faiblesse réside peut-être dans le fait qu'en 2022, nul ne semble encore être en mesure de légitimer ce secret autrement que par référence aux droits de la défense, eux-mêmes fondés sur le très compréhensif article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Dès lors, le destin du secret considéré demeure lié à celui de l'accusation, dont il ne semble destiné, parmi d'autres mécanismes, qu'à modérer la puissance.

## NOTES DE BAS DE PAGE

1 – AN, projet de loi n° 4091, 14 avr. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire.

2 – AN, texte n° 4146, 7 mai 2021, sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 4091), adopté par la commission

3 – Rapp. Sénat n° 630, 15 sept. 2021, sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 834), adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée.

4 – CNB, ass. gén., délib., 15 nov. 2021.

5 – AN, texte n° 4604, 16 nov. 2021, pour la confiance dans l’institution judiciaire, présenté par le gouvernement, amendement n° 1.

6 – Cons. const., DC, 17 déc. 2021, n° 2021-830.

7 – V. également, dans le même sens, l’article 2 du règlement intérieur national de la profession d’avocat.

8 – V. par ex. Cass. crim., 7 mars 1994, n° 93-84931 : Bull. crim., n° 87 (« si, selon les principes rappelés par l’article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure que le juge d’instruction tient de l’article 97 du CPP le pouvoir de les saisir dès lors qu’elles ne concernent pas l’exercice des droits de la défense »), prélude à l’une des dernières réformes de cette partie du texte par la loi n° 97-308 du 7 avril 1997. La réforme n’a pas empêché la Cour de cassation de continuer à distinguer activité de défense et activité de conseil : v. par ex. Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83205 : Bull. crim., n° 93 – v. encore Cass. crim., 24 nov. 2020, n° 19-84304.

9 – L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6, al. 2.

10 – Cons. const., QPC, 24 juill. 2015, n° 2015-478, cons. 16.

11 – V. par ex. cette même décision Cons. const., QPC, 24 juill. 2015, n° 2015-478, cons. 16.

12 – Mission relative à l’avenir de la profession d’avocat, présidée par Dominique Perben, dont le rapport a été remis au garde des Sceaux en juillet 2020 (p. 39 et s.) et Commission relative aux droits de la défense dans l’enquête pénale et au secret professionnel des avocats, présidée par Dominique Mattei, dont le rapport a été remis en février 2021 (p. 18 et s.).

13 – Auparavant, il fallait se référer à la jurisprudence ; v. par ex. Cass. crim., 14 janv. 2003, n° 02-87062 : Bull. crim., n° 6.

14 – V. aussi, par renvoi, pour l’enquête préliminaire puis pour l’instruction : CPP, art. 77-1-1, al. 3 et CPP, art. 99-3, al. 4.

15 – Ce qui permet, semble-t-il, de se conformer au droit de l’Union européenne : CJUE, 21 déc. 2016, nos C-203/15 et C-698/15 (2 arrêts), Tele2 Sverige AB, et Secretary of State for the Home Department, et CJUE, 2 mars 2021, n° C-746/18, H/K Prokurator.

16 – Une légère modification est consécutivement faite de l’article CPP, art. 706-95.

17 – N. Michon, « Legal privilege et secret professionnel : éléments de comparaison », AJ pénal 2019, p. 588 ; T. Baudesson, « Le nouvel article 56-1-2 du Code de procédure pénale ou l’introduction discrète en droit français de la crime-fraud exception américaine, mais sans les garanties qui l’accompagnent », Dr. pén. 2022, étude 3.

18 – Rapp. Sénat, n° 834, 2020-2021, sur le projet de loi organique pour la confiance dans l’institution judiciaire, de Mme Canayer et M. Bonnacarrère, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 septembre 2021.

19 – CNB, Ass. gén., délib., 15 nov. 2021, préc.