

Requiem pour le droit à la communication par l'avocat des pièces d'un dossier pénal en cours d'enquête ou d'instruction aux débats civils

Issu de Gazette du Palais - 03/10/2017 - n° 33 - page 17
ID : GPL302y0

Auteur(s):

- Vincent Nioré, avocat au barreau de Paris

Ni la chambre criminelle, ni le législateur n'ont pu parvenir, en faveur des avocats, à des solutions certaines et sécurisantes évinçant tout risque de poursuites judiciaires en cas de communication des éléments d'un dossier pénal. Au contraire, au mépris du principe de l'égalité des armes, le parquet s'est vu octroyer par cette même chambre criminelle, puis par la première chambre civile de la Cour de cassation, des pouvoirs régaliens et exorbitants d'agir à sa guise en autorisant une partie ou en produisant lui-même l'entier dossier pénal d'instruction en cours aux débats civils d'une affaire retentissante sur le plan médiatique. Reste l'exercice des droits de la défense que consacrent la CEDH et l'urgence d'un renforcement des pouvoirs du magistrat de la mise en état.

Déjà en 2003, nous écrivions un « plaidoyer » en faveur de la communication des éléments d'un dossier pénal par l'avocat¹, que nous réitérons en 2013².

Depuis bientôt 15 ans, les raisonnements ont à peine évolué, sclérosés, dévastés par la volonté de réprimer toute liberté de communiquer.

Autopsie d'un casse-tête. Aucun texte n'autorise expressément l'avocat à communiquer les pièces et/ou informations d'un dossier d'enquête ou d'instruction en cours dans le cadre d'une procédure civile parallèle. La référence, d'une manière générale, à l'article 114, alinéa 6, du Code de procédure pénale (CPP) en matière d'instruction pour les rapports d'expertise « pour les besoins de la défense », n'est nullement satisfaisante et doit être abordée avec les plus grandes précautions.

La chambre criminelle juge depuis peu que l'avocat de la partie civile ou du mis en cause est en risque de se voir reprocher des indices graves de violation du secret professionnel en communiquant les pièces d'un dossier pénal en cours dans le cadre d'une instance civile sans avoir accompli des démarches auprès de telle autorité – qu'elle ne définit pas –, pour obtenir une autorisation de communiquer. Mais force est de constater qu'en droit, aucune autorité n'est formellement habilitée par les textes à délivrer une quelconque autorisation.

Si l'on tient pour acquises les solutions de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), cette violation ne pourrait être jugée légitime que contre la démonstration de la nécessité de l'exercice des droits de la défense, mais dans l'incertitude la plus totale quant à ses conséquences sur un plan judiciaire interne.

Par une étrange inversion des valeurs, l'atteinte au sacré serait marquée par cette prétendue violation du secret justifiant une répression impitoyable et sans considération aucune pour l'exercice réellement sacro-saint des droits de la défense totalement désincarnés.

Le constat. Aucune autorité n'a souhaité sortir de la diabolisation de l'exercice des droits de la défense précisément pour le motif à peine exprimé, délétère, qu'une telle communication pourtant soumise au contradictoire, porterait atteinte à la présomption d'innocence de celles et ceux que viseraient ces pièces, comme si ces derniers étaient incapables de se défendre en apportant la preuve contraire qui est un droit spécifique aussi incontestable qu'indispensable en matière de défense pénale : « La notion de preuve contraire pourrait alors s'entendre comme la réaction légitime face à l'attaque générale que constitue l'accusation »³.

D'autres censeurs à l'esprit néfaste, férus de raisonnements institutionnels mus par des pulsions répressives disciplinaires, par une crainte et une prémonition bien gauloises, avancent que le ciel devrait tomber, sur le plan éthique, sur la tête de ces avocats violeurs de secret, aussi imprudents qu'intrépides, voire impies, et ce sera justice.

Au contraire, il faut déplorer que l'autorité susceptible d'autoriser un avocat à verser aux débats civils les pièces d'un dossier pénal

en cours d'enquête ou d'instruction ne soit pas définie par les textes.

En pratique, les avocats se tournent, tantôt désespérément, tantôt avec enthousiasme, soit vers le juge d'instruction – radicalement incompétent parce qu'en risque de violation du secret de l'instruction –, soit vers le parquet – dont un tel pouvoir n'est prévu par aucun texte mais serait consacré par la chambre criminelle et la première chambre civile de la Cour de cassation –, soit encore vers le tribunal ou la cour – également incompétents en cette matière de l'incident de communication de pièces au profit du magistrat de la mise en état dont les pouvoirs visés à l'article 771 du Code de procédure civile (CPC) ne prévoient pas expressément une telle hypothèse.

Enfin, les avocats peuvent se tourner vers leur bâtonnier, défenseur des droits de la défense.

En effet, bâtonnier et droits de la défense se conjuguent pour la protection du secret professionnel ou sa levée que seul l'exercice des droits de la défense permet.

Rien n'empêche de raisonner sur la matière du « conflit d'intérêts » en garde à vue où, en pratique, se joue le risque de violation du secret professionnel que s'empressent de dénoncer auprès du bâtonnier, dans la quasi-totalité des cas sans fondement, magistrats et officiers de police judiciaire (OPJ).

En vertu de l'article 63-3-1, alinéa 5, du CPP, c'est l'avocat qui est juge du conflit d'intérêts – expression impropre car, en fait, il s'agit de la violation du secret – non l'enquêteur, ni le magistrat. Et c'est le bâtonnier qui tranche.

En outre, lorsque le bâtonnier ou son délégué conteste une saisie en perquisition chez l'avocat, il est un auxiliaire de justice en charge d'une mission de protection des droits de la défense pour notamment protéger le secret professionnel⁴.

C'est donc à lui que devrait naturellement revenir la tâche de libérer l'avocat du secret professionnel au nom de l'exercice des droits de la défense.

En l'espèce, pour la CEDH, « l'exercice des droits de la défense » peut – à juste titre – rendre nécessaire la violation du secret professionnel à l'égard des tiers au rang desquels ne figure pas le juge.

La CEDH a consacré cette solution, au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (et non de l'article 6 de la Convention) dans son arrêt *Mor c/ France* et a retenu notamment en son superbe paragraphe n° 57 : « La protection de cette liberté doit prendre en compte l'exception prévoyant que l'exercice des droits de la défense peut rendre nécessaire la violation du secret professionnel »⁵.

Aussi, les regards doivent inmanquablement se tourner vers la CEDH qui consacre l'exercice des droits de la défense soumis à la conscience de l'avocat, galérien des temps modernes, contraint de prendre des risques graves. Parmi ceux-ci, celui d'être absurdement renvoyé devant la juridiction correctionnelle en raison d'une supposée violation du secret professionnel, due à la communication faite à un juge civil qui n'est pas un tiers mais tout simplement le juge en charge de trancher le fond du litige et, préalablement, de statuer sur l'incident de communication de ces pièces couvertes par le secret.

I – Pour la chambre criminelle, c'est toujours l'avocat qui communique

L'avocat est, d'ordre public, tenu au respect du secret professionnel, précisément, à l'occasion d'une procédure d'enquête ou d'instruction.

Semble indifférent au plan de la responsabilité pénale, pour apprécier les obligations de l'avocat, le fait que la partie civile, le mis en examen, le témoin assisté – ces derniers étant susceptibles d'encourir la sanction de l'article 114-1 du CPP –, le témoin, le gardé à vue, et « l'auditionné librement » ne soient pas tenus au secret de l'instruction.

S'agissant de l'avocat de la partie civile, comme d'ailleurs de celui du mis en examen, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 27 octobre 2004, a jugé 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 »⁶.

Opérant revirement, la chambre criminelle autorise depuis le 14 octobre 2008 la communication d'informations, précisément « de renseignements » et non de pièces en prenant comme motivation le fait que la partie civile – comme le mis en examen – n'est pas soumise au secret de l'instruction, cette communication d'informations dans des conclusions de sursis à statuer, étant justifiée par la nécessité « des besoins de la défense »⁷.

L'arrêt précise « qu'en l'espèce... aucune pièce du dossier d'instruction proprement dit n'a été versée (par l'avocat de la partie civile) ».

Dans cette conception restrictive, force est de constater que le cas tranché par la chambre criminelle ne concerne nullement la communication de pièces mais la citation dans les écritures au civil par la partie civile d'informations issues du dossier d'instruction à l'occasion d'une exception de sursis à statuer.

Les mots « éléments » ou « extraits » utilisés par la chambre criminelle dans cet arrêt sont assimilés *stricto sensu* aux « informations » et non aux « pièces » s'agissant des avocats qui peuvent faire circuler des « renseignements » puisés dans le dossier sans « la pièce » elle-même qui les constate.

Pourquoi un tel *distinguo* puisque l'information secrète est communicable mais sans son support matériel ?

Il s'agit du « texte » de l'arrêt dont il faut retenir « l'esprit » avec une acception démesurément large de l'exercice des droits de la défense. Ce dernier est l'unique et indiscutable fait justificatif de la violation du secret professionnel, comme le retient François Saint-Pierre qui, dans son remarquable ouvrage de pratique de défense pénale, avec une hauteur de vue qu'il convient de souligner, estime à raison qu'« un avocat est fondé à produire en justice des pièces d'une instruction judiciaire en cours visant son client, dans le cadre d'une autre instance, pour les besoins de la défense de ce même client, qu'il s'agisse d'une instance pénale... »[8](#).

Relevons en outre que, par arrêt rendu le 18 mars 2015, la chambre criminelle a jugé qu'existaient des indices graves ou concordants d'une violation du secret professionnel et du secret de l'instruction par l'avocat de la partie civile qui avait communiqué dans diverses instances civiles des pièces issues d'une procédure d'information « sans y avoir été autorisé, ni même avoir sollicité une telle autorisation »[9](#).

Par cet arrêt, elle évoque l'idée de l'accomplissement de démarches, comme fait justificatif, sans préciser auprès de qui et leur résultat, pour exonérer l'avocat de toute responsabilité pénale et justifier *a posteriori* une telle communication critiquable en soi parce que sacrilège.

Ainsi, l'avocat aurait dû demander l'accord préalable du parquet (et non pas du juge d'instruction même si cet arrêt ne précise rien sur ce point) ou du magistrat de la mise en état, fût vainement, ces derniers dussent-ils se déclarer incompétents, afin de pouvoir être autorisé à verser aux débats civils les pièces de la procédure d'instruction ou en tout cas échapper aux foudres de la poursuite pénale.

Mais de quelle autorité décisionnaire peut-il s'agir ?

II – Le parquet peut autoriser l'avocat à communiquer dans le cadre d'une instance parallèle

Aucun texte ne prévoit ni n'interdit au parquet, « partie à l'action publique », qui a ce pouvoir pour lui-même, et que nul ne conteste, d'autoriser un avocat à communiquer dans le cadre d'une instance parallèle les pièces d'un dossier pénal en cours d'instruction.

Dans une même affaire d'importance nationale, la première chambre de la cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 17 février 2015, rétracté une sentence arbitrale, consacrant le fait pour le parquet « partie jointe » d'avoir versé aux débats le dossier d'instruction en cours en le soumettant à la libre discussion des parties et décidé que « le secret de l'instruction n'est pas opposable au ministère public dès lors que ce dernier a agi dans l'exercice de la mission que la loi lui attribue en matière de recours en révision »[10](#).

La chambre criminelle a maintenu cette solution par son arrêt du 30 septembre 2015 en jugeant que le parquet « partie jointe » peut communiquer pour lui-même pour autant qu'il respecte le contradictoire¹¹.

Puis, la première chambre civile a jugé dans le même sens : « Le secret de l'instruction n'est opposable ni aux parties civiles ni au ministère public ; dès lors, il est loisible à ce dernier, partie jointe, de verser aux débats, pour être soumis à la discussion contradictoire des parties, tous documents ou renseignements de nature à contribuer à la solution du litige et il peut autoriser des parties civiles à communiquer des pièces extraites d'un dossier d'information judiciaire en cours »[12](#).

Cependant, une telle autorisation revient en pratique à permettre au parquet, partie jointe ou non, de relever l'avocat du secret professionnel auquel il est tenu d'ordre public, ce que le bâtonnier lui-même ne peut faire.

Le parquet ne peut donc ni autoriser ni refuser, et de ce refus, nul ne saurait déduire la constatation de la commission d'une infraction.

En revanche, si l'accord a été donné, l'avocat ne peut plus être poursuivi, comme l'a jugé la 17^e chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris par le jugement non frappé d'appel du 18 novembre 2003 [13](#) et comme semble le retenir la chambre criminelle par son arrêt du 18 mars 2015 précité.

Il serait aussi surprenant que le parquet devienne le « juge du secret professionnel » alors que la CEDH décide qu'il n'est pas une autorité judiciaire faute de garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, certes, en contradiction avec les termes de l'article 64, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

Le magistrat de la mise en état, juge du siège, ne dispose pas non plus clairement de ce pouvoir.

III – Le juge de la mise en état

À notre avis, le juge n'est pas un tiers : il est le juge.

L'article 114, alinéa 6, du CPP vise communément « les parties » et « l'avocat » par opposition « aux tiers » et ne dit nullement que le juge est un tiers.

Il a été jugé, certes ponctuellement, que le juge n'est pas un tiers¹⁴.

Il arrive que le juge de la mise en état refuse une telle autorisation au motif que cette demande de communication n'entre pas dans ses pouvoirs¹⁵.

Il est vrai qu'en matière civile, le juge de la mise en état semble incompétent pour délivrer une telle autorisation qui n'est pas expressément prévue par l'article 771 du CPC.

En définitive, il n'existe aucune autorité explicitement habilitée par le législateur à autoriser l'avocat à verser aux débats civils les pièces d'un dossier pénal en cours d'instruction, qu'il s'agisse du juge d'instruction, du parquet ou du juge de la mise en état. La chambre criminelle, par son arrêt du 18 mars 2015 précité, semble se satisfaire de cette impossibilité comme la condition *sine qua non* d'une possible communication pour autant que de vaines et pénibles démarches aient été laborieusement entreprises.

Il est clair que les avocats sont les proscrits d'une création prétorienne déséquilibrée exclusivement à l'avantage régalién du parquet, grand architecte de l'audience, qui jouit généreusement déjà au plan procédural de « l'erreur du menuisier ».

Rien n'est alors plus urgent que de réformer les pouvoirs du magistrat de la mise en état, seul habilité à trancher cette difficulté parce qu'il est le juge, par la prise en compte du critère de la nécessité de l'exercice des droits de la défense, lors d'une audience en chambre du conseil, au contradictoire des parties, dans le respect du secret professionnel et des droits de la défense, sans risque d'humiliation de quiconque et surtout d'absurdes poursuites contre ces impérissables défenseurs des libertés que sont les avocats que l'on ne cessera jamais de protéger pour être les authentiques garants de la survie de la démocratie.

Notes de bas de page

1 – Nioré V., « Plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal d'instruction en cours devant une juridiction étatique ou arbitrale », *Gaz. Pal.* 5 août 2003, n° F1689, p. 2.

2 – Nioré V., « Nouveau plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal », *Gaz. Pal.* 31 août 2013, n° 143u6, p. 13.

3 – Bolze P., *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, Fourment F. (dir.), thèse, 2010, université Nancy 2, p. 9 et 10.

4 – *Cass. crim.*, 8 janv. 2013, n° 12-90063 ; *Cass. crim.*, 9 févr. 2016, n° 15-85063.

5 – CEDH, 15 déc. 2011, n° 28198/09, *Mor c/ France*.

6 – *Cass. crim.*, 27 oct. 2004, n° 04-81513.

7 – *Cass. crim.*, 14 oct. 2008, n° 07-88459.

8 – Saint-Pierre F., *Pratique de défense pénale. Droit, histoire, stratégie*, 2017, LGDJ, Les Intégrales, p. 119.

9 – *Cass. crim.*, 18 mars 2015, n° 14-86680.

10 – *CA Paris*, 1-1, 17 févr. 2015, n° 13/13278.

11 – *Cass. crim.*, 30 sept. 2015, n° 15-90014.

12 – *Cass. 1^{re} civ.*, 30 juin 2016, n^{os} 15-13755, 15-13904 et 15-14145.

13 – Nioré V., « Nouveau plaidoyer pour la libre communication par l'avocat des éléments d'un dossier pénal », *Gaz. Pal.* 31 août 2013, n° 143u6, p. 13.

14 – *CA Versailles*, 16^e ch., 19 déc. 2013, n° 11/08129 : « Ni le mis en examen, ni le juge ne peuvent être considérés comme des tiers au sens de l'article 114-1 du CPP ».

15 – Lorrain R. et Bonan C., « Versement de pièces pénales issues d'une instruction dans une instance civile », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 2016, n° 257q5, p. 18.

Auteur(s) :

- Vincent Nioré, avocat au barreau de Paris

[Voir le sommaire de ce numéro](#)