

« NE PARLEZ PAS TROP FORT ON NOUS ÉCOUTE »

De bien mauvaises choses se préparent, se trament et se décident en octobre concomitamment au bouclage de cette édition de notre cher JDB. La réparation de notre justice continue au rythme effréné de la désormais habituelle réforme d'envergure annuelle, avec toujours l'ambition de rendre la justice « *plus rapide, plus efficace, plus protectrice et plus proche de nos concitoyens* ». Cette fois-ci, c'est à la justice pénale de se montrer « *plus proche* » et « *plus protectrice* », limite intrusive, à la faveur d'un article 31 d'un projet examiné en moins de 15 jours², qui introduit de très substantielles innovations en matière pénale³.



ME XAVIER PIZARRO

Déjà qualifiée de « *Pure folie !* »⁴ par le vice-bâtonnier Nioré, la plus remarquée de ces mesures censées nous protéger introduit une nouvelle technique d'enquête : l'activation à distance d'un appareil électronique.

En clair, il s'agit d'autoriser le déclenchement à distance d'un appareil électronique pour sonoriser une pièce et, par exemple, de capter une conversation au moyen d'un smartphone.

L'extension du domaine de la lutte

Les techniques d'enquête que sont la géolocalisation et la captation de sons et d'images ne sont pas nouvelles⁵, elles sont rendues possibles par la mise en place, par les services d'enquête, de dispositifs techniques sur des véhicules

ou dans des lieux publics ou privés, cela n'est visiblement plus suffisant ou intrusif. En effet, selon l'étude d'impact⁶ de ce nouveau projet de loi « *ce mode opératoire a perdu de son efficacité face à des délinquants qui ont appris à s'en prémunir et peut présenter des risques sérieux pour les enquêteurs* ».

C'est là l'expression d'une tendance de fond qui voudrait que la souris soit par nature plus rapide et inventive que le chat et qu'en conséquence, il faille de temps à autre procéder à des « *adaptations technologiques* », afin d'éviter que les enquêteurs ne soient dépassés.

L'argument, a fortiori lorsqu'il est invoqué de façon lapidaire et incantatoire⁷ sur trois paragraphes non argumentés et non illustrés d'exemples probants ne peut que peiner à convaincre. De mêmes suites, il est éloquent de remar-

quer que le principal sous argument qui tient au risque pour la vie des agents des services d'enquêteurs qui posent physiquement les dispositifs actuels, n'a pas trouvé un début de matérialisation en près de 20 ans de pratique.

Autre argument, scandé cette fois-ci par le ministre⁸ dans la presse, le déclenchement à distance d'appareils connectés est déjà utilisé par les services de renseignement sans l'autorisation du juge qui sera désormais indispensable. Cela relèverait donc d'une logique de mise à jour de la protection des droits.

Ce second argument est beaucoup plus inquiétant, surtout si l'on considère l'autorité de laquelle il émane. Idem pour la logique à l'œuvre qui confine à la légalisation forcée de pratiques discutables du seul fait de leur existence.

Une rédaction permissive

Outre la justification branlante, la légèreté légistique du texte inquiète, puisque sont concernés tous les appareils électroniques. Il ne semble faire aucun doutes des débats que les rédacteurs et rapporteurs du texte n'avaient en vue que les téléphones et ordinateurs portables mais cette intention peine à se traduire textuellement.

Et faute d'amendements ou de réserves interprétatives qui viendront peut-être, en l'état, comme a pu le soutenir le député Ugo Bernalicis dans un coup communicationnel non dénué de malice, le texte ne pose pas de limite et nul ne peut prévoir ce que l'ingéniosité des enquêteurs rendra possible demain. Ce constat avait

d'ailleurs conduit ce dernier à déposer un amendement qui n'a bien évidemment pas prospéré pour exclure les objets sexuels connectés⁹ du dispositif.

Plus sérieusement, certaines associations comme La Quadrature du Net craignent, que tout objet connecté ne devienne un potentiel mouchard, et forcé de constater que vu la pénétration totale dans le quotidien des appareils électroniques connectés, il n'est en effet pas à exclure qu'à la faveur de l'imagination des enquêteurs, les objets du quotidien puissent se transformer en potentiels mouchards. A cet effet, la liste est interminable et des plus inquiétante : téléphones fixes connectés, les assistants vocaux, les montres, les babyphones, les trottinettes, les frigos connectés, les systèmes GPS, systèmes d'alarmes connectés... et même sex-toy connectés.

Des garanties illusoires

Signe de notre époque, toute atteinte à nos libertés s'accompagne désormais de la nécessaire et parfois incantatoire « conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions et le droit au respect de la vie privée ».

Premier garde-fou invoqué, le désormais traditionnel critère tiré de la gravité de la sanction encourue. Or force est de constater, que dans un contexte d'inflation à la hausse du quantum des peines et de criminalisation à outrance en ouverture des procédures délictuelles, cette garantie n'en est malheureusement plus une.

Deuxième garde-fou invoqué, le contrôle du juge en flagrance, en préliminaire ou

en information judiciaire ainsi que la limitation de la durée de l'utilisation de cette méthode d'investigation.¹⁰


Relativement à celui-ci, on aimerait en voir figurer dans l'étude d'impact des données chiffrées permettant d'envisager depuis une perspective concrète le ratio demandes/autorisation en présence dans des demandes déjà soumises à autorisation d'un magistrat. Nul doute alors que nous aurions été surpris par l'infinitésimale quantité de décisions de refus.

Le troisième garde-fou invoqué tient de la protection de ceux qui travaillent dans le secret. En l'état, la captation ne pourrait jamais être mise en œuvre dans le cabinet d'un avocat, son domicile ou son véhicule, et ce à peine de nullité.

Premier problème de taille, ce contrôle n'intervient qu'à posteriori une fois que la captation a eu lieu. Ainsi, l'exploitation hors procédure de ce qui ne devait pas être enregistré reste possible par les enquêteurs. Ne manquera pas de se poser également la question d'une écoute illégale qui viendrait révéler la commission ou la participation à une infraction.¹¹

Enfin, rien n'est explicitement prévu pour les collaborateurs de ceux qui travaillent dans le secret, et ce, à l'heure où nos habitudes de travail ont changés et que les secrets professionnels sont devenus des secrets partagés.¹²

L'heure des incertitudes

A l'heure où le modeste auteur de ces quelques lignes manque de s'ébouillanter avec son café en parcourant le projet de loi, et que son estimé 

1 Projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027

2 Dans le cadre d'une procédure d'examen accélérée

3 Extension de la possibilité de recourir aux perquisitions de nuit, réforme du statut du témoin assisté, limitation de la détention provisoire, choix laissé au procureur d'ouvrir ou non une information judiciaire, placement sous bracelet électronique en cas de détention provisoire irrégulière etc.

4 Vincent Nioré, Actu-juridique.fr 23/05/2023

5 Encadrées respectivement par les articles 230-32 à 230-44 et 706-96 à 706-98 du code de procédure pénale. La captation a été introduite en Droit français à la faveur d'une loi de 2004 dite « adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ». Initialement réservée au cadre protecteur de l'information judiciaire elle a fini par être étendue à la faveur de trois réformes à l'ensemble de la procédure pénale

6 NOR : JUST2305124L/Bleue-1 p.131 à 142

7 Sans la moindre donnée chiffrée ou la moindre référence à un avis technique ou expertal ou à une audition d'un professionnel

8 EDM repris par le Point, dont l'excellent Me Charles BENOIT ne s'était pas trompé en annonçant sa mort comme avocat lors de notre dernière rentrée solennelle

https://www.lepoint.fr/politique/justice-l-assemblee-approuve-l-activation-des-cameras-et-micros-de-telephones-a-distance-05-07-2023-2527561_20.php#11

9 Aussi surprenant que cela puisse sembler, il est précisé que de tels appareils existent réellement, vous pouvez par exemple acquérir pour quelques centaines d'euros un « Svakom Siime Eye » connecté au wifi et qui jouit d'une prodigieuse autonomie de 2h30

10 Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance, l'autorisation, en l'état actuel du projet, serait délivrée par le juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République, pour une durée d'un mois renouvelable une fois. Dans le cadre d'une information judiciaire, cette autorisation serait délivrée par le juge d'instruction pour une durée de 4 mois renouvelable dans la limite de 2 ans.

11 Que la jurisprudence récente de la Cour de Cassation n'a eu de cesse de valider

➔ partenaire de crime¹³, hautement perturbé par la violence symbolique de l'atteinte à venir, revient à la machine à écrire et inaugure un nouveau genre « *Dark-dystopico-réalisto-New age* », seul est certain le calendrier de l'examen du projet.

A ce titre, la CMP va se réunir pour tenter de s'accorder sur une version finale dans le courant du mois d'octobre, soit bien après le rendu de cet article, dont la parution est prévue pour le 31 octobre.

En cette occasion, la fin de l'avocat parlementaire, libéral ou journaliste ne manquera pas de poser un nouveau problème sur la capacité de la profession à peser dans le débat législatif du fait de sa faible représentation au sein des assemblées¹⁴.

La volonté du gouvernement est là et il est peu probable, sauf événement exceptionnel, que la représentation nationale amende significativement ce projet vis-à-vis duquel les désaccords entre les deux chambres sont assez limités. Surtout que les résultats des votes des assemblées en première lecture ne furent guères encourageants¹⁵.

Du côté des institutions de contrôle, de manière assez surprenante, cette nouvelle mesure d'enquête ne retient pas de manière particulière l'attention du Conseil d'État pourtant saisi pour avis de l'entier projet de loi par le gouvernement¹⁶, qui a estimé que « *le recours à cette technique est aujourd'hui une condition du maintien de l'efficacité des techniques spéciales d'enquête en présence de certaines formes, particulièrement redoutables, de criminalité et*

de délinquance en bande organisée. » Quant à la CNIL qui devra se prononcer quant au traitement de ces données l'occasion d'un décret d'application pris en la forme d'un décret en Conseil d'État, sa marge de manœuvre sera quasi inexistant.

Du côté du contrôle de constitutionnalité a priori, il est malheureusement vraisemblable que les sages suivent la logique déjà retenue à l'occasion du contrôle de constitutionnalité à priori de l'examen de la loi qui avait introduit la captation de sons et d'images non activé à distance dans sa mouture actuellement en vigueur¹⁷.

La situation n'est guère plus enviable même à l'envisager du point de vue de la conventionnalité des mesures à venir. En effet si les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont posé plusieurs exigences¹⁸ entourant le recours à des techniques spéciales d'enquête telles que la géolocalisation ou la sonorisation dans un arrêt « *Matheron* »¹⁹, elle a également rappelé la large marge de manœuvre des États en pareille matière et validé tout récemment des dispositifs analogues. En toute hypothèse, si rappel à l'ordre il doit y avoir, il ne pourra intervenir que dans quelques années.

Des raisons d'espérer ?

A ce stade, face à un processus auquel nous ne sommes pas partie, une chose reste fort heureusement hors d'atteinte d'un législateur mal intentionné à notre rencontre : notre pratique.

Si le chat est devenu tigre, il faut que les

robes noires rétrécissent la largeur de la chaudière et prennent l'habitude de fermer la porte à clé.

A ce titre, il est urgent que les organes de la profession, les barreaux, nos commissions, nos groupes de formation se penchent sur l'élaboration de documents pratiques susceptibles de nous guider au quotidien, afin de sécuriser par une pratique collective prudente, harmonisée et réfléchie les secrets dont nous sommes les garants.

A l'heure des incertitudes, une chose est certaine, notre commission y prendra toute sa part.

12 Quid par exemple du téléphone de nos assistantes et juristes de nos cabinets, d'un consultant universitaire ou de celui d'un assistant parlementaire avec lequel le titulaire du secret collabore étroitement ?

13 Notre excellent confrère Tom BONNIFAY

14 Composition de la commission mixte paritaire <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/organes/cmp/programmation-justice-2023-2027/composition?date=#tableau>

15 Vote en première lecture à l'Assemblée Nationale 80 voix contre 24 (Les députés du camp présidentiel, de LR et du RN ont voté pour. Ceux de la Nupes ont voté contre) - Vote en première lecture au Sénat, 340 votants, 244 suffrages exprimés, 231 pour et 13 contre. Seuls les groupes Groupe communiste républicain citoyen et écologiste et Groupe Écologiste - Solidarité et Territoires se sont abstenus ou ont votés contre - Vote en première lecture n° 2356 18 juillet 2023 sur l'ensemble du texte à L'AN Pour l'adoption : 388 Contre : 111 Abstention : 45 Unanimité Renaissance et Rassemblement national + 90 % LR

16 Pt 15 de l'avis Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du jeudi 13 avril 2023 et par la commission permanente du Conseil d'État dans sa séance du mardi 2 mai 2023.

17 Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004. Considérant n°6, le Conseil constitutionnel considère que le législateur pouvait prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes ou des délits sous réserve que ces mesures soient réservées aux infractions d'une gravité et d'une complexité particulières, dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées

18 En application de l'article 8 §2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont posé plusieurs exigences entourant le recours à des techniques spéciales d'enquête telles que la géolocalisation ou la sonorisation. À cette occasion la Cour a notamment rappelé que de telles ingérences doivent être « prévues par la loi », poursuivre « un but légitime » et être « nécessaires dans une société démocratique » pour atteindre ces buts

19 arrêt du 29 mars 2005 *Matheron C/ France* (relatif à des écoutes téléphoniques)

UNE RÉVOLUTION POUR LA DÉCORATION INTÉRIEURE DE NOS CABINETS



ME TOM BONIFAY

En essayant ses pieds sur le paillason, le client peut lire la nouvelle devise du cabinet : « *No place to hide* »¹. Modestement anglophone, il ne devine pas encore qu'en poussant la porte, il va pénétrer dans l'univers dystopique de techno-vigilants à tendances paranoïaques qu'on ne trouve que dans les romans de John le Carré. Invité à s'asseoir en attendant son avocat, le client découvre, posée entre un Marie-Claire corné de la dernière décennie et un numéro des Nouvelles Publications, une affichette rose bonbon² : « *Merci de déposer vos appareils électroniques dans la boîte située à l'accueil du cabinet avant votre rendez-vous* ».

Habitué à l'écrêteau ripoliné l'invitant poliment à régler ses honoraires par chèque, espèces³ ou carte bancaire, il est surpris par cette nouvelle recommandation.

Son regard se porte alors sur une drôle de boîte, fièrement posée sur la banque d'accueil. Rectangulaire, toute en fibre de carbone, il est en train de contempler ce que l'agent d'accueil appelle une cage de faraday⁴. Il doit y déposer tous ses appareils électroniques le temps du rendez-vous : téléphone, ordinateur, montre connectée et, pour les plus audacieux lui dit l'agent, Svakom Siime Eye. Perplexe face à tant de prévenance, le client ne remarque pas tout de suite que la sonnerie d'un téléphone est en train de retentir. Ça n'est pourtant pas l'habituelle Marimba qui résonne entre les murs désespérément vides de ce drôle de cabinet, mais un son plus rugueux, craché par les entrailles d'un vieux téléphone ro-

tatif en métal avec combiné en bakélite, siglé Cofratel. « *Le seul qui échappe aux IMSI Catchers* » lui dira plus tard son avocat avec un air convenu, comme si le client y comprenait quelque chose...

Alors qu'il élabore une excuse pour quitter ce repère de joyeux doux dingues, l'avocat apparaît enfin. Le rendez-vous peut débuter.

La chaleur humide qui règne dans le bureau brouille immédiatement les sens du client. Il ne peut toutefois pas occulter le marcel blanc en nid d'abeille tâché de transpiration que porte l'avocat sur un élégant pantalon en lin olive et une audacieuse paire de Geox à scratches aérées sur le dessus. Surpris par le style peu conventionnel de l'avocat, le client l'est tout autant par la décoration du bureau. Le mur qui lui fait face est entaillé d'une profonde cicatrice de deux mètres de long. A ses pieds, un immense amas de dossiers papiers à même le sol et de

feuilles qui volent au gré des courants d'air. Ailleurs, aucun signe d'un téléphone ou d'un ordinateur.

L'avocat, qui anticipe les interrogations de son invité, s'explique. Il a lu il y a quelques semaines que les climatiseurs modernes pouvaient être connectés à la domotique. Bien qu'il ne sache pas exactement ce que cela impliquait dans son cas, il a décidé d'agir immédiatement pour se protéger des surveillances policières ! Epaulé par deux stagiaires, il a démonté manuellement des climatiseurs et arraché les raccordements en passant directement par le mur. Quant aux ordinateurs, ils ont été dépecés et ses composantes ont été jetés à sept endroits différents de la ville.

Face à l'anxiété perceptible de son client, en proie à une violente crise de sudation, l'avocat se veut rassurant. Dans son cabinet, rien de sérieux ne sera évoqué en présence d'un appareil électronique !

Vous trouvez cette description un peu trop romanesque voire ubuesque ? C'est pourtant celle d'un cabinet d'avocat soucieux de faire respecter le principe de confidentialité en 2023.

Une intrusion clé en main dans les échanges avocats-clients

La nostalgie nous étreint quand on lit ce vieil et bel arrêt de la Cour de cassation qui obligeait les pouvoirs publics, au nom du principe de « libre défense », à « respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisis ou qu'ils veulent choisir comme défenseurs »⁵.

C'était deux ans avant que Félix Faure ne trépasse d'un excès de zèle sexuel dans son bureau de l'Elysée.

Depuis, nos cabinets ne sont plus des sanctuaires.

La Haute juridiction a autorisé les enquêteurs à retranscrire des propos échangés entre l'avocat et son client lorsque les propos tenus « révèlent des indices de sa participation à des faits susceptibles de qualification pénale » ou, pire, lorsque l'avocat « n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause ».

Si la loi du 22 décembre 2021 a consacré le « secret professionnel de la défense et du conseil », force est de constater que ce principe n'est pas appliqué par la jurisprudence⁶.

Cette crispation du secret professionnel est d'autant plus problématique que, depuis une dizaine d'années, en raison notamment de la nécessité affichée de lutter contre le terrorisme, le marché de l'« intrusion clé en main » et de la cybersurveillance est en pleine expansion⁷. On assiste à une tendance de plus en plus forte des États à démanteler les

protections de la vie privée, des domiciles, de l'intimité et à la multiplication des dispositifs de surveillance de masse et d'intrusion. L'État étend aujourd'hui sa sphère d'intervention et assimile le droit au secret au droit à l'impunité.

L'affaire Pegasus nous en a donné confirmation. Les services de renseignement ont déjà les moyens d'exfiltrer les e-mails, les textos, les données, les photos et les vidéos, de contrôler les micros et les appareils photo de l'appareil en les activant à distance, et ce, quand ils le désirent. Ces moyens sont utilisés pour traquer les trafiquants de drogue et les terroristes mais également les avocats et d'autres membres de la société civile⁸.

Face à l'émergence de ces « *maieu-tech* », c'est-à-dire de technologies capables de révéler nos secrets les plus intimes, et de la volonté des États de s'en servir à l'encontre de nos clients, il ne fait aucun doute que la confidentialité des échanges avocats-clients est menacée.

L'avocat comme double de soi-même

Ces nombreuses attaques portées au secret professionnel et à la confidentialité nous invitent à une réflexion.

Pourquoi existe-t-il un secret de la défense ? Comment justifier démocratiquement qu'une relation échappe au regard de la justice, de la police et de la loi, et qu'un secret soit opposable à l'autorité judiciaire ? Comment justifier des traitements inégaux en démocratie ?

La plus poétique justification de ce secret nous est donnée par le philosophe Geoffroy de Lagasnerie.

Il nous explique que le client a besoin de son avocat parce qu'il est pris dans un État de droit, c'est-à-dire qu'il se trouve

embarqué dans une situation dans laquelle l'État nous impose un ordre juridique, des procédures, un vocabulaire, des techniques dont le client est dépossédé. En d'autres termes, se retrouver dans une procédure pénale c'est se retrouver dans une situation paradoxale et impossible, où les individus sont obligés, pour se défendre, d'utiliser des instruments spécifiques sans disposer des compétences pour s'en servir.

Dès lors, nous dit-il, on pourrait considérer qu'engager un avocat c'est en quelque sorte engager un double de soi-même, un soi-même doté de compétences nécessaires pour se défendre. Et de ce point de vue, on pourrait avancer que lorsque je parle à un avocat, au fond, je ne parle pas à quelqu'un d'autre, et que ce n'est pas une communication. Je me parle à moi-même. Je parle à mon double juridique, à mon moi si j'étais compétent juridiquement. Le caractère secret de cette conversation serait donc seulement une conséquence du fait que ce n'est pas une conversation, une communication, c'est un monologue intérieur, un dialogue que je me fais à moi-même, entre mon moi empirique et mon moi juridique.

S'opposer aux intrusions de l'État et de ses services dans nos cabinets, c'est tout simplement faire respecter le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Alors, avant que nos rendez-vous ne se tiennent eux-mêmes dans des cages protégées des ondes extérieures, il est urgent que notre profession pèse sur le débat législatif.

1 « Nul part où se cacher » ; Emprunt à l'avocat et journaliste américain Glenn Greenwald, connu pour sa couverture de l'affaire Snowden.

2 Phénomène Barbie oblige.

3 Dans la sacro-sainte limite des 1.000 euros bien évidemment.

4 Une cage de Faraday est une structure métallique étanche aux champs électromagnétiques. Elle empêche ces derniers de sortir comme de rentrer, protégeant ainsi ce qui se trouve à l'intérieur ou à l'extérieur de la cage : cf. <https://www.geo.fr/environnement/quest-ce-qu'une-cage-de-faraday-193636>

5 Arrêt du 9 septembre 1897.

6 *Crim.* 13 septembre 2022, n°21-87.452.

7 M.O. Boisset et J. Langlois-Berthelot, « Une analyse de l'affaire Pegasus », *CRSI*, novembre 2021.

8 Laurent Richard et Sandrine Rigaud, « Pegasus est l'arme de cybersurveillance la plus puissante du marché : les extraits du livre-enquête sur le logiciel espion », *Le Monde*, 13 septembre 2023.