

COMMISSION

LE RENFORCEMENT DE L'ÉQUILIBRE DES ENQUÊTES PRÉLIMINAIRES ET DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

COMMISSION RELATIVE
AUX DROITS DE LA DÉFENSE
DANS L'ENQUÊTE PÉNALE
ET AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Présidée par Dominique MATTEI,
avocat, ancien bâtonnier du barreau de Marseille

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	4
SYNTHESE DES PROPOSITIONS	4
INTRODUCTION	7
ETATS DES LIEUX ET PROPOSITIONS DE REFORME	9
ETATS DES LIEUX	10
Le contradictoire dans l'enquête préliminaire	10
L'enquête préliminaire en chiffres.....	10
Les données d'activité de la police nationale.....	10
Les données d'activité de la gendarmerie nationale	13
Bilan	14
La place du contradictoire dans l'enquête préliminaire	15
Aucune durée maximale de l'enquête préliminaire n'est fixée.....	16
L'absence traditionnelle du caractère contradictoire de l'enquête, qui la distingue de l'instruction, s'est atténuée à l'occasion de différentes réformes	16
La protection du secret professionnel de l'avocat	18
Le champ d'application du secret professionnel de l'avocat : l'exercice des droits de la défense	18
Des dispositions protectrices dans le cadre de certains d'actes d'enquête	19
PROPOSITIONS DE REFORME	21
Renforcer le contradictoire dans l'enquête préliminaire	21
Informer le plaignant.....	21
Encadrer la durée de l'enquête préliminaire.....	22
Réviser les équilibres du règlement contradictoire simplifié prévu par l'article 77-2 du code de procédure pénale.....	22
Instaurer un délai butoir pour l'accès à la procédure.....	24
Exclure certaines matières de l'ouverture du contradictoire à l'issue d'un délai butoir	24
Renforcer les garanties procédurales du secret professionnel de l'avocat	25
Consacrer le respect du secret professionnel de l'avocat dans l'article préliminaire du code de procédure pénale.....	25
Renforcer les garanties en matière de perquisition et de saisie dans les locaux de l'avocat	26
Renforcer les garanties en matière d'interceptions téléphoniques de l'avocat	26
Conférer un régime juridique protecteur du secret professionnel de l'avocat en matière de réquisitions de factures détaillées	27
Expertiser la faisabilité d'un dispositif technique permettant de répertorier les lignes téléphoniques des avocats	27
OBSERVATIONS DIVERSES	29
ANNEXES	30

REMERCIEMENTS

La commission souhaite souligner qu'elle a mené ses travaux dans un calendrier très contraint entre le 8 janvier et le 5 février 2021. Elle est cependant parvenue à entendre vingt professionnels et a reçu treize contributions écrites.

Elle exprime ses plus vifs remerciements à l'ensemble des professionnels entendus qui, en dépit de délais très courts, ont tous répondu positivement à son invitation. Elle souligne la très grande richesse des auditions et la complémentarité des opinions exprimées.

Ces auditions et contributions écrites ont animé les échanges et en ont renforcé la substance. Elles ont aussi permis des convergences en dépit des expériences professionnelles très diverses des membres même si des divergences demeurent parfois et sont reflétées tant dans le rapport que dans les avis des membres annexés au présent rapport

La commission a guidé ses travaux en ayant à l'esprit la préservation de l'efficacité de l'enquête préliminaire et la préservation du rôle de chacun, en particulier celui de direction de la police judiciaire par l'autorité judiciaire, notamment par les magistrats du parquet, et la défense du secret professionnel par le bâtonnier.

Par ailleurs, la commission relève que de nombreux professionnels entendus lui ont fait part des enjeux de moyens humains et matériels auxquels ils font face. Toute réforme ne peut donc s'envisager qu'en prenant en compte ces enjeux, notamment en s'assurant de l'impact aussi contenu que possible des évolutions envisagées sur la charge de travail des services d'enquête et des juridictions.

Enfin, la commission rappelle que toute personne mise en cause doit pouvoir être assistée efficacement par un avocat, dont le secret professionnel a pour objet la garantie des droits de la défense.

SYNTHESE DES PROPOSITIONS

Le contradictoire dans l'enquête préliminaire

1	Modifier 15-3 al.2 CPP	Rendre systématique la remise d'une copie de sa plainte à la victime.
2	Formaliser à droit constant un droit à l'information du plaignant	Rappeler par circulaire la possibilité pour le plaignant de disposer d'informations générales sur l'enquête en cours de la part du procureur de la République.
3	Encadrer la durée des enquêtes préliminaires, en appliquant la réforme aux enquêtes ouvertes après l'entrée en vigueur de la réforme.	Une option est proposée : <ul style="list-style-type: none"> - Durée de 3 ans avec possibilité de prolongation d'1 an sur autorisation du procureur de la République sur demande de l'officier de police judiciaire ; - Durée de 2 ans avec possibilité de prolongation d'1 an sur autorisation du procureur de la République sur demande de l'officier de police judiciaire ; Ces durées commenceraient à compter du premier acte d'enquête.
4	Revoir les équilibres de l'article 77-2 du CPP	Placer le II permettant au procureur d'ouvrir au contradictoire en tête d'article Supprimer les conditions d'ouverture au contradictoire suivantes : <ul style="list-style-type: none"> - Le fait que l'enquête paraisse terminée au procureur - Le fait que le procureur envisage d'engager des poursuites.
5	Elargir la possibilité d'ouvrir le contradictoire à d'autres actes d'enquête que l'audition actuellement prévue par l'art.77-2 CPP	Deux systèmes sont proposés : <ul style="list-style-type: none"> - S'en tenir au droit positif ; - Elargir à la perquisition.
6	Réduire le délai d'un an requis par l'art. 77-2 CPP après la réalisation d'un acte d'enquête pour l'ouverture du contradictoire dans le cadre de l'enquête préliminaire	Deux systèmes sont proposés : <ul style="list-style-type: none"> - S'en tenir au droit positif ; - Prévoir un délai de 6 mois après une audition libre/GAV, de 9 mois après une perquisition.
7	Prévoir un recours gracieux devant le procureur général en matière d'accès à la procédure par la personne mise en cause	Dans le cadre de l'art.77-2 CPP, en cas d'absence de réponse ou de refus du procureur de la République à la personne mise en cause d'accéder à la procédure, prévoir au profit de l'intéressé un recours gracieux devant le procureur général sur l'accès au dossier. Il a pu être considéré minoritairement que ce recours devait être exercé devant le juge des libertés et de la détention.
8	Instaurer un délai butoir pour l'ouverture du contradictoire	Deux systèmes sont proposés : <ul style="list-style-type: none"> - 2 ans après l'acte ouvrant droit au contradictoire (audition) ; - 1 an après l'acte ouvrant droit au contradictoire (audition ou perquisition).
9	Cas d'exclusion	Deux systèmes sont proposés : <ul style="list-style-type: none"> - Exclure le terrorisme exclusivement ; - Exclure le terrorisme et la criminalité organisée.

Le secret professionnel des avocats

10	Compléter l'article préliminaire du CPP	Prévoir le respect du secret professionnel de l'avocat.
11	Perquisitions – contentieux des éléments saisis dans les locaux d'avocats	Prévoir la possibilité pour l'avocat perquisitionné, le bâtonnier et le parquet de relever appel à l'encontre de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention devant la juridiction du Premier président de la cour d'appel.
12	Perquisition dans les locaux de l'avocat	La commission est partagée entre le maintien du droit positif et la subordination d'une telle perquisition à une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.
13	Interceptions téléphoniques des avocats	Conditionner l'autorisation d'une interception de la ligne d'un avocat à l'existence de raisons plausibles qu'il ait participé à la commission d'une infraction.
14	Interceptions téléphoniques des avocats	Confier au juge des libertés et de la détention l'autorisation d'interception de la ligne téléphonique d'un avocat, quel que soit le cadre des investigations.
15	Réquisitions de <i>fadettes</i> des avocats	Etendre aux réquisitions de <i>fadettes</i> le régime des interceptions téléphoniques.
16	Consolider la protection du secret professionnel de l'avocat dans l'exercice des droits de la défense dans le cadre des interceptions téléphoniques	<p>Expertiser la faisabilité technique du référencement des coordonnées téléphoniques de l'avocat sur une plateforme/registre permettant dans le cadre d'un système de contrôle a priori de ne pas écouter ou d'interrompre immédiatement l'interception téléphonique entre l'avocat et son client. A défaut, l'enquêteur devra informer sans délai l'autorité judiciaire mandante qui pourra y mettre fin immédiatement.</p> <p>Enfin, dans l'hypothèse où l'enregistrement de l'écoute aurait eu lieu, saisine par l'autorité judiciaire mandante du juge des libertés et de la détention aux fins de vérifier si la conversation s'inscrit dans le cadre d'une relation entre un avocat et un client dont il assure la défense des intérêts.</p> <p>Si tel est le cas, le juge des libertés et de la détention n'autorisera pas la retranscription et fera procéder immédiatement à la destruction de l'enregistrement.</p>

Observations diverses

17	Mener une réflexion sur la mise en état à l'issue de l'enquête préliminaire.	
----	---	--

INTRODUCTION

Elargir le contradictoire dans l'enquête préliminaire

Plusieurs dispositions du code de procédure pénale d'une part garantissent d'ores et déjà une ouverture de l'enquête préliminaire au contradictoire, d'autre part encadrent certains délais de l'enquête. Pour autant, la procédure du règlement contradictoire simplifié que le code de procédure pénale organise à l'issue de l'enquête préliminaire, et qui permet précisément aux parties, à certaines conditions, d'accéder à la procédure, apparaît inusitée et inadaptée aux réalités de l'enquête préliminaire ainsi qu'à la place évolutive du contradictoire dans l'enquête pénale.

Protéiforme et caractérisée par le secret des investigations pour préserver son efficacité, l'enquête préliminaire peut actuellement se poursuivre sans limitation de temps. Les droits des personnes mises en cause, des plaignants et de l'autorité de poursuite peuvent apparaître déséquilibrés, particulièrement dans les hypothèses d'enquêtes préliminaires qui se prolongent d'une façon qui peut sembler excessive.

A ces constats partagés, s'ajoute la préoccupation de préserver l'efficacité de l'enquête et donc des limites à l'ouverture du contradictoire dans l'enquête.

A côté de l'ouverture de nouvelles phases de contradictoire dans l'enquête préliminaire, l'encadrement de sa durée peut également constituer une garantie des droits de la défense contre le délai possiblement excessif d'une enquête nécessairement secrète pour être efficace.

Il s'agit ici d'envisager des délais au-delà desquels, de manière progressive, l'accès au contenu de la procédure s'organise au profit des mis en cause et plaignants, et des voies de recours dont elles peuvent disposer en matière d'accès à la procédure et qui concourent fondamentalement à garantir le renforcement du contradictoire dans l'enquête préliminaire.

Renforcer la protection du secret professionnel de l'avocat

En l'état du droit positif, le secret professionnel n'est pas absolu. Celui des avocats n'est pas en tant que tel constitutionnellement consacré, ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel en considérant "*qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats*"¹. Pour autant, il peut être rappelé que l'article 2.1 alinéa 2 du Règlement intérieur national (RIN) dispose que « *le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps* ».

En tout état de cause, il existe des impératifs d'ordre public que la jurisprudence reconnaît comme supérieurs, au rang desquels les nécessités de la recherche de la vérité dans le cadre d'une enquête pénale. C'est pourquoi la réalisation de certaines investigations, de par notamment leur caractère intrusif, est conditionnée à des garanties procédurales spécifiques.

Or, le défaut d'encadrement législatif des réquisitions des factures détaillées (fadettes) d'un avocat, témoigne d'une protection parcellaire du secret professionnel de l'avocat, de surcroît lorsqu'il est le sujet d'investigations fortement intrusives. Ainsi, le droit existant demeure perfectible pour garantir, en matière d'interceptions téléphoniques, le secret des échanges entre l'avocat et son client en amont de leur transcription. Le domaine des perquisitions dans les locaux de l'avocat et les enjeux des éléments qui peuvent être saisis à cette occasion, appellent, selon une partie des membres de la commission, à l'examen de garanties renforcées.

¹ DC 24/7/2015, n°2015-478 QPC

La nécessité d'un dispositif de protection renforcée constitue en effet une préoccupation ancienne : ainsi, en 2014, Madame Christiane TAUBIRA, garde des Sceaux, avait confirmé son « *accord de principe et la constitution d'un groupe de travail* » consacré aux écoutes téléphoniques et au secret professionnel, avant de réaffirmer que la législation devait évoluer et qu'il était possible « *d'apporter des garanties procédurales supplémentaires* ».

ETATS DES LIEUX ET PROPOSITIONS DE REFORME

ETATS DES LIEUX

I - Le contradictoire dans l'enquête préliminaire

I - 1 L'enquête préliminaire en chiffres

1. Les données d'activité de la police nationale

Avertissement : Les données chiffrées reproduites ci-après, communiquées par le ministère de l'intérieur et relatives au cadre de l'enquête préliminaire, concernent l'activité judiciaire de la police nationale pour les années 2015, 2016, 2019 et 2020 à l'exclusion des années 2017 et 2018, pour lesquelles les données ne sont pas significatives.
Les chiffres de l'année 2020, nécessaires pour permettre l'évaluation de la part de l'enquête préliminaire et sa durée dans le cadre du présent rapport, doivent être appréciés avec prudence en raison des conséquences de la pandémie sanitaire sur l'activité des services.

- Sur l'ensemble du territoire national, les services de police ont enregistré 1.508.083 enquêtes préliminaires en 2020 contre 1.870.792 en 2015, soit, selon les années, entre 71% et 69,8% du total des enquêtes ouvertes (qui comprend les enquêtes de flagrance et sur commission rogatoire) :

NOMBRE DE PROCEDURES (comptées une seule fois) *				
Champ : Police nationale, date d'enregistrement de la procédure				
	2015	2016	2019	2020
COMMISSION ROGATOIRE	19 547	15 883	11 436	9 027
FLAGRANT DELIT	782 536	731 361	733 722	642 228
PRELIMINAIRE	1 870 792	1 824 852	1 813 398	1 508 083
TOTAL	2 672 875	2 572 096	2 558 556	2 159 338

**S'agissant des enquêtes préliminaires et des commissions rogatoires, les chiffres correspondent au nombre total de procédures ouvertes, qu'il s'agisse d'enquêtes de fond ou à visée technique.*

	Evolution 2016/2015	Evolution 2020/2019	Evolution 2019/2015	Evolution 2020/2015
COMMISSION ROGATOIRE	-19%	-21%	-41%	-54%
FLAGRANT DELIT	-7%	-12%	-6%	-18%
PRELIMINAIRE	-2%	-17%	-3%	-19%
TOTAL	-4%	-16%	-4%	-19%

POURCENTAGE DES PROCEDURES PAR CADRES D'ENQUÊTES				
	2015	2016	2019	2020
COMMISSION ROGATOIRE	0,7%	0,6%	0,4%	0,4%
FLAGRANT DELIT	29,3%	28,4%	28,7%	29,7%
PRELIMINAIRE	70,0%	70,9%	70,9%	69,8%
TOTAL	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

- Environ 60% des enquêtes préliminaires portent sur des atteintes aux biens, 20% sur des atteintes volontaires à l'intégrité physique, 18% sont ouvertes en matière économique et financière, 2% en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants, et 0,57% en matière de criminalité organisée :

NOMBRE D'ENQUETES PRELIMINAIRES PAR AGREGATS (une même procédure peut être comptée dans différents agrégats*)				
	2015	2016	2019	2020
ATTEINTES AUX BIENS	1 176 400	1 155 538	1 125 574	903 095
ATTEINTES VOLONTAIRES A L'INTEGRITE PHYSIQUE	353 077	342 348	354 038	306 298
MENACES ET CHANTAGES	70 929	67 932	70 621	62 802
INFRACTIONS ECONOMIQUES ET FINANCIERES	303 690	297 181	307 121	277 023
GRANDE CRIMINALITE	11 393	9 931	10 038	8 600
INFRACTIONS A LA LEGISLATION SUR LES STUPEFIANTS	56 408	52 603	51 114	31 658
AUTRE	249 987	238 690	233 945	202 838

*Certaines procédures peuvent se retrouver dans plusieurs agrégats, de sorte qu'il convient de ne pas additionner le total des procédures d'un même cadre d'enquête pour obtenir un total général.

- L'étude de la durée de traitement des enquêtes préliminaires permet d'établir qu'en 2020, sur 1.508.083 procédures ouvertes :
 - 1.100.264 d'entre elles soit 70,3% des procédures sont clôturées dans les 6 mois de leur enregistrement, contre 77,5% en 2019 ;
 - 1.326.282 enquêtes soit **84,7% des procédures sont clôturées dans l'année de leur enregistrement** contre 89,2% en 2019 ;
 - 135.820 enquêtes, représentant 8,7% des procédures, durent plus d'une année et moins de 2 ans, contre 6,8% en 2019 ;

Au total, 1.462.102 ou **92,7% des enquêtes durent moins de 2 ans**. Elles étaient en 2019 au nombre de 1.625.341 ou 96% des enquêtes total en cours ;

- 49.858 procédures soit **3,2% des enquêtes durent au-delà de 3 années**. Elles étaient 25 993 affaires, soit 1,5% en 2019.

NOMBRE D'ENQUETES PRELIMINAIRES SELON LEUR DUREE DE TRAITEMENT*				
<i>Champ : Police nationale, date de clôture de la procédure</i>				
CHIFFRES	2015	2016	2019	2020
Moins de 6 mois	1 432 339	1 389 438	1 312 125	1 100 264
Plus de 6 mois	186 053	188 921	198 039	226 018
Plus d'un an et moins de deux ans	65 831	115 436	115 177	135 820
Plus de deux ans et moins de trois ans	10 911	18 378	41 468	53 449
Plus de trois ans	449	605	25 993	49 858
TOTAL	1 695 583	1 712 778	1 692 802	1 565 409

POURCENTAGES	2015	2016	2019	2020
Moins de 6 mois	84,5%	81,1%	77,5%	70,3%
Plus de 6 mois	11,0%	11,0%	11,7%	14,4%
Plus d'un an et moins de deux ans	3,9%	6,7%	6,8%	8,7%
Plus de deux ans et moins de trois ans	0,6%	1,1%	2,4%	3,4%
Plus de trois ans	0,0%	0,0%	1,5%	3,2%
TOTAL	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

**Les données relatives aux procédures clôturées au-delà d'un an pour les années 2015 et 2016 sont d'une fiabilité relative puisqu'elles ne peuvent pas comptabiliser les dossiers enregistrés avant 2015, faute d'outil permettant, à cette date, d'intégrer le stock des procédures en cours à cette échéance. Ce stock a fait l'objet en partie d'un enregistrement au fil de l'eau.*

- Si l'état du stock de procédures sur la période 2016 – 2019, sur l'ensemble du territoire, corrobore les données relatives au délai de traitement des enquêtes préliminaires, les données suivantes démontrent que le stock d'affaires en fin d'année augmente :

Ouverture de la procédure	Nombre total de procédures ouvertes	Dont clôturées en 2016	Dont clôturées en 2017	Dont clôturées en 2018	Dont clôturées en 2019	Non clôturées en 2019
2016	2.088.922	1.446.077 (69,2%)	453.922 (21,7%)	68.967 (3,3 %)	25.480 (1,21%)	4,5%
2017	2.089.028	**	1.444.192 (69,1%)	447.447 (21,4%)	67.644 (3,2%)	6,3%
2018	2.071.844		**	1.427.608 (68,9%)	439.516 (21,2%)	9,9 %
2019	2.099.385			**	1.455.070 (69,3%)	30,6%

2. Les données d'activité de la gendarmerie nationale

Les procédures d'enquêtes préliminaires et de flagrance étaient au nombre de 1.929.324 en 2015. Ce volume, stable jusqu'en 2019 (1.920.052), diminue en 2020 (1.794.259) :

Avertissement: le registre d'enregistrement utilisé pour émettre ces statistiques ne permet pas de distinguer les enquêtes préliminaires des enquêtes de flagrance. Les données englobent donc ces deux cadres d'enquête à partir des procédures enregistrées sur la base uniquement de procès-verbaux d'enquêtes judiciaires.

Par ailleurs, les chiffres de l'année 2020, nécessaires pour permettre l'évaluation de la part de l'enquête préliminaire et sa durée dans le cadre du présent rapport, doivent être appréciés avec prudence en raison des conséquences de la pandémie sanitaire sur l'activité des services.

- Entre 2015 et 2019, le flux entrant d'enquêtes préliminaires sur l'année est relativement stable en passant de 1.929.324 à 1.920.052 (-0,5 %) :

Flux entrant de nouvelles enquêtes enregistrées sur l'année	
Année d'enregistrement des procédures	Nombre de procédures enregistrées (en flagrance et préliminaire)
2015	1 929 324
2016	1 923 153
2017	1 924 633
2018	1 898 659
2019	1 920 052
2020	1 794 259

- Entre 2015 et 2020, le stock d'enquêtes judiciaires en cours en fin d'année augmente de 16,2 %, en passant de 448.485 à 521.055. Cette évolution est de +23,7 % entre 2015 et 2019 :

Stock de procédures judiciaires en fin d'année							
Stock/an	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Moyenne
procédures en cours au 31/12	448485	460678	480505	512113	554887	521055	496287
Evolution par rapport à 2015	/	+2,7 %	+7,1 %	+14,2 %	+23,7 %	+16,2 %	+12,8 % (sur 5 ans)

- Dans ce stock, la part des procédures en cours, dont la saisine remonte à plus de 2 ans, 3 ans et 4 ans est en légère augmentation :
 - Les procédures de plus de 2 ans représentaient 2,4 % du stock en 2015 (soit 10.940 enquêtes) contre 3,3 % en 2020 (soit 17.253 enquêtes) ;
 - Les procédures de plus de 3 ans représentaient 1,3 % du stock en 2015 (soit 5.909 enquêtes) contre 1,8 % en 2020 (soit 9.480 enquêtes) ;
Les enquêtes de plus de 3 ans, même si leur volume augmente entre 2015 et 2020, restent toutefois contenues à moins de 2 %, ce qui reste marginal.

- Les procédures de plus de 4 ans représentaient 1,1 % du stock en 2016 contre 1,4 % en 2020.

En revanche, les enquêtes de moins de 1 an représentent 82,47 % en 2020 contre 88,78 % du stock en 2015.

Stock de procédures judiciaires en fin d'année suivant leur durée							
Stock/an	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Moyenne
Stock de procédures en cours depuis + de 2 ans / an	2,4 % (10.940)	2,7 % (12.576)	2,7 % (13.077)	2,7 % (14.013)	2,7 % (15.496)	3,3 % (17.253)	2,8 %
Stock de procédures en cours depuis + de 3 ans / an	1,3 % (5.909)	1,6 % (7.389)	1,7 % (8.167)	1,6 % (8.428)	1,6 % (9.019)	1,8 % (9.480)	1,6 %
Stock de procédures en cours depuis + de 4 ans / an	/	1,1 % (5.219)	1,3 % (6.206)	1,3 % (6.760)	1,3 % (7.165)	1,4 % (7.385)	1,3 %

Cet allongement de la durée des enquêtes, qui se traduit par un stock en augmentation d'enquêtes judiciaires en cours en fin d'année, peut s'expliquer par plusieurs facteurs:

- des investigations plus complexes et plus longues;
- des enquêtes plus poussées ;
- la complexité de la procédure pénale;
- les fortes sollicitations de la gendarmerie sur les crises à répétition qui ont marqué les dernières années en matière de sécurité et d'ordre publics (sécurisation dans le cadre du plan Vigipirate, gilets jaunes, catastrophes naturelles majeures, crise sanitaire...), qui ont affecté le traitement des procédures.

3. Bilan

Il ressort de ces éléments qu'au plan national, la masse d'enquêtes préliminaires en cours dans l'ensemble des services d'enquête dépasse 3 millions de procédures.

Si entre 82% (gendarmerie nationale) et 87% (police nationale) des enquêtes sont traitées dans l'année, la durée de traitement s'allonge. Le phénomène d'enquêtes d'une durée supérieure à trois ans gagne rapidement en intensité même s'il reste très marginal en pourcentage, alors qu'il représente en valeur absolue un nombre important de procédures.

Cette tendance à l'allongement de la durée des procédures, particulièrement perceptible dans la célérité de traitement des enquêtes de moins d'un an, risque de s'aggraver en 2020 du fait de la mobilisation et l'engagement des unités notamment au soutien de la crise sanitaire.

Les données chiffrées mais également issues de l'expérience des participants et contributeurs au présent rapport amènent à considérer qu'il existe deux catégories d'enquêtes préliminaires :

- Une masse d'infractions courantes traitées de moins en moins vite mais dans l'année voire les deux premières années de leur enregistrement;

- Un nombre limité d'enquêtes plus lourdes et plus longues dont le nombre et la durée tendent à augmenter.

Si ces catégories d'enquêtes présentent une problématique commune de délais de traitement parfois excessifs, les enquêtes préliminaires « de masse » commandent qu'il soit répondu à un besoin d'information, tant du plaignant que de la personne mise en cause lorsqu'elle est identifiée, sur l'état d'avancement de la procédure, tandis que les enquêtes complexes, dans lesquelles la personne mise en cause est plus souvent identifiée, nécessitent, compte tenu de leur durée et leur nature, une ouverture prioritaire au contradictoire.

Pour autant, cette distinction ne peut en réalité conduire à envisager un traitement procédural différencié des enquêtes, sauf à menacer l'égalité dans l'exercice de leurs droits les différentes parties à la procédure et à compliquer l'application de la procédure pénale dans un cadre différent de celui fondé sur la distinction des règles applicables suivant les qualifications pénales et les peines encourues.

Ce volume oblige les services d'enquêtes à prioriser le traitement de procédures, dont une grande partie induit des délais de prise en charge et de traitement :

- Non imputables aux services d'enquête, s'agissant de délais de vacance avant l'engagement de la procédure, du temps d'analyse nécessaire aux magistrats, du temps d'échange sur la compétence des services et le cas échéant à leur dessaisissement, des délais induits par la réaffectation de dossiers ;
- Imputables aux services d'enquête, en charge de la gestion des flux, le manque de formation d'enquêteurs sur certains contentieux conduisant à la surcharge de travail d'enquêteurs spécialisés ;
- Inhérents à l'enquête et à l'application de la procédure: succession des délais de traitement en cas de changements de domiciles, de véhicules, délais de réponse aux réquisitions puis nécessaires au traitement des retours positifs, délais spécifiques nécessités par les services de cybercriminalité et en matière de criminalité internationale (services étrangers), délais des retours d'analyse induits par un recours systématique à la police technique et scientifique, généralisation des enquêtes patrimoniales en vue de saisir des avoirs criminels, le recours plus fréquent aux expertises médicales, délais liés au changement de magistrats référents et à l'assimilation des affaires, etc.

Les services d'enquête et les parquets ont par ailleurs évoqué une « zone grise » que constitue un certain nombre d'enquêtes d'initiative, dont tant le volume exact que le suivi, en termes d'investigations et de délais d'enquête, échappent au suivi et au contrôle du parquet. Les outils de suivi tels que les bureaux des enquêtes, dont tous les parquets ne sont pas dotés et dont l'efficacité n'est plus à démontrer, ne peuvent précisément pas être dédiés au suivi des « enquêtes de masse ». Le suivi des enquêtes préliminaires exige non seulement une organisation et des outils performants, mais au préalable le déploiement d'un effectif dédié suffisant.

Or, il ressort des échanges conduits par la commission que la problématique de la durée de l'enquête préliminaire est indissociable de celle, de nature structurelle, concernant les moyens humains, matériels et techniques mis à la disposition de l'enquête judiciaire. S'il n'appartient pas à la commission de diagnostiquer le sujet du défaut de ressources mises à la disposition de l'activité judiciaire, elle s'est engagée à rappeler ce sujet impératif et inhérent à la question qui l'occupe, et relative à l'encadrement de la durée de l'enquête pénale.

I – 2 La place du contradictoire dans l'enquête préliminaire

L'enquête préliminaire, qui constitue l'enquête de droit commun lorsque les conditions de la flagrance n'existent pas ou n'existent plus, est régie par les articles 75 à 78 du code de procédure pénale. Elle recouvre l'enquête sur instructions du parquet et l'enquête d'initiative ou enquête

d'office. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, distingue par ailleurs l'enquête de droit commun et l'enquête concernant la criminalité et la délinquance organisées (art. 706-73 et s. code de procédure pénale), qui donne plus de pouvoirs aux enquêteurs.

Le cadre de l'enquête préliminaire a été renforcé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (loi Guigou), qui a créé les articles 75-1, 75-2, 77-2 et 77-3 du code de procédure pénale.

1. Aucune durée maximale de l'enquête préliminaire n'est fixée

L'enquête préliminaire n'est encadrée par aucune contrainte spécifique de temporalité, en dehors des délais de prescription de l'action publique. Aucun délai d'exécution ni aucune exigence de continuité ne sont en effet prévus par les textes, dès lors que contrairement à la flagrance, l'enquête préliminaire ne confère pas à la police judiciaire des pouvoirs propres d'atteinte aux libertés, comme les arrestations ou les perquisitions, de tels actes exigeant soit l'accord de la personne soit l'autorisation d'un magistrat.

La régulation de la durée des enquêtes procède de dispositions prévoyant que le procureur de la République doit être régulièrement tenu informé de l'enquête, en particulier lorsqu'elle a commencé depuis plus de six mois. Ces obligations d'information, de nature à améliorer le contrôle de l'autorité judiciaire sur le déroulement des investigations dans le cadre des enquêtes préliminaires dont la durée peut être de nature à porter atteinte aux libertés individuelles, prévoient en effet que:

- Lorsqu'il donne instruction aux officiers de police judiciaire de procéder à une enquête préliminaire, le procureur de la République fixe le délai dans lequel cette enquête doit être effectuée. Il doit ainsi être rendu compte au parquet à minima à l'issue de ce délai fixé (un délai de six mois a été préconisé par la circulaire du 4 décembre 2000). Le procureur peut le proroger au vu des justifications fournies par les enquêteurs (articles 75 et 75-1 du code de procédure pénale) ;
- Lorsque l'enquête est menée d'office, les officiers de police judiciaire rendent compte au procureur de la République de son état d'avancement quand elle est commencée depuis plus de six mois (à compter de l'établissement du premier procès-verbal selon les termes de la circulaire, articles 75 et 75-1, alinéa 2 du code de procédure pénale) ;
- L'officier de police judiciaire qui mène une enquête préliminaire concernant un crime ou un délit doit aviser le procureur de la République dès qu'un suspect est identifié (article 75-2 code de procédure pénale) ; la circulaire du 4 décembre 2000 précise que cette information, qui doit intervenir dans les meilleurs délais et si possible avant tout acte coercitif, peut, en pratique, être faite par téléphone et que sa réalisation doit être consignée dans un procès-verbal.

2. L'absence traditionnelle du caractère contradictoire de l'enquête, qui la distingue de l'instruction, s'est atténuée à l'occasion de différentes réformes

La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence avait ouvert aux personnes en garde à vue des droits supplémentaires, le procureur, saisi par une personne ayant été gardée à vue plus d'un an auparavant², ne pouvant alors poursuivre les investigations contre cette personne dans le cadre d'une enquête préliminaire que sur autorisation du juge des libertés et de la détention prise après débat contradictoire entre le procureur et l'avocat de la personne

² Le projet de loi déposé prévoyait un délai de seulement 8 mois.

(article 77-2 du code de procédure pénale)³. A défaut, le parquet devait mettre fin à l'enquête et ouvrir une information. Cette disposition fut cependant abrogée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (loi Perben I). Cette abrogation fut justifiée par le fait qu'elle n'avait semble-t-il été jamais ou très peu employée, et qu'elle avait provoqué une vive opposition de principe des magistrats du ministère public.

La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale* a ensuite réécrit l'article 77-2 du code de procédure pénale, qui est actuellement ainsi rédigé :

« I - Toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine privative de liberté et qui a fait l'objet d'un des actes prévus aux articles 61-1 et 62-2 peut, un an après l'accomplissement du premier de ces actes, demander au procureur de la République, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe contre récépissé, de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations.

Dans le cas où une telle demande lui a été présentée, le procureur de la République doit, lorsque l'enquête lui paraît terminée et s'il envisage de poursuivre la personne par citation directe ou selon la procédure prévue à l'article 390-1, aviser celle-ci, ou son avocat, de la mise à la disposition de son avocat, ou d'elle-même si elle n'est pas assistée par un avocat, d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité dans un délai d'un mois, selon les formes mentionnées au premier alinéa du présent I.

Lorsqu'une victime a porté plainte dans le cadre de cette enquête et qu'une demande de consultation du dossier de la procédure a été formulée par la personne mise en cause, le procureur de la République avise cette victime qu'elle dispose des mêmes droits dans les mêmes conditions.

Pendant ce délai d'un mois, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision sur l'action publique, hors l'ouverture d'une information, l'application de l'article 393 ou le recours à la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité prévue aux articles 495-7 à 495-13.

II.- A tout moment de la procédure, même en l'absence de demande prévue au premier alinéa du I, le procureur de la République peut communiquer tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime pour recueillir leurs éventuelles observations ou celles de leur avocat.

III.- Dans les cas mentionnés aux I et II, les observations ou demandes d'actes de la personne ou de son avocat sont versées au dossier de la procédure.

Le procureur de la République apprécie les suites devant être apportées à ces observations et demandes. Il en informe les personnes concernées ».

Cet article a ainsi réintégré, de façon obligatoire (mais à l'initiative de la personne) à l'issue de certaines enquêtes préliminaires longues, ou de façon facultative sur décision du procureur et au cours de l'enquête préliminaire⁴ une phase de procédure contradictoire :

- Celle-ci est obligatoire à la demande de la personne suspecte ayant fait l'objet d'une audition depuis au moins un an et à l'encontre de laquelle des poursuites sont envisagées suivant certaines modalités ;
- Hors cette hypothèse, le procureur de la République peut décider de recourir à cette phase contradictoire à tout moment de la procédure.

Il est ainsi prévu, s'agissant de l'accès au dossier de la procédure, que :

³ Le projet était ainsi présenté : « Comme le rappellent les dispositions du nouvel article préliminaire inséré en tête du code de procédure pénale, toute personne suspectée ou poursuivie au cours d'une procédure pénale a droit à ce qu'il soit statué sur les faits qui lui sont reprochés dans un délai raisonnable. (...) Le principe du délai raisonnable devra être respecté en ce qui concerne l'enquête de police judiciaire. Il est ainsi prévu de permettre à une personne ayant fait l'objet d'une mesure de garde à vue et à l'égard de laquelle aucune décision - de poursuite ou de classement sans suite - n'aura été prise plus de huit mois après cette mesure, de demander au procureur de la République l'état de la procédure. S'il estime que l'enquête doit se poursuivre, il devra saisir le président du tribunal de grande instance qui, après avoir entendu les observations de l'intéressé, décidera d'autoriser ou non la poursuite de l'enquête. Ce magistrat pourra ainsi exercer un contrôle sur la durée des enquêtes préliminaires, au regard du principe du délai raisonnable. »

⁴ Cf. Etude d'impact de la loi 2016-731 du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*

- Toute personne suspecte d'avoir commis des faits punis d'une peine d'emprisonnement et ayant été entendue plus d'un an auparavant⁵ en audition libre ou en garde à vue, peut demander au procureur de la République de procéder lorsqu'il estime son enquête terminée, à une forme de « règlement contradictoire simplifié » de l'enquête préliminaire, en lui communiquant le dossier et en lui permettant de faire des observations et des demandes d'actes, que ce magistrat appréciera librement, avant de décider d'engager ou non des poursuites.

Lorsqu'une telle demande est présentée au procureur de la République, celui-ci doit, d'une part lorsque l'enquête lui paraît terminée, et d'autre part s'il envisage de poursuivre la personne par citation directe ou par procès-verbal (à l'exclusion de poursuites en comparution immédiate ou d'une ouverture d'information judiciaire), aviser la personne ou son avocat de la mise à la disposition d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité dans un délai d'un mois.

Pendant ce délai d'un mois, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision sur l'action publique, hors l'ouverture d'une information, l'application de l'article 393 du code de procédure pénale ou le recours à la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité.

- À tout moment de la procédure et même en l'absence de demande, le procureur de la République peut communiquer tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime pour recueillir leurs observations.

La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* a par ailleurs autorisé un recours en annulation de la perquisition, dans un délai de six mois, par la personne perquisitionnée (mise en cause ou non) qui n'a pas fait l'objet de poursuites (article 802-2 du code de procédure pénale).

Il convient également de rappeler les modifications apportées par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 *portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*, qui, pour respecter les directives et exigences européennes relatives notamment au respect du procès équitable, a prévu, sans directement toucher au déroulement même ou à l'issue de l'enquête préliminaire, en insérant à cette fin dans le code de procédure pénale un article 388-5, que le prévenu poursuivi par citation directe ou COPJ pouvait demander au président du tribunal correctionnel, sans attendre l'audience de jugement, qu'il soit procédé à tout acte nécessaire à la manifestation de la vérité (la personne étant assistée par son avocat et ayant accès à la procédure si elle doit être réentendue). Ces dispositions permettent ainsi que l'enquête soit complétée avant l'audience, selon une procédure contradictoire.

II - La protection du secret professionnel de l'avocat

1. Le champ d'application du secret professionnel de l'avocat : l'exercice des droits de la défense

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, modifié par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, dispose du champ d'application du secret professionnel de l'avocat en prévoyant qu'« *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 (...)* ».

⁵ L'article 706-105 du code de procédure pénale prévoit en outre la possibilité pour la personne qui a été placée en garde à vue six mois auparavant, dans une affaire de criminalité organisée, d'interroger le procureur de la République sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à l'enquête.

Le secret professionnel de l'avocat revêt ainsi deux dimensions.

En premier lieu, il est destiné à protéger le client contre les divulgations par le professionnel des informations qui lui ont été confiées. Dans cette perspective, le secret professionnel, qui participe à la confiance dont doit jouir la profession, est avant tout un devoir pour l'avocat dont la violation est pénalement sanctionnée (article 226-13 du code pénal et CEDH 16 juin 2016, n°49176/11 *Versini-Campinchi c. France*)

En second lieu, parce que l'activité de l'avocat se rattache à l'exercice des droits de la défense, le secret professionnel de l'avocat doit permettre de protéger le client contre l'immixtion excessive de l'autorité publique. Cette seconde dimension justifie l'institution de garanties protectrices du secret professionnel de l'avocat.

2. Des dispositions protectrices dans le cadre de certains d'actes d'enquête

Le code de procédure pénale prévoit des dispositions procédurales particulières afin de protéger l'exercice effectif des droits de la défense des clients: le secret des informations, pièces, correspondances détenues par l'avocat, n'est ainsi garanti qu'autant que ces informations sont relatives à l'exercice par ce dernier des droits de la défense de son client.

La loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 *portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal* a inséré dans le Code de procédure pénale un article 56-1 relatif aux perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, prévoyant les garanties, qui ont été ensuite renforcées par de nombreuses lois successives, en 1993, 2000, 2005, 2010 et 2019.

- Perquisition et saisie

L'article 56-1 du code de procédure pénale précise qu'une perquisition au domicile ou au cabinet d'un avocat :

- Ne peut être menée que par un magistrat ;
- À la suite et dans le cadre d'une décision écrite, précise et motivée émanant de ce magistrat ;
- En présence du bâtonnier ou de l'un de ses délégués, qui prennent connaissance du contenu de la décision dès le début de la perquisition, et peuvent formuler des observations pour s'opposer à la saisie de certaines pièces ou de certains objets.

Le bâtonnier a la faculté de s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime la saisie irrégulière : le document ou l'objet, placé sous scellé fermé, ainsi que le procès-verbal relatant les opérations sont alors transmis au juge des libertés et de la détention, qui dispose d'un délai de cinq jours pour statuer sur la contestation, par ordonnance motivée insusceptible de recours. La Cour de cassation rappelle que dans ce cadre, le bâtonnier agit « *dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense* » (Crim, 8 janvier 2013, n°12-90.063 ; Crim. 9 février, 2016 n°15-85063 ; Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021 ; Crim. 8 août 2007, n°07-84252)⁶.

⁶ Crim. 8 janvier 2013, n°12-90.063 : « *Attendu 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* ».

Crim. 9 février, 2016 n°15-85063 : « *Le Bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense* » et que la CEDH définit comme étant une « *garantie spéciale de procédure* » (notamment CEDH DA SILVEIRA c. France 21 janvier 2010).

Par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88.021), la Chambre Criminelle maintenant l'arrêt de la Chambre de l'Instruction retient que « *le Bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision* ».

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « *afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense* ».

Il a été jugé que lors d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, les documents couverts par le secret professionnel deviennent insaisissables lorsqu'ils concernent les droits de la défense⁷. En revanche, il a encore été jugé que les pièces relatives à l'activité professionnelle de l'avocat qui ne se rattachent pas à la défense d'une personne mise en cause dans une procédure pénale (activité de conseil notamment), et qui sont couvertes par le secret professionnel, peuvent, elles, être saisies (Crim., 9 février 1988 Bull. n 63).

Cette jurisprudence est antérieure à la modification de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 28 mars 2011 précité.

Les dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA) ainsi qu'au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

La loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a renforcé la protection du secret professionnel en prévoyant que les dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées dans les mêmes lieux « sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales » (perquisitions effectuées par les fonctionnaires de certaines administrations ou les agents des autorités administratives indépendantes dans le cadre de leurs enquêtes spécialisées, notamment sur le fondement du code des douanes).

La saisie des correspondances entre l'avocat et son client ne peut, à titre exceptionnel, être ordonnée que si les documents saisis sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction⁸, dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense⁹.

- Interceptions téléphoniques

S'agissant des interceptions téléphoniques, l'article 100-5 alinéa 3 du code de procédure pénale prévoit, dans le cadre de l'information judiciaire, que les conversations interceptées entre un avocat et son client, relevant de l'exercice des droits de la défense, ne peuvent être retranscrites à peine de nullité. L'article 100-7 alinéa 2 précise que l'interception des lignes téléphoniques des avocats, de leur cabinet ou de leur domicile ne peut avoir lieu sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction.

Dans le cadre de l'enquête, les mêmes règles s'appliquent pour les écoutes, qui ne peuvent avoir lieu que pour les infractions mentionnées aux articles 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale dès lors que l'article 706-95 renvoie aux articles 100 et suivants, notamment 100-5 et 100-7 de ce même code

- Autres techniques spéciales d'enquête

Par dérogation aux dispositions de l'article 706-96 du code de procédure pénale, il ne peut être recouru à un dispositif de sonorisation ni de fixation d'images au sein du véhicule, du domicile et du cabinet d'un avocat (article 706-96-1 *in fine*). De même, il ne peut être recouru au dispositif de captation de données prévu à l'article 706-102-1 du code de procédure pénale (article 706-102-5 *in fine*).

⁷ Crim. 5 juin 1975, 5 juillet 1993, 7 mars 1994.

⁸ Crim, 12 mars 1992, n°91-86843

⁹ Crim, 7 mars 1994, n°93-84931

PROPOSITIONS DE REFORME

I – Renforcer le contradictoire dans l'enquête préliminaire

Grâce aux autorisations qui encadrent les possibilités coercitives qu'elle permet, et au champ des investigations techniques qu'elle autorise, l'enquête préliminaire constitue un outil judiciaire efficace et particulièrement adapté aux enquêtes complexes.

Sur le fond, les insuffisances de l'enquête préliminaire procèdent de la comparaison de son régime juridique avec celui de l'information judiciaire et la place essentielle que cette dernière réserve au contradictoire, alors que l'instruction préparatoire est peu à peu délaissée au profit de l'enquête préliminaire. Ces insuffisances soulèvent depuis des années d'importantes critiques au regard notamment de l'exigence de procès équitable, recouvrant en particulier celle de l'égalité des armes, posée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur le plan institutionnel, l'enquête préliminaire commande par ailleurs un équilibre délicat des rôles entre la direction de l'enquête et son contrôle, pour lequel se répartissent les compétences entre le parquet et le juge.

Les insuffisances du droit positif relatif à l'enquête recouvrent plusieurs réalités, directement ou indirectement liées à la durée parfois excessive des enquêtes. Si des instructions par voie de circulaire sont susceptibles de mobiliser les parquets sur la mise en œuvre de bonnes pratiques, certaines difficultés semblent nécessiter une réforme normative, d'autres exigeant des réformes davantage structurelles.

Le stock des affaires en cours dans les services d'enquêtes a tendance à augmenter ces cinq dernières années et le volume des enquêtes de plus de 3 ans en souffrance, marginal en pourcentage des volumes totaux, représente toutefois un peu moins de 60.000 enquêtes fin 2020 (50.000 pour la police nationale – 10.000 pour la gendarmerie nationale), volume en augmentation lui aussi depuis 5 ans.

Les causes de cette évolution sont multiples. La première tient aux moyens alloués à la police et à la gendarmerie nationales ainsi qu'aux parquets. La seconde s'explique par la complexité de la procédure pénale dont les enquêteurs déplorent régulièrement le formalisme selon eux excessif, en réclamant une simplification et la recherche d'une efficacité accrue des actes d'enquêtes effectués par les officiers et agents de police judiciaire (délais de réponse des réquisitions, accès direct aux fichiers pour les enquêteurs, ...).

De leur côté, les parquets font régulièrement part de leur impossibilité de suivre la masse des enquêtes en cours et de les traiter rapidement compte tenu des moyens humains et informatiques (logiciels en particuliers) qui sont les leurs.

L'obligation de rendre compte des enquêtes d'initiative apparaît également très inégalement pratiquée. La régulation de la durée des enquêtes telle qu'actuellement prévue n'aboutit pas nécessairement à réduire les délais d'enquêtes.

Ainsi, et dans la mesure où l'enquête préliminaire remplace ou prépare assez largement l'instruction sur certains segments de contentieux comme l'économique et financier, il faut en adapter les garanties.

1. Informer le plaignant

La commission s'est attachée à considérer que la durée parfois excessive de l'enquête préliminaire, lorsqu'elle relève du « contentieux de masse » et qu'aucun mis en cause n'est identifié, préjudicie

très fortement au plaignant. Celui-ci, surtout lorsqu'il n'est pas assisté d'un avocat, peut demeurer fréquemment sans information ni perspective sur les suites de sa plainte, dont le plaignant ne dispose souvent que d'un récépissé, faute d'en avoir sollicité une copie lors du dépôt de plainte.

La commission préconise qu'une copie de sa plainte soit systématiquement délivrée par le service d'enquête au plaignant et que lui soit rappelée la possibilité d'interroger le procureur de la République afin de disposer d'informations générales sur l'enquête en cours.

Proposition 1 : Modifier 15-3 al.2 CPP

Rendre systématique la remise d'une copie de sa plainte à la victime.

Proposition 2 : Formaliser à droit constant un droit à l'information du plaignant

Rappeler par circulaire la possibilité pour le plaignant de disposer d'informations générales sur l'enquête en cours de la part du procureur de la République

2. Encadrer la durée de l'enquête préliminaire

Les éléments statistiques sur la durée de l'enquête préliminaire ont nourri les réflexions de la commission sur cette question, qui a été très vivement débattue.

La commission a finalement acté le principe d'encadrer la durée maximale de l'enquête préliminaire, à l'issue duquel le parquet devrait prendre une décision d'action publique, le cas échéant en ouvrant une information judiciaire.

L'enjeu a consisté à rechercher la fixation d'un délai équilibré susceptible d'encadrer l'enquête préliminaire, qu'elle relève soit du « contentieux de masse » évoqué par les parquets et services d'enquête, soit d'un champ plus complexe tel que la matière économique et financière, ces deux catégories d'enquêtes se distinguant notamment par leurs délais.

La recherche de cet équilibre a commandé dans cette dernière hypothèse que le délai encadrant l'enquête, de deux ou trois ans à compter du premier acte de l'enquête, soit susceptible d'être prolongé pour un an par le procureur de la République, à la demande de l'officier de police judiciaire.

La commission préconise que la mesure d'encadrement de la durée des enquêtes préliminaires ne sera applicable qu'aux enquêtes ouvertes après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, à l'exclusion des enquêtes en cours.

Proposition 3 : Encadrer la durée des enquêtes préliminaires, en appliquant la réforme aux enquêtes ouvertes après l'entrée en vigueur de la réforme

Une option est proposée :

- Durée de trois ans avec possibilité de prolongation d'un an sur autorisation du procureur de la République sur demande de l'officier de police judiciaire ;
- Durée de deux ans avec possibilité de prolongation d'un an sur autorisation du procureur de la République sur demande de l'officier de police judiciaire.

Ces durées commenceraient à compter du premier acte d'enquête.

3. Réviser les équilibres du règlement contradictoire simplifié prévu par l'article 77-2 du code de procédure pénale

La commission s'est également accordée sur le fait que le règlement contradictoire simplifié est le plus souvent mis en œuvre dans le cadre des enquêtes complexes, à l'initiative du parquet, lequel sait en appréhender les avantages notamment pour présenter à l'audience de jugement une procédure solide.

Elle estime que la faculté du parquet d'ouvrir le contradictoire constitue l'accroche initiale de l'article 77-2 du code de procédure pénale.

Les échanges, auditions et consultations conduits par la commission ont régulièrement porté sur les conditions de l'ouverture de l'enquête préliminaire au contradictoire, que prévoit l'article 77-2 du code de procédure pénale dans le cadre du dispositif du règlement contradictoire simplifié.

En l'état, le texte dispose en effet que l'obligation pour le procureur de la République d'aviser la personne préalablement entendue et à l'encontre de laquelle *il envisage des poursuites*, de la mise à disposition d'une copie de la procédure et du droit de formuler des observations et demandes d'actes, n'est prévue que *lorsque l'enquête lui paraît terminée*, de sorte qu'elle peut ainsi se poursuivre sans limitation de délai après que l'intéressé a présenté sa demande.

La commission a considéré que l'ouverture au contradictoire ne doit plus être subordonnée à ces conditions, relevant de la seule appréciation du parquet, et s'est accordée sur le principe d'un accès de droit à la procédure par la personne mise en cause, après qu'elle a formé une première demande d'accès à son dossier dans le cadre des dispositions de l'article 77-2 du code de procédure pénale modifié. Ainsi, le procureur aurait l'obligation de répondre pour accepter ou refuser et indiquer une date prévisionnelle d'ouverture au contradictoire.

Par ailleurs, le dispositif actuel prévoit que la demande d'accès à la procédure n'est possible qu'à la suite d'une *audition* (audition libre ou en garde à vue), à l'exclusion d'autres actes d'enquête.

La commission n'a pas atteint de consensus sur l'opportunité d'élargir le règlement contradictoire simplifié à d'autres actes d'enquête. L'ouverture d'une « fenêtre » de contradictoire à l'issue d'une perquisition s'est heurtée au constat que la personne faisant l'objet d'une perquisition n'est pas nécessairement la personne mise en cause. En outre, certains ont relevé que l'article 802-2 du code de procédure pénale qui permet de demander l'annulation d'une perquisition paraît suffisant. D'autres membres ont au contraire considéré que le caractère particulièrement intrusif de la perquisition commande qu'elle permette de réclamer l'ouverture au contradictoire.

La commission a débattu du délai à partir duquel, à compter de ces actes, peut être formée une demande d'accès à la procédure, le texte actuel prévoyant un délai minimum d'un an, ce qui est relativement long et interdit donc, sauf à l'initiative du parquet, tout règlement contradictoire simplifié, même si l'enquête a duré plus d'un an, dès lors que l'audition de la personne est intervenue moins d'un an auparavant.

Elle a constaté que fréquemment, l'audition de la personne mise en cause intervient à l'issue de l'enquête préliminaire et aux termes de l'ensemble des investigations ayant permis la réunion des éléments de preuve permettant le cas échéant d'établir la commission de l'infraction recherchée.

Cette pratique prive ainsi d'intérêt le dispositif, qui apparaît de fait rarement usité en défense. Le principe de l'aménagement du délai ouvrant le droit de solliciter l'accès à la procédure, a recueilli le consensus.

La commission a proposé deux délais, variables suivant la nature de l'acte d'enquête initial.

Proposition 4 : Revoir les équilibres de l'article 77-2 du code de procédure pénale

Placer le II permettant au procureur d'ouvrir au contradictoire en tête d'article

Supprimer les conditions d'ouverture au contradictoire suivantes :

- Le fait que l'enquête paraisse terminée au procureur ;
- Le fait que le procureur envisage d'engager des poursuites.

Proposition 5 : Elargir la possibilité d'ouvrir le contradictoire à d'autres actes d'enquête que l'audition actuellement prévue par l'art.77-2 CPP

Deux systèmes sont proposés :

- S'en tenir au droit positif ;
- Elargir à la perquisition.

Proposition 6 : Réduire le délai de 1 an requis par l'art. 77-2 CPP après la réalisation d'un acte d'enquête pour l'ouverture du contradictoire dans le cadre de l'enquête préliminaire

Deux systèmes sont proposés :

- S'en tenir au droit positif ;
- Prévoir un délai de 6 mois après une audition libre ou en garde à vue, de 9 mois après une perquisition.

4. Instaurer un délai butoir pour l'accès à la procédure

La commission a convenu de l'obligation pour le procureur de la République de répondre à l'intéressé qui sollicite l'accès à la procédure dans le cadre des dispositions de l'article 77-2 du code de procédure pénale. A défaut de réponse et en cas de refus, l'intéressé pourrait former un recours gracieux devant le procureur général. Dans l'hypothèse de son refus et à l'issue d'un nouveau délai à compter de son audition ou de la perquisition, l'accès au dossier serait de droit.

L'option proposée reflète la stricte égalité entre les membres de la commission en faveur de l'un ou l'autre quantum.

Par ailleurs, sur l'autorité compétente pour autoriser l'accès à la procédure, certains membres de la commission, minoritaires, ont recommandé la compétence du juge des libertés et de la détention au motif qu'il intervient d'ores et déjà en autorisant certains actes intrusifs et coercitifs au cours de l'enquête. Il a été plus largement soutenu la compétence du procureur général, dès lors que le parquet dispose de l'opportunité des poursuites, qui justifie sa maîtrise de l'enquête.

Proposition 7 : Prévoir un recours gracieux devant le procureur général en matière d'accès à la procédure par la personne mise en cause

Dans le cadre de l'art.77-2 du code de procédure pénale, en cas d'absence de réponse ou de refus du procureur de la République à la personne mise en cause d'accéder à la procédure, prévoir au profit de l'intéressé un recours gracieux devant le procureur général sur l'accès au dossier.

Il a pu être considéré minoritairement que ce recours devait être exercé devant le juge des libertés et de la détention.

Proposition 8 : Instaurer un délai butoir pour l'ouverture du contradictoire

Deux systèmes sont proposés :

- Deux ans après l'acte ouvrant droit au contradictoire (audition) ;
- Un an après l'acte ouvrant droit au contradictoire (audition ou perquisition).

5. Exclure certaines matières de l'ouverture du contradictoire à l'issue d'un délai butoir

L'efficacité de l'enquête et la durée spécifique de certaines investigations en matière de terrorisme et de criminalité organisée (articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale) commandent qu'il soit dérogé à l'encadrement de l'enquête par un délai butoir ouvrant à la personne mise en cause son accès de droit à la procédure.

S'agissant du terrorisme, il faut souligner qu'aucune enquête préliminaire n'est ouverte sans l'autorisation du PNAT qui en effectue la revue tous les 6 mois, ce que leur nombre limité permet (180 ouvertures annuelle en moyenne; 250 procédures en cours).

En matière de criminalité organisée, les dispositions de l'article 706-105 du code de procédure pénale prévoient pour mémoire un droit à l'information ouvert à la personne mise en cause six mois après sa garde à vue, en l'absence de poursuites. Cette disposition crée à la charge de

procureur de la République une obligation d'information, à certaines conditions, aussi bien lorsqu'il envisage de poursuivre des investigations que lorsqu'il procède à un classement sans suite.

Si certains membres de la Commission ont suggéré que la criminalité organisée soit exclue, comme le terrorisme, du champ d'application d'un éventuel délai butoir, d'autres membres s'y sont fermement opposés, en faisant valoir d'une part l'absence de contrôle sur la qualification retenue à ce stade préliminaire de la procédure, d'autre part la pratique de qualifications hautes par le ministère public à ce stade procédural et pouvant inclure la qualification de bande organisée sans pour autant que celle-ci ne soit systématiquement retenue en fin d'enquête.

Dans ces conditions, la commission a proposé deux systèmes.

Proposition 9 : Cas d'exclusion

Deux systèmes sont proposés :

- Exclure le terrorisme exclusivement ;
- Exclure le terrorisme et la criminalité organisée.

II - Renforcer les garanties procédurales du secret professionnel de l'avocat

La commission s'est unanimement accordée sur le principe de l'absence d'un privilège global de profession et sur le fait que le secret professionnel ne cède que devant la justification de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

La commission n'a pas atteint de consensus sur le degré de protection du secret professionnel de l'avocat qu'offre le droit positif, en particulier dans le cadre des mesures d'enquête les plus intrusives, et précisément sur l'étendue du secret à l'activité de conseil, certains l'estimant couverte par principe par le secret par une lecture des textes, d'autres non, par une lecture de la jurisprudence.

Si elle s'est divisée sur le renforcement des conditions permettant la perquisition des locaux de l'avocat, elle a convenu que certaines garanties s'avéraient justifiées dans ce domaine, ainsi qu'en matière d'interceptions téléphoniques et de réquisitions de factures détaillées de l'avocat. Elle a de ce point de vue estimé qu'un régime unifié sur le magistrat autorisant tant les interceptions téléphoniques de la ligne d'un avocat que les réquisitions de ses factures, tant dans le cadre de l'enquête préliminaire que de l'information judiciaire, s'impose.

1. Consacrer le respect du secret professionnel de l'avocat dans l'article préliminaire du code de procédure pénale

Le principe du secret professionnel de l'avocat est énoncé par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 28 mars 2011, en ces termes : « *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.* » qui dispose que le secret professionnel s'applique en « toutes matières ».

La commission a convenu de ce que le respect du secret professionnel de l'avocat, en ce qu'il concourt à l'exercice effectif des droits de la défense, a toute sa place parmi les principes édictés dans l'article préliminaire du code de procédure pénale.

Proposition 10 : Compléter l'article préliminaire du code de procédure pénale

Afin qu'y soit mentionné le principe du respect du secret professionnel de l'avocat.

2. Renforcer les garanties en matière de perquisition et de saisie dans les locaux de l'avocat

Aux termes des alinéas 4 et suivants de l'article 56-1 du code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention, juge de la contestation des saisies, statue au moyen d'une ordonnance motivée insusceptible de recours.

S'il existe une coexistence de recours ouverts à la personne perquisitionnée ou visitée concurremment à la contestation que peut porter le bâtonnier devant le juge des libertés et de la détention, la voie de l'appel contre l'ordonnance de ce dernier leur est fermée en droit actuel.

Les enjeux et la complexité que peut présenter la saisie d'éléments dans le cadre de la perquisition de locaux d'un avocat justifient, aux yeux de la commission, que l'exercice effectif de la voie de l'appel contre la décision du juge des libertés et de la détention soit instituée au profit de l'ensemble des parties, devant le Premier président de la cour d'appel, par ailleurs compétent pour connaître de l'appel contre les opérations de visite des autorités administratives.

Proposition 11 : Perquisitions – Contentieux des éléments saisis dans les locaux d'avocats

Prévoir la possibilité pour l'avocat perquisitionné, le bâtonnier et le parquet de relever appel à l'encontre de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention devant la juridiction du Premier président de la cour d'appel

S'agissant d'instituer une condition de fond de la perquisition dans les locaux de l'avocat, les positions de la commission ont été fortement divisées.

Cette opposition a reposé sur le fondement notamment de lectures divergentes des jurisprudences judiciaire et européenne, mais également au regard du régime de ces perquisitions spéciales, destiné à protéger non les professionnels, mais des secrets qu'ils détiennent et que le législateur a considérés particulièrement importants et dont la protection justifie la mise en œuvre de garanties procédurales renforcées.

Dès lors, la subordination de la faculté de perquisitionner les locaux de l'avocat à la préexistence *d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* la participation de l'avocat à la commission d'une infraction a été considérée comme excessive car trop absolue par une partie des membres de la commission, notamment car une telle évolution reviendrait à sanctuariser ces locaux et à ne pas permettre d'y réaliser des perquisitions lorsque la personne soupçonnée n'est pas avocat, mais par exemple un de ses salariés.

D'autres en revanche ont justifié cette garantie de fond par analogie aux conditions requises pour le placement d'une personne en garde à vue.

Proposition 12 : Perquisition dans les locaux de l'avocat

La commission est partagée entre le maintien du droit positif et la subordination d'une telle perquisition à une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

3. Renforcer les garanties en matière d'interceptions téléphoniques de l'avocat

L'article 100-5 alinéa 3 du code de procédure pénale ne concerne que la transcription, à l'exclusion de la captation et l'enregistrement des échanges, tandis que les dispositions de l'article 706-95 alinéa 1er de ce même code prévoient en matière de criminalité organisée que l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention est requise pour « l'interception, l'enregistrement et la transcription » de correspondances électroniques.

Afin de préserver le secret dû aux échanges entre l'avocat et son client, en amont de leur enregistrement et leur transcription, la commission, malgré des divergences, préconise de protéger le recours à l'interception téléphonique de la ligne d'un avocat en subordonnant son autorisation par le juge des libertés et de la détention à *l'existence de raisons plausibles* qu'il ait participé à la commission d'une infraction.

Par ailleurs, elle recommande que la compétence du juge des libertés et de la détention en la matière soit étendue au cadre de l'information judiciaire, aux lieux et places du juge d'instruction.

Proposition 13 : Interceptions téléphoniques des avocats

Conditionner l'autorisation d'une interception de la ligne d'un avocat à l'existence de raisons plausibles qu'il ait participé à la commission d'une infraction.

Proposition 14 : Interceptions téléphoniques des avocats

Confier au juge des libertés et de la détention l'autorisation d'interception de la ligne téléphonique d'un avocat, quel que soit le cadre des investigations.

4. Conférer un régime juridique protecteur du secret professionnel de l'avocat en matière de réquisitions de factures détaillées

Unaniment, la commission recommande l'extension aux réquisitions de factures d'un avocat du régime protecteur applicable aux interceptions téléphoniques de la ligne d'un avocat.

La réforme vise à encadrer les réquisitions visant les correspondances téléphoniques des avocats (factures) en prévoyant un recours au juge des libertés et de la détention dans tous les cadres d'enquête, sur requête du procureur de la République. Par une ordonnance motivée, le juge des libertés et de la détention autorise ou non le parquet à faire procéder à des réquisitions téléphoniques. Le bâtonnier serait par ailleurs informé de cette investigation.

Proposition 15 : Réquisitions de factures des avocats

Étendre aux réquisitions de factures le régime des interceptions téléphoniques

5. Expertiser la faisabilité d'un dispositif technique permettant de répertorier les lignes téléphoniques des avocats

Certains membres de la commission ont souligné qu'en l'état actuel du droit positif, les interceptions téléphoniques des conversations de suspects ou de mis en examen, conduisent de fait à écouter et enregistrer dans le même temps, en temps réel, leurs conversations avec leurs avocats, alors même qu'il n'existe contre ces derniers aucun indice de leur participation à une infraction.

Ces écoutes dites « incidentes » sont analysées par certains comme autant de violations du secret professionnel de l'avocat et donc des droits de la défense de son client.

Ce constat impose de rechercher des solutions concrètes permettant un système mieux équilibré.

La commission a largement débattu de la faisabilité d'un répertoire national des lignes téléphoniques utilisées par un avocat, permettant, lorsqu'une personne dont la ligne fait l'objet d'une interception, d'identifier le numéro appelé comme étant celui d'un avocat. La commission n'est toutefois pas parvenue à un accord sur le point de savoir si ce système d'identification, qui en lui-même fait consensus, devrait permettre de suspendre automatiquement l'interception lorsque le numéro appelé ou appelant est inscrit sur le répertoire national évoqué plus haut, hors l'hypothèse où l'avocat est soupçonné de la commission d'une infraction.

Il pourrait également être prévu, lorsque l'officier de police judiciaire repère qu'un numéro d'avocat est écouté, l'obligation d'en référer à l'autorité judiciaire qui ordonnerait ou pas la poursuite de l'interception, sous le contrôle obligatoire du juge des libertés et de la détention si l'écoute se poursuit et que sa retranscription est envisagée.

Un tel dispositif permettrait de protéger le secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci fait notamment l'objet d'interceptions téléphoniques « incidentes ».

La commission a pu bénéficier d'une expertise de la magistrate de liaison française à Washington de laquelle il ressort qu'un tel système n'existe pas en droit américain de manière générale, mais a pu être mis en place par certains Etats en milieu carcéral.

Par ailleurs, une telle plateforme pose des questions techniques et de sécurité, notamment sous l'angle cyber attaque. La commission ne disposant ni du temps nécessaire ni de l'expertise requise, elle estime que la réflexion doit être prolongée si cela est jugé opportun dans un cadre associant juristes et spécialistes informatiques et permettant d'associer les opérateurs de communications électroniques.

Proposition 16 : Consolider la protection du secret professionnel de l'avocat dans l'exercice des droits de la défense dans le cadre des interceptions téléphoniques

Expertiser la faisabilité technique du référencement des coordonnées téléphoniques de l'avocat sur une plateforme/registre permettant dans le cadre d'un système de contrôle a priori de ne pas écouter ou d'interrompre immédiatement l'interception téléphonique entre l'avocat et son client. A défaut, l'enquêteur devra informer sans délai l'autorité judiciaire mandante qui pourra y mettre fin immédiatement.

Enfin, dans l'hypothèse où l'enregistrement de l'écoute aurait eu lieu, saisine par l'autorité judiciaire mandante du juge des libertés et de la détention aux fins de vérifier si la conversation s'inscrit dans le cadre d'une relation entre un avocat et un client dont il assure la défense des intérêts.

Si tel est le cas, le juge des libertés et de la détention n'autorisera pas la retranscription et fera procéder immédiatement à la destruction de l'enregistrement.

OBSERVATIONS DIVERSES

Proposition 17 : Mener une réflexion sur la mise en état à l'issue de l'enquête préliminaire

Il pourrait être prévu qu'un contentieux puisse être noué à la fin de l'enquête. Il s'agirait d'une phase partielle de mise en état. Le procureur dès lors qu'il envisagerait une poursuite pourrait communiquer le dossier et les qualifications aux avocats qui disposeraient alors d'un délai pour présenter des observations, auxquelles il devrait être répondu, demander des actes ou soulever une nullité devant le président de la chambre de l'instruction

Le traitement du recours serait enfermé dans un délai. L'opportunité de ce mécanisme, nécessairement non systématique sous peine de paralysie du système, doit rester entre les mains du procureur qui est maître de l'orientation et de la poursuite, et de l'opportunité de purger d'abord les procédures complexes ou sensibles ou prendre le risque d'une audience au fond perturbée par les demandes d'actes ou de nullité et la mise en exergue de lacunes réelles ou supposées.

Ce système implique une gestion des procédures concernées et pose la question des moyens du parquet et de la chambre de l'instruction, cette dernière juridiction étant déjà au point de rupture en l'état de l'augmentation considérable du contentieux de la liberté et de celui des saisies.

En outre, il conviendrait d'articuler un tel dispositif et ses voies de recours, avec les règles et délais propres à l'audiencement des affaires, afin de limiter les effets d'un dilatoire possible, et interroger l'application des articles 388-4 et 388-5 du code de procédure pénale.

Certains membres de la commission ont toutefois souligné le fait que la mise en place d'un tel dispositif ne devrait en aucun cas avoir pour conséquence la perte d'une voie de recours pour l'examen des nullités.

ANNEXES

- 1 Lettre de mission**
- 2 Composition de la commission**
- 3 Questionnaire**
- 4 Liste des personnes auditionnées**
- 5 Liste des personnes questionnées**
- 6 Restitutions questionnaires**
 - 6-1 Parquet National Anti-Terroriste (PNAT)
 - 6-2 Unité-Magistrats
 - 6-3 Syndicat Indépendant des Commissaires de Police (SICP)
 - 6-4 Synergie Officiers
 - 6-5 Syndicat des Cadres de la Sécurité Intérieure (SCSI)
 - 6-6 Alliance
 - 6-7 Unité SGP
 - 6-8 UNSA-Police
 - 6-9 Direction Générale de la Gendarmerie Nationale (DGGN)
 - 6-10 Conseil de la Fonction Militaire de la Gendarmerie (CFMG)
 - 6-11 Syndicat des Greffiers de France
 - 6-12 C-justice
 - 6-13 Syndicat des Avocats de France (SAF)
- 7 Contributions écrites des personnes auditionnées**
 - 7-1 Conférence Nationale des Premiers Présidents (CNPP)
 - 7-2 Conférence Nationale des procureurs de la République (CNPR)
 - 7-3 Syndicat de la Magistrature (SM)
 - 7-4 Conseil National des Barreaux
 - 7-5 Conférence Nationale des Bâtonniers - Jérôme DIROU
 - 7-6 Alexandre MALO - Commandant le GGD du Var
- 8 Contributions collectives des membres de la commission**
 - 8-1 Avis collectif de Justine AUBRIOT, Thierry AZEMA, Général Bruno BRESSON, Nicolas JACQUET, Vincent LESCLOUS, Eric MATHAIS, Dominique PUECHMAILLE et Christian SAINTE
 - 8-2 Synthèse avis de Justine AUBRIOT, Thierry AZEMA, Général Bruno BRESSON, Nicolas JACQUET, Vincent LESCLOUS, Eric MATHAIS, Dominique PUECHMAILLE et Christian SAINTE
 - 8-3 Observations de Me Jacqueline LAFFONT-HAIK, Me Benoît LELIEUR, Me Vincent NIORE, Me Charlotte PIENONZEK et Me Hervé TEMIME
- 9 Contribution individuelle de Me Vincent NIORE**
 - 9-1 Lettre au Président MATTEI 17 décembre 2020
 - 9-2 Lettre au Président MATTEI 21 janvier 2021
 - 9-3 Lettre sur la réforme de l'enquête préliminaire au Président MATTEI
 - 9-4 Lettre sur la réforme des perquisitions au Président MATTEI
 - 9-5 Jugement TJ Nanterre, 11/01/2021
 - 9-6 Lettre commission Mattei 8 février 2021
- 10 Autres contributions**
 - 10-1 Maître Olivier COUSI - Bâtonnier de Paris
 - 10-2 Projet de proposition de loi sur le secret de l'avocat
 - 10-3 Général Christian RODRIGUEZ - Directeur Général de la Gendarmerie Nationale
 - 10-4 Christophe ROUGET - secrétaire Général du Syndicat des Cadres de la Sécurité Intérieure



Paris, le 18 SEP. 2020

Objet : Mission de la commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel des avocats

Monsieur le Président,

Principe juridique cardinal à valeur constitutionnelle, le respect des droits de la défense constitue une composante essentielle du droit au procès équitable, lequel commande le respect du principe de l'égalité des armes dans le procès pénal.

L'exercice de ces droits doit néanmoins être concilié avec les finalités de l'enquête pénale, en particulier durant le temps du recueil de la preuve permettant de caractériser l'infraction et identifier son auteur présumé.

Il s'agit en effet de préserver l'efficacité des enquêtes en assurant la conservation des preuves nécessaires à la manifestation de la vérité, la protection des témoignages et le bon déroulement des investigations. C'est au titre de ces impératifs que le code de procédure pénale garanti le caractère secret de la phase d'enquête durant un certain temps, sous le contrôle du procureur de la République.

Si un accès total ou partiel aux actes effectués durant l'enquête préliminaire est ouvert à la personne mise en cause, sur sa demande ou celle de son avocat, les débats demeurent vifs sur la suffisance ou l'insuffisance de ce qu'il est convenu d'appeler l'ouverture au contradictoire des enquêtes préliminaires.

C'est particulièrement le cas lorsque ces enquêtes se poursuivent pendant des mois voire des années, et lorsqu'elles donnent lieu à l'exercice de mesures intrusives ou coercitives. Cette situation est en outre de nature à porter préjudice à la confiance des citoyens dans leur justice.

Par ailleurs, le déroulement de certaines enquêtes préliminaires conduit à la mise en œuvre de mesures d'investigations concernant le conseil de la personne mise en cause, tenu au secret professionnel. La protection de ce secret essentiel à l'exercice des droits de la défense soulève dès lors la question de l'équilibre entre le champ de cette protection et les atteintes dont il peut faire l'objet dans le cadre du droit actuel lors de l'enquête.

Par conséquent, j'ai souhaité mettre en place une commission relative aux droits de la défense et au secret professionnel de l'avocat afin d'examiner les avancées procédurales qui seraient de nature à renforcer l'exercice des droits de la défense durant l'enquête pénale, comme l'avait déjà suggéré le rapport de la commission OUTREAU.

Maître Dominique MATTEI
Ancien Bâtonnier de Marseille
98, rue Grignan
13001 – MARSEILLE

Dans ce cadre, je vous remercie de procéder à l'état des lieux des textes et des pratiques en vigueur, en ce compris à la lumière de l'environnement normatif européen.

Il conviendra d'examiner à cette fin la mesure, la temporalité et les modalités d'un plus large accès au dossier par les personnes mises en cause et leurs conseils, s'agissant notamment des enquêtes préliminaires de longue durée. La question de la place et des droits accordés aux victimes sera également étudiée.

La question du concours de l'avocat à l'enquête, dans le cadre par exemple des demandes d'actes, participera également des travaux de la commission.

Il m'apparaît important par ailleurs que la réflexion porte également sur l'opportunité et les modalités possibles d'un encadrement de la durée des enquêtes initiales ainsi que sur le contrôle effectif de celles-ci par le ministère public, premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête

De même, il conviendra d'examiner et de faire toute proposition sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat lorsqu'il est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale. Le rôle du bâtonnier sera à cet égard utilement exploré.

Les recommandations et propositions que vous pourrez faire s'inscriront dans un contexte de revendication forte exprimée par un grand nombre d'acteurs de la procédure pénale de ne pas accroître la complexité procédurale de l'enquête

Vous veillerez enfin à prendre en considération les travaux menés par le Parlement et vous auditionnez les parlementaires qui ont travaillé sur le sujet.

Pour mener à bien vos investigations et vos travaux, vous pourrez vous appuyer sur la direction des affaires criminelles et des grâces, ainsi que sur l'ensemble des autres directions du ministère de la justice.

Je souhaite que vos conclusions me soient remises au plus tard le 20 décembre 2020.

Je vous prie de croire, Monsieur le président, à l'assurance de ma considération distinguée.



Eric DUPOND-MORETTI

**COMPOSITION DE LA COMMISSION RELATIVE
AUX DROITS DE LA DÉFENSE PENDANT L'ENQUÊTE PÉNALE
ET AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT**

Dominique MATTEI, Président de la commission	Ancien bâtonnier, Avocat au barreau de MARSEILLE
Luc FEBBRARO	Avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE
Bruno REBSTOCK	Avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE
Benoît LELIEUR	Avocat au barreau de PARIS
Jacqueline LAFFONT	Avocate au barreau de PARIS
Vincent NIORÉ	Avocat au barreau de PARIS
Hervé TEMIME	Avocat au barreau de PARIS
Eric MATHAIS	Procureur de la République de DIJON
Christian SAINTE	Directeur de la PJ à la préfecture de police de PARIS
Général Bruno BRESSON	Inspection générale de la gendarmerie nationale
Nicolas JACQUET	Procureur de la République de LYON
Dominique PUECHMAILLE	Procureure de la République d'EVREUX
Justine AUBRIOT	Vice-présidente chargée des fonctions de JLD, LYON
Vincent LESCLOUS	Procureur général de BORDEAUX
Thierry AZEMA	Président chambre de l'instruction, Cour d'Appel de GRENOBLE
Charlotte PIENONZEK	Avocate au barreau de TROYES

Questionnaire en vue des auditions et consultations

I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?
2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?
3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?
4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?
5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?
6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?
7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?
8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?
2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?
3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?
4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

¹ Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.

Pour la Conférence
Nationale
des Procureurs
Généraux

PERSONNES AUDITIONNÉES DANS LE CADRE DE LA COMMISSION	
Jérôme DIROU	Président de la commission pénale de la Conférence Nationale des Bâtonniers
Marie-Suzanne LE QUEAU Frédéric FEVRE Christophe BARRET	Présidente de la CNPG Procureure Générale Cour d'appel d'AIX en PROVENCE Procureur Général Cour d'appel DOUAI Procureur Général Cour d'appel BESANCON
Adrien VERON	Commandant de la Section de Recherches de LILLE
Guillaume HEZARD	Commissaire divisionnaire Chef de l'Office Office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales
Julien HERBAUT	Commissaire de police Chef de la Sûreté territoriale de PARIS
Jean-Baptiste PERRIER	Professeur d'Université AIX MARSEILLE
Remy HEITZ	Procureur de la République TJ de PARIS
Frédéric DESPORTES	Premier avocat général de la chambre criminelle Cour de cassation
Jean-François BOHNERT	Procureur de la République financier
Eric MAILLAUD Anne GACHES Jérôme BOURRIER	Procureur de la République CLERMONT-FERRAND Procureur de la République ALBERTVILLE Procureur de la République BAYONNE
Alexandre MALO	commandant le GGD du Var (83)
Eric ARELLA	Inspecteur général DCPJ Direction interrégionale de la Police Judiciaire de MARSEILLE Directeur Interrégional
Nicolas BONNAL Pascale LABROUSSE	Doyen Cour de cassation Conseillère à la Chambre criminelle (Cour de cassation)

Pour la Conférence
Nationale
des Procureur
de la République

**Pour la Conférence Nationale
des Présidents des Tribunaux
Judiciaires**

**Joëlle MUNIER
Benjamin DEPARIS
Julien SIMON-DELCROS**

Présidente de la CNPTJ
Président du TJ d'EVRY
Président du TJ d'ORLEANS

**Pour le Conseil National
des Barreaux**

**Laurence ROQUES
Matthieu BOISSAVY
Gérard TCHOLAKIAN
Anne-Charlotte VARIN**

Présidente Commission Libertés et droits de
l'homme CNB

Directrice des affaires publiques

**Pour la Conférence Nationale
des Premiers Présidents**

**Jacques BOULARD
Xavier RONSIN**

Président de la CNPP
Premier président de la Cour d'appel de
TOULOUSE
Premier président de la Cour d'appel de RENNES

Frédéric NGUYEN

Premier Vice-Président coordonnateur du service
des JLDTJ PARIS

David DE PAS

Premier Vice-Président coordonnateur et doyen
de l'instruction anti-terroriste au TJ PARIS

Marc SOMMERER

Premier Vice-Président coordonnateur et doyen
des juges d'instructions du pôle économique et
financier au TJ PARIS

Katia DUBREUIL

Syndicat de la Magistrature

Stéphane NOËL

Président du TJ PARIS

ORGANISMES CONSULTÉS		Réponse
Organisations Syndicales de magistrats	Union Syndicale Magistrats	NON
	Unité Magistrats	OUI
Avocats	Syndicat des Avocats de France (SAF)	OUI
	Association des Avocats Pénalistes (ADAP)	EN ATTENTE
Organisations Syndicales de la police	Syndicat Indépendant des Commissaires de Police (SICP)	OUI
	Syndicat des Commissaires de la Police Nationale (SCPN)	EN ATTENTE
	Synergie Officiers	OUI
	Syndicat des Cadres de la Sécurité Intérieure (SCSI)	OUI
	ALLIANCE	OUI
	Unité SGP	OUI
	UNSA POLICE	OUI
Directeur général de la gendarmerie nationale	Général d'armée Christian RODRIGUEZ	EN ATTENTE
Conseil de la fonction militaire de la gendarmerie (CFMG)	Général Louis-Mathieu GASPARI	OUI
Organisations Syndicales des greffiers	C-JUSTICE	OUI
	UNSA	EN ATTENTE
	Syndicat des Greffiers de France	OUI
	Syndicat CGT asj	EN ATTENTE
	Syndicat CFDT INTERCO	EN ATTENTE
Procureur de la République Anti-Terrorisme	Jean-François RICARD	OUI

Paris, le 26 janvier 2021

Le procureur de la
République antiterroriste

à
La Commission relative aux
droits de la défense dans
l'enquête pénale et au secret
professionnel de l'avocat

Monsieur le président,

Le questionnaire que vous m'avez adressé relatif aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat m'amène à m'associer aux éléments de réponses qui vous ont été apportés par la Conférence nationale des procureurs de la République.

Néanmoins le Parquet national antiterroriste connaît une situation spécifique au regard de la nature même des enquêtes diligentées tant en matière de terrorisme qu'en matière de crimes contre l'humanité.

Tout d'abord, ces infractions qui, par nature, troublent de manière extrêmement grave l'ordre public, exigent le secret absolu des investigations et nécessitent des enquêtes longues et techniques. De plus, ces enquêtes imposent le recours fréquent, voire systématique en matière de crimes contre l'humanité, à l'entraide internationale.

L'ensemble de ces enquêtes ne sont ouvertes qu'après une autorisation formelle de mon parquet.

De plus, chacune d'entre elle fait l'objet d'un suivi particulier en bureau des enquêtes et est réexaminée, de manière institutionnalisée avec les services enquêteurs, lors de « revues bi-annuelles de portefeuilles ».

En effet, à la différence de ce qu'il se produit dans l'immense majorité des enquêtes de droit commun, celles réalisées en matière de terrorisme ou de crimes contre l'humanité ne sont jamais ouvertes sans une autorisation préalable du PNAT.

Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Préambule.

Il nous apparaît tout d'abord nécessaire de rappeler le contexte dans lequel cette mission s'inscrit, contexte qui appelle la plus grande prudence s'agissant de préserver, in fine, l'équilibre entre :

- Les impératifs d'ordre public,
- Le besoin de sécurité de chaque citoyen alors que la criminalité organisée le grand banditisme, la délinquance financière et le terrorisme paraissent se développer avec la crise sanitaire,
- La nécessité de lutter contre la petite mais aussi la « grande délinquance » économique et financière,
- La nécessité de préserver le travail et les capacités des services enquêteurs,
- Les droits des victimes,
- Les principes du procès équitable.

Le lien entre l'objet de la mission, l'annonce de la mission et la mise en cause par des avocats puis par le ministre de la justice du PNF ne saurait être ignoré.

La composition initiale de la commission, même si elle a évolué ensuite sous la pression de critiques formulées notamment par les organisations syndicales de magistrats, les associations anti-corruption et la presse – spécialisée ou non - est également un signal, une incitation à travailler dans la recherche de la préservation et de l'amélioration des équilibres dans un cadre budgétaire particulièrement contraint.

Unité Magistrats SNM-FO estime que les vraies difficultés qui se posent chaque jour aux magistrats et aux enquêteurs avec lesquels ils travaillent sont :

- La complexité et le caractère extrêmement formel de la procédure pénale,
- Le véritable carcan qui enserre la procédure d'instruction qui explique, avec le manque de moyens, des délais de traitement pouvant devenir déraisonnables au sens de l'art 6 §1Cedh,
- L'insuffisance des moyens de police judiciaire.

I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. *Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?*

Les conditions de mise en œuvre de la garde à vue, le droit de garder le silence, la possibilité de demande ou d'ordonner l'ouverture d'une information judiciaire, la CRPC, l'accès à la procédure, la possibilité de demander des mesures d'instruction supplémentaires au procureur de la République puis devant la juridiction de jugement (si aucune instruction n'a été ouverte) concourent au caractère équitable du procès.

Proposition

Ouvrir la possibilité de demander un acte d'enquête supplémentaire, en cas de refus du procureur de la République, au JLD .

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

Le présupposé de durée excessive doit être analysé au regard, conformément à la jurisprudence de la CEDH à la complexité de l'enquête, les intérêts en jeu, les éléments d'extranéité, les diligences accomplies etc... Au surplus une enquête longue peut n'aboutir à aucune mise en cause ou aboutir.

Ex : https://www.francetvinfo.fr/faits-divers/petite-inconnue-de-l-a-10-ses-parents-trahis-par-l-adn-apres-une-enquete-de-trente-ans_2801315.html

Pour rendre obligatoire des délais, il faudrait que la police judiciaire ou à tout le moins les offices centraux soient rattachés au Ministère de la justice ou que des critères en fonction de la nature des faits soient posés ce qui induit une inégalité devant la loi ou une casuistique complexe. Les associations de victimes doivent également être interrogées. La question de l'ouverture obligatoire d'une information au bout d'un certain délai peut également se poser.

Proposition

Ouvrir la possibilité à la personne mise en cause de demander l'ouverture d'une information judiciaire à l'issue d'une année voire au maximum de deux ans.

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Cette question en appelle d'autres :

- Quel contradictoire quand personne n'est mis en cause ou identifié ?
- Quel panel de délai et en fonction de quels critères ?
- Quels risques pour les témoins et les plaignants ?
- Quelle augmentation pour l'aide juridictionnelle ?
- Qu'en pensent les enquêteurs ?
- Qu'en pensent les associations de victimes ?

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

Il ne nous paraît pas opportun d'élargir ce droit sauf à assumer le risque de ne poursuivre que les crimes et les délais "instantanés" et/ou ne présentant aucune complexité ni risque de pression pour les témoins et/ou les victimes.

Cela relève donc d'un choix politique et non juridique.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Oui.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Le juge des libertés et de la détention pourrait contrôler, au bout d'un délai compris entre un et deux ans, sur réquisitions motivées du parquet, si la poursuite de l'enquête est nécessaire ou si une instruction doit être ouverte.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Notre syndicat a déjà fait des propositions beaucoup plus ambitieuses dans la mesure où il suggère de réformer la procédure de l'enquête préliminaire et de flagrance pour n'aboutir qu'à un seul cadre d'enquête en simplifiant la procédure autour de trois piliers : parquet, chambre des enquêtes, chambre des libertés. Le premier serait un ministère public qui se consacrerait à son rôle de défenseur de la société, laissant la direction de l'action publique à un pôle des enquêtes qui aurait une compétence exclusive pour ouvrir les enquêtes et diriger les services de police et de gendarmerie. Disparaîtrait ainsi la distinction entre les enquêtes en flagrance et en préliminaire d'un côté, les informations judiciaires de l'autre, au profit d'un cadre d'enquête uniforme placé sous le contrôle et la direction d'une autorité judiciaire unique. Le troisième pilier serait constitué d'une chambre des libertés aux fonctions étendues : instance de surveillance et de contrôle des enquêtes, elle gérerait tout le contentieux de celles-ci et aurait une compétence exclusive pour imposer les mesures privatives ou limitatives de liberté, puis, à la fin de l'enquête, son rôle serait de décider de l'orientation des affaires après avis du parquet. Plus que jamais en effet, les menaces qui nous entourent nécessitent de concilier les deux valeurs qu'on attend d'une justice bien faite : protéger les principes et les libertés de l'Etat de droit, sans sacrifier la sécurité. Leur mise en oeuvre exige deux vertus : la clarté des règles et la simplicité des mécanismes. Il ne nous semble pas que cette commission s'oriente vers ces deux objectifs.

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

- Rendre transparents les effectifs et les moyens mis en oeuvre dans chaque service.
- Elaborer des statistiques sur les moyens et les durées, les rendre publics
- Revoir les conditions de recrutement et de rémunérations des experts
- Simplifier la procédure et unifier les causes de nullité

II. Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous paraît-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions et aux interceptions de correspondance ?

A) Les perquisitions :

-> Rappels textuels :

Article 56-1 du Code de procédure pénale

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité. Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat. Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure. Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours. A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes. S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure. Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction. Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal judiciaire qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier. Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa.

Il faut ajouter à ces textes ceux régissant le droit commun :

Les perquisitions ne peuvent avoir lieu que de 6h00 à 21h00 (articles 59 et 76) - sauf réclamation faite de l'intérieur du domicile ou exceptions prévues par la loi en matière de criminalité organisée ou de prostitution des mineurs) ;

Les perquisitions ne peuvent avoir lieu qu'en présence de la personne au domicile de laquelle ces

opérations ont lieu. En cas d'impossibilité, la personne est invitée à désigner un représentant de son choix. A défaut, l'OPJ requiert deux témoins (qu'il choisit en dehors des personnes relevant de son autorité) (article 57).

Dans le cadre d'une enquête préliminaire, une perquisition ne peut se faire sans l'assentiment écrit de la personne chez qui elle a lieu sauf et à condition que l'enquête soit relative à un délit puni de plus de 3 ans d'emprisonnement (contre 5 avant la loi du 23 mars 2019) si décision motivée du JLD saisi à cette fin par le parquet (article 76).

Dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire : si la personne n'a pas fait l'objet de poursuites dans les 6 mois de la perquisition, elle peut en solliciter l'annulation auprès du JLD (article 802-2).

Les magistrats pratiquent une interprétation extensive de l'article 56-1 : toute perquisition dans un local fréquenté par un avocat y compris lorsque la perquisition n'a pas pour objet de rechercher des éléments appartenant à cet avocat (par ex. : enquête intéressant les familiers d'un avocat, conjoint ou enfants, donnant lieu à une perquisition au domicile commun) ouvre droit à la protection de l'article 56-1. Par ailleurs, celle-ci trouvera à s'appliquer que l'enquête concerne des faits imputables à l'avocat personnellement (ex : mis en cause pour des violences conjugales, un meurtre etc.) ou à l'avocat à raison de l'exercice des droits de la défense (ex : mis en cause pour une escroquerie au jugement, une complicité de blanchiment de fraude fiscale).

Cette protection sera enfin mise en oeuvre au bénéfice d'un suspect devenu avocat postérieurement aux faits objets de l'enquête qui donne lieu à une perquisition.

Ainsi, faut-il faire attention aux chiffres avancés en matière de "perquisitions chez les avocats" : quelle est la proportion de perquisitions menées à raison de faits reprochés à un avocat du fait de son exercice professionnel ? Il serait intéressant de le vérifier.

La jurisprudence apprécie en outre très strictement l'exigence de motivation de la décision de perquisition (du juge d'instruction ou du JLD suivant le cadre de l'enquête) (cf. pour une décision du juge d'instruction Crim., 8 juillet 2020 n°19-85491).

Les dispositions de l'article 56-1 CPP visent à assurer le droit au secret des clients de l'avocat et non pas à lui permettre de s'abriter derrière celui-ci pour échapper à ses responsabilités.

Certains envisageraient de modifier l'article 56-1 en accordant des degrés de protection différents suivant que l'enquête porte sur des faits reprochés à un tiers qui partage son domicile avec un avocat/reprochés à l'avocat à titre personnel/reprochés à l'avocat dans le cadre de l'exercice des droits de la défense - sur le modèle de ce qui est en particulier prévu pour les perquisitions menées chez les magistrats où la présence du premier président de la cour d'appel ou du premier président de la Cour de cassation ou de son délégué n'est exigée que dès lors que les recherches "tendent à la saisie de documents susceptibles d'être couverts par le secret du délibéré" (article 56-5).

Une telle réforme nous paraît toutefois source de risque juridique : l'on ne peut pas connaître à l'avance la nature des documents qui seront découverts en perquisition et certains d'entre eux pourront ainsi s'avérer toucher au secret professionnel.

Nous souhaiterions néanmoins que le régime de protection prévu pour les magistrats soit systématiquement mis en oeuvre, quels que soient la nature des pièces recherchées, à l'instar de ce qui se pratique pour les avocats.

Il nous paraît que les vrais questionnements en matière de perquisition touchent au droit commun et pas uniquement aux perquisitions conduites chez les avocats :

- durée de la perquisition (aucun maximum : une perquisition peut donc durer de 6h01 à 20h59, temps pendant laquelle la personne perquisitionnée doit rester à disposition des officiers de police. En l'absence de garde à vue concomitante, cette personne ne dispose d'aucun droit : temps de repos / avis à famille et employeur / avis à médecin) + en cas de perquisition menée hors garde à vue, la durée de cette perquisition ne s'impute pas sur celles de l'audition libre et de la garde à vue menées par la suite (ce qui donne dans certains dossiers financiers : 8 heures de perquisition puis, 15 jours après, 10 heures d'audition libre puis, un mois après, 48 heures de garde à vue).
- Absence d'assistance par un avocat (que la perquisition soit menée à l'occasion d'une garde à vue ou non) alors qu'il est demandé à la personne perquisitionnée son assentiment aux opérations et qu'on lui présente les objets avant saisie.
- Motivation de la décision de perquisition prise par le JLD : le rapport PERBEN de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat déposé au mois de juillet 2020 conclut que *“les JLD ne disposent ni des moyens ni du temps nécessaires pour examiner de manière exhaustive les demandes d'autorisation adressées par le Parquet”*.
Ce n'est pas forcément faux mais en tout état de cause le problème serait ici non l'institution du JLD mais les moyens qui lui sont confiés.
La jurisprudence exige d'ores et déjà que la décision de perquisition sans assentiment prise par le JLD soit motivée en droit et en fait (un “copié-collé” des réquisitions du Parquet serait censuré).

Propositions :

Nous demandons que les règles des perquisitions menées chez les magistrats soient alignées sur celles dont bénéficient les avocats.

Nous demandons une réflexion d'ensemble sur le régime des perquisitions.

B) Les interceptions de correspondance

-> Rappels textuels :

Article 100-5

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la **correspondance** utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier. Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense.

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Article 100-7

Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction.

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.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit

informé.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité.

Il faut ajouter à ces textes ceux régissant le droit commun :

- Une écoute téléphonique ne peut être ordonnée que par le juge d'instruction (dans le cadre d'une information judiciaire) ou le juge des libertés et de la détention (sur requête du procureur de la République dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire) :
- Dans le cadre d'une information judiciaire : qu'en matière criminelle ou correctionnelle lorsque la peine encourue est supérieure à 3 ans (article 100 applicable au 1^{er} juin 2019 : auparavant le seuil était de 2 ans).
- Dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire : qu'en matière de criminalité et de délinquance organisée (articles 706-73 et 706-73-1).

La décision d'interception est motivée en fait et en droit (article 100-1).

Elle est prise pour une durée maximum :

- Dans le cadre d'une information judiciaire: de 4 mois, renouvelable sans pouvoir excéder 1 an - porté à 2 ans lorsqu'il s'agit de criminalité organisée (article 100-2).
- Dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire : de 1 mois, renouvelable une fois (article 706-95).

Concernant les avocats :

La jurisprudence fait une interprétation restrictive des dispositions de l'article 100-5 :

- L'article 100-5 interdit uniquement que soient retranscrits les propos tenus par un avocat dans la mesure où ceux-ci relèvent de l'exercice des droits de la défense.
- Toute communication d'une autre nature à laquelle prend part un avocat devrait par conséquent pouvoir être reproduite. Or, ce n'est pas le cas : selon la Cour de cassation, seules peuvent être transcrites les conversations d'un avocat dont le contenu fait présumer sa participation à une infraction (Crim. 8 novembre 2000, n°00-83.570).
- Par contre, dès lors que le contenu de la conversation interceptée fait présumer la participation de l'avocat à une infraction, celui-ci peut toujours être retranscrit, peu importe que la communication se tienne entre un avocat et son client (client dans le cadre de la procédure dans laquelle l'écoute a été ordonnée ou dans une autre).

Crim, 22 mars 2016 n°15-83.205 (Sarkozy/Herzog) : "Aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers régulièrement placée sous écoute, dès lors que, comme en l'espèce, cet avocat n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assistée ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause, et, en second lieu, ses propos, seraient-ils échangés avec un client habituel, dont le contenu est étranger à tout exercice des droits de la défense dans ladite procédure ou dans toute autre, révèlent des indices de sa participation à des faits susceptibles de qualification pénale".

Par ailleurs, si l'article 100-7 CPP prévoit que le bâtonnier soit avisé du placement sur écoute d'un avocat, une interception "inopinée" d'une conversation entre une personne placée sur écoute et son avocat peut être écoutée et transcrite dans la mesure où elle révèle la participation de l'avocat à une infraction (Crim. 1^{er} octobre 2003 n°03-82.909 ; 17 septembre 2008 n°08-85.229).

Crim, 15 juin 2016 n°15-86.043 (communications avocat/client dans le cadre d'un contrôle fiscal, "Dans certaines de ses conversations téléphoniques avec son acoat, M.C évoquait la difficulté causée par l'écriture comptable susvisée à l'occasion des visites des agents chargés du contrôle fiscal, et l'aide pouvant être apportée, dans la gestion de contrôle, par un haut fonctionnaire des finances publiques, relation de Me X") : "Même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction".

Commentaire : "Écoutes téléphoniques et interceptions de conversations avec un avocat" Sébastien FUCINI, Dalloz du 12 juillet 2016.

S'agissant des interceptions "inopinées", c'est-à-dire de l'interception des propos d'une personne A à l'occasion de la mise sous écoute téléphonique d'une autre personne B, la question se pose de l'utilisation des propos tenus par A et susceptibles de l'incriminer dans le cadre d'une autre procédure que celle dans le contexte de laquelle la mise sous écoute a été ordonnée. Cette question concerne en réalité tous les justiciables et pas uniquement les avocats.

Il pourrait être nécessaire de légiférer sur ce point, notamment au vu de la jurisprudence de la CEDH (16 juin 2016, Versini-Campinchi et Crasnianski c/France).

Le régime légal encadrant le placement sur écoute, l'interception et la transcription des propos tenus par un avocat est déjà protecteur.

Il est par ailleurs interprété de manière restrictive par la jurisprudence.

Seuls peuvent donc aujourd'hui être jointes à la procédure les communications dont le contenu en lui-même - et peu importe le contexte dans lequel elles sont intervenues : exercice des droits de la défense ou non - laisse présumer la commission d'une infraction par l'avocat.

La conciliation entre, d'une part, les exigences de protection de la vie privée, de droit à un procès équitable et, d'autre part, la nécessité de protéger l'ordre public, nous paraît respectée.

Propositions :

- **Modifier l'article 100-5 pour être en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation : "A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense dont le contenu laisse présumer la commission d'une infraction par ledit avocat"**
- **Encadrer l'utilisation des interceptions "inopinées".**

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

Nous considérons que le secret professionnel ne peut être invoqué pour se dérober à sa responsabilité pénale. Il s'agit d'un devoir plutôt que d'un droit derrière lequel s'abriter.

3. Un régime juridique protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du Code de procédure pénale ?

-> Rappels textuels :

Article 77-1-1

Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire, peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces informations, notamment sous forme numérique, le cas échéant selon des normes fixées par voie réglementaire, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-5, la remise des informations ne peut intervenir qu'avec leur accord. En cas d'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du second alinéa de l'article 60-1 sont applicables. Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable.

Le procureur de la République peut, par la voie d'instructions générales prises en application de l'article 39-3, autoriser les officiers ou agents de police judiciaire, pour des catégories d'infractions qu'il détermine, à requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique, de leur remettre des informations intéressant l'enquête qui sont issues d'un système de vidéoprotection. Le procureur est avisé sans délai de ces réquisitions. Ces instructions générales ont une durée qui ne peut excéder six mois. Elles peuvent être renouvelées.

Article 99-3

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire par lui commis peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'instruction, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 et à l'article 56-5, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En l'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 60-1 sont applicables.

Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable.

La question posée est relative aux réquisitions adressées en vue d'obtenir les factures détaillées téléphoniques des avocats.

Tant la jurisprudence de la chambre criminelle que la doctrine ne confèrent pas le caractère d'acte intrusif ou coercitif aux réquisitions des fadets, à l'identification d'un numéro de téléphone appelant ou appelé et à l'identification des jours et heures de ces appels : ces demandes ne sont pas assimilées à un acte de contrainte, puisqu'en outre non explicitement réglementées par les articles 100 et suivants du Code de procédure pénale (cf. Cass. crim., 22 mars 2016 n°15-83.205).

Toutefois, nous considérons qu'il est nécessaire qu'une réflexion d'ensemble soit menée sur la question : décision prise par un magistrat (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention), écrite et motivée (avec avis au bâtonnier s'agissant d'un avocat), limitée dans le temps, donnant lieu à une retranscription dont le contenu doit se limiter à la manifestation de la vérité.

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

Répondu dans le corps du texte.

Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Questionnaire en vue des auditions et consultations

I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

L'introduction d'une part de plus en plus importante de contradictoire au sein de la phase d'enquête policière, flagrant-délit ou enquête préliminaire, nous apparaît plus qu'exagérée car elle est aujourd'hui source d'une baisse drastique de son efficacité en contribuant à l'embolisation des services d'investigation. Ce phénomène résulte d'un accroissement ininterrompu et exponentiel des charges liées à des contraintes formelles depuis 1993, date d'initiation d'un mouvement perpétuel de réforme de la procédure pénale en général et de l'enquête policière en particulier qui a vu cette dernière refondue en moyenne tous les 18 mois. Toute augmentation de la charge formelle au stade policier de l'enquête s'est inévitablement traduite par la réduction du temps d'investigation consacré à la recherche d'éléments de preuve, à charge ou à décharge, et s'est donc faite au détriment de l'établissement de la matérialité des faits. Il est pour nous évident que les précédentes réformes de la procédure ont échoué dans leur objectif incantatoire de sauvegarder l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infraction. Dès lors, la réforme sur laquelle se penche votre commission ne fera qu'accélérer le déclin de l'efficacité de l'enquête policière.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

Il n'y a pas lieu de renforcer les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP. Dans le premier cas, il appartient au procureur de la République de fixer le délai des investigations voire de le prolonger si nécessaire lorsque la saisine relève de son initiative. Priver le parquet de cette possibilité d'adaptation qui tient compte de la charge de travail des services d'enquête de son ressort n'aurait pas de sens. C'est en effet lui qui, en tant qu'autorité judiciaire, à la meilleure connaissance de l'importance de leur portefeuille judiciaire. Dans le second cas, les enquêtes menées d'initiative par les enquêteurs portent sur des renseignements généralement très généraux qu'ils recueillent dans le cadre de leur travail de voie publique et qu'il convient de crédibiliser ou d'infirmer. Les occasions pour le parquet d'apprendre l'existence d'une telle enquête avant l'expiration de ce délai de 6 mois sont pléthore. La plupart des actes d'investigation que les enquêteurs peuvent mettre en œuvre dans ce cadre doivent en effet recevoir l'autorisation d'un magistrat du parquet voire du siège. Ainsi en est-il des réquisitions, des perquisitions, des interpellations coercitives, des interceptions de correspondances, de la mise en œuvre de techniques spéciales d'enquête (recours à des moyens techniques divers). Tous ces contacts avec le parquet ou avec un JLD sont autant de contraintes formelles chronophages qui empiètent sur le temps d'enquête au fond. L'ajout d'une surcouche de contrôle par un juge du siège ne fera qu'accroître le phénomène et transférera le contrôle de l'enquête à un magistrat qui n'aura qu'une connaissance récente et parcellaire du dossier. Cela ne pourra que conduire à une redondance des comptes rendus et rapports explicatifs à la charge des OPJ.

¹ Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Nous ne sommes pas favorables à ce renforcement, dès lors ni un "meilleur encadrement de la durée des enquêtes", ni "une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai" ne nous semble souhaitable.

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

L'accès au dossier de la procédure prévu par le II de l'article 77-2 du CPP ne doit pas être élargi. Cet élargissement ne se conçoit que temporellement c'est-à-dire précocement par rapport aux dispositions actuelles puisque le texte de cet article ne prévoit pas de limiter cet accès à certaines catégories d'actes. Par ailleurs, nous sommes opposés à ce que nous appelons la judiciarisation de l'enquête policière c'est-à-dire à l'introduction, à ce stade, de la possibilité de demandes d'actes supplémentaires formulées par les conseils ou les parties comme cela est le cas au stade de l'information judiciaire.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Non, pour les raisons évoquées plus haut. Par ailleurs cette demande ne correspond pas aux exigences européennes. La CEDH considère que les conditions de respect des droits de la défense s'analysent non pas à une étape précise du procès pénal mais sur l'ensemble du processus. Or de l'enquête policière jusqu'à la décision finale, le mis en cause comme la victime disposent de multiples possibilités de recours et d'interventions qui garantissent leurs droits. Il n'y a donc pas lieu d'en ajouter.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

On voit mal en quoi l'intervention du procureur général changerait l'encadrement de l'enquête préliminaire. Le procureur général n'est pas un niveau d'appel, une juridiction supérieure du procureur de la République mais son supérieur hiérarchique. La nature même de ce pouvoir hiérarchique s'oppose à ce qu'il apparaisse comme un niveau de recours supérieur au procureur de la République qui, après tout, dans la phase initiale de l'enquête préliminaire, n'aura fait qu'appliquer ses directives générales ou particulières. Autant dans ces conditions maintenir le procureur de la République dans l'intégralité de ses prérogatives actuelles.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Nous n'avons pas de propositions allant dans le sens d'un élargissement des droits des plaignants ou des mis en cause au stade de l'enquête préliminaire et du contrôle de sa durée qui puissent en garantir l'efficacité. Comme nous l'avons écrit, cette dernière a déjà, par trop, été mise à mal au cours des années précédentes. Il conviendrait sans doute d'envisager qu'à l'expiration d'un certain délai, une enquête préliminaire au cours de laquelle des indices graves et concordants ont été recueillis à l'encontre d'une personne dénommée fasse obligatoirement l'objet d'une ouverture d'information judiciaire. Cela permettrait de confier la conduite de l'enquête à un magistrat du siège, d'ouvrir au mis en cause les droits inhérents à ce cadre juridique et de ne pas, une nouvelle fois, refondre la procédure pénale que policiers et gendarmes connaissent.

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

Nos propositions en la matière sont connues. Elles relèvent toutes d'un mouvement global de simplification de la procédure pénale qui n'a jamais été entrepris. Toutes les tentatives législatives menées jusqu'à présent se sont traduites dans les faits par une complexification des règles auxquelles les enquêteurs étaient confrontés. Cette évolution, s'est traduite par le désintérêt de ces derniers pour les fonctions d'investigation. Un tel processus réellement ambitieux de simplification qui réenchanterait la filière investigation, serait bien plus profitable aux parties que n'importe quelle nième réforme de la procédure pénale.

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l’avocat

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l’enquête préliminaire, l’enquête de flagrance et l’instruction, le secret professionnel de l’avocat qui est mis en cause dans le cadre d’une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?

La profession d’avocat fait aujourd’hui partie des professions les plus protégées par le code de procédure pénale. Leurs cabinets, leurs domiciles, leurs comptes bancaires, leur conversations téléphoniques sont protégées et ne peuvent faire l’objet d’investigation que dans un cadre extrêmement strict et encadré comprenant notamment l’intervention de leur propre organisation professionnelle. Il n’est pas concevable que cette profession fasse désormais l’objet d’une véritable immunité. En effet, les avocats ne sont pas indemnes des faiblesses humaines et les services d’enquête sont très régulièrement confrontés à des actes délictuels dont certains se rendent auteurs. Si leur niveau de connaissance juridique les expose sans doute moins que d’autres citoyens au franchissement des limites légales, la chose n’a rien d’hypothétique. Avec un peu moins de 70.000 avocats en France, il semble impensable de les positionner en dehors du champ de la loi pénale.

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

Non

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l’avocat vous paraît-il devoir être institué pour d’autres actes d’investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale?

Non

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l’enquête et dans celui de l’instruction préparatoire ?

Ces garanties existent déjà.

CONTRIBUTION DE SYNERGIE-OFFICIERS
CONSULTATION DE LA COMMISSION RELATIVE AUX DROITS DE LA DEFENSE DANS L'ENQUETE
PENALE ET AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Deux thématiques étant abordées par la Commission, nous avons scindé nos remarques avec ces deux sujets, sachant que le premier (l'enquête pénale) intéresse au premier chef les enquêteurs qui en sont les acteurs principaux, le second étant plus éloigné de leur préoccupation quotidienne et beaucoup plus « politique ».

Volontairement, nous nous sommes éloignés du questionnaire qui nous a été adressé afin de vous faire part d'observations plus concrètes que techniques.

LES ENQUETES PREMIMINAIRES :

La lecture de la lettre de mission adressée par le Garde des Sceaux à Monsieur le Président MATTEI, amène une première réflexion sur la philosophie qui a animé la saisine de cette Commission.

Elle laisse à penser que les enquêtes préliminaires évoquées le sont dans le domaine tout particulier des affaires politico-financières.

Or, la majorité des enquêtes préliminaires est traitée dans les commissariats, pour des infractions très classiques d'atteintes aux biens ou à la personne.

Il ne faudrait pas faire un amalgame et généraliser les constats faits dans des enquêtes souvent très médiatisées au détriment des autres, plus généralistes, représentant l'immense majorité des saisines.

SYNERGIE-OFFICIERS se doit de rappeler la vie réelle des commissariats en judiciaire : première ligne face aux victimes, traitement du tout-venant (pénal ou pas), désaffection pour la matière toujours plus accentuée, charge de travail liée au formalisme de plus en plus important et prépondérant depuis les réformes successives de la procédure pénale, perte de sens eu égard aux poursuites et aux sanctions pénales effectives.

Les infractions de droit commun représentent une masse extraordinaire de saisines, avec l'obligation de tout traiter, sans ajustement systématique sur ce qui paraît fondé ou pas. Il s'agit du cadre légal le plus utilisé avec peu de moyens financiers, matériels et humains.

S'y ajoute une contrainte naturelle et légitime qu'est la priorisation du FD ; et ce, que ce soit en commissariat, en services de police judiciaire ou en Brigades spécialisées.

Il est déjà difficile de sortir les enquêtes selon les règles actuelles ; il paraît improbable de diminuer les délais déjà difficilement tenables, sauf à créer des dispositions dont on sait par avance qu'elles ne pourront pas être respectées et qui aboutiront *de facto, a minima* à des recours, et éventuellement à des vices de procédures.

Nos propositions seraient plutôt d'allonger les délais, ou tout du moins, de modifier le point de départ pour demander la communication d'une copie du dossier au Parquet, par exemple à compter d'un acte d'audition ou de garde à vue à l'encontre d'un mis en cause, et non du premier acte de l'enquête. Nous argumentons sur des réponses à réquisition (notamment bancaires) qui sont parfois

très longues à obtenir et à exploiter et qui permettent de construire la réalité des faits avant de s'intéresser « concrètement » à un mis en cause et lui demander des explications.

De même, il est difficilement concevable d'alourdir la forme des enquêtes préliminaires. Les enquêteurs ne seraient pas en mesure de gérer quoi que soit de plus. Ils ne pourraient pas être tout à la fois, enquêteurs, greffiers et « sous-magistrats ».

Il est également impératif que les relations avec les avocats sur le fond des dossiers, hors GAV, continuent à être gérées par les magistrats (siège ou parquet). Locaux, outils, temps, fonctionnement... rien n'est adapté dans les commissariats ou plus généralement dans les services de police.

Surtout, il ne paraît pas que les droits de la défense soient méprisés dans le cadre d'une enquête préliminaire ; ils ont déjà été considérablement renforcés et permettent actuellement d'allier l'efficacité de l'enquête, en maintenant une sérénité de travail pour les enquêteurs.

S'agissant des affaires politico-financières où l'aspect médiatique est indéniable, SYNERGIE-OFFICIERS insiste sur le fait qu'elles ne représentent qu'une infime minorité de dossiers, souvent traités par quelques services hyper-spécialisés (OCCLIFF, BF, BRDP...) ; qu'il ne faudrait pas que des mesures soient prises en réaction à certaines de ces affaires et impactantes pour tous.

La police subit parfois certaines de ces enquêtes préliminaires en supportant beaucoup de pression, en première ligne en l'absence de magistrat instructeur et avec des pouvoirs coercitifs moindres. Aucun enquêteur ne choisit son cadre d'enquête ; tous travaillent avec le dispositif juridique que la justice veut bien lui donner.

Des leviers procéduraux sont prévus dans le code de procédure pénale afin de faire basculer l'enquête préliminaire en information judiciaire lorsque les faits ou l'enquête le justifient.

Manifestement, certains Magistrats du Parquet (comme Eliane HOULETTE du PNF) revendiquent le choix de travailler en enquête préliminaire plutôt que de privilégier des ouvertures d'information, pour éviter le blocage procédural induit par les recours systématiques (et légitimes) des avocats et l'allongement des procédures lorsqu'un magistrat instructeur est saisi.

Si ce choix induit une réforme des règles procédurales pour toutes les enquêtes préliminaires, faute d'un respect suffisant du contradictoire dans les enquêtes, nous demandons, plutôt qu'une telle réforme, une application stricte sur CPP, éventuellement avec des contraintes supplémentaires dans le choix du cadre juridique par les Magistrats.

La commission d'enquête parlementaire sur l'indépendance de la Justice a lancé l'hypothèse de la création d'un juge de la mise en l'état de l'enquête pénale. Il s'agit peut-être d'une proposition à creuser.

Surtout, nous pensons que, comme les services de Police, les magistrats sont en nombre insuffisant et ne peuvent pas eux-mêmes assurer une bonne exécution des règles de droit, notamment dans le cadre des enquêtes préliminaires, faute de temps et de moyens humains.

Également, et c'est essentiel, tous les enquêteurs vous le diront, et c'est du bon sens, il faut maintenir une absolue confidentialité lorsque des mis en cause sont suspectés et font l'objet de recherches en enquête préliminaire.

Il ne s'agit pas de nuire à leurs droits mais de travailler sereinement sur les dossiers et ne pas risquer de perdre de précieux indices ou éléments essentiels à la manifestation de la vérité.

Certains faits divers, là encore très à la marge, ont pu mettre en lumière des dysfonctionnements avec des fuites dans la presse avant même que les mis en cause soient « traités » et aient donc connaissance de l'enquête qui les visaient. Cela ne doit pas conduire à des règles procédurales qui leur seraient plus favorables et qui n'auraient pour conséquence que de nuire à l'enquête, aux droits des éventuelles victimes et plus généralement à la justice.

LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT :

SYNERGIE-OFFICIERS ne tient pas à se positionner sur cette thématique mais rappelle seulement qu'il est absolument nécessaire de maintenir la possibilité pour les services de police et de gendarmerie sous le contrôle d'un Magistrat, d'enquêter sur un avocat.

Les règles actuelles paraissent déjà protectrices. En rajouter pourrait revenir à rendre cette profession « intouchable » et à empêcher toute enquête même en cas d'infraction.

Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Questionnaire en vue des auditions et consultations

I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

Cet équilibre nous apparaît en effet répondre à ce jour à l'objectif de préservation tant de l'efficacité des investigations que des droits de la défense. La manifestation de la vérité et l'identification des auteurs d'infractions impliquent nécessairement la confidentialité d'un certain nombre d'actes d'enquête. Il est par ailleurs difficile d'aborder globalement la question sous le prisme de l'enquête préliminaire, cadre d'enquête qui concerne tant la délinquance de masse que la criminalité et délinquance organisée.

Les convocations adressées par les OPJ et APJ pour audition aux personnes mises en cause lors d'une enquête préliminaire mentionnent leurs droits dans le cadre de la procédure. C'est notamment le cas de la possibilité d'être assisté par un avocat lors d'une audition libre. Ces personnes sont également informées du régime (audition libre ou garde à vue) sous lequel se déroulera leur audition.

Les services d'enquête disposent pour le moment d'assez peu de recul sur les dispositions de l'article 77-2 du CPP qui semblent peu utilisées. Elles s'appliquent un an après la réalisation d'une confrontation ou une audition libre. La possibilité pour un mis en cause d'accéder, directement ou par l'intermédiaire de son avocat, à tout ou partie du dossier en cours d'enquête pose cependant un certain nombre de questions. Le filtre du parquet doit ainsi permettre d'éviter les pressions sur les témoins ou la disparition d'éléments de preuve. Certaines enquêtes préliminaires durent car elles présentent un caractère de complexité et informer un suspect de la nature des investigations ne peut dès lors que nuire aux chances d'élucidation de l'affaire.

On peut rappeler par ailleurs que dans la majeure partie des dossiers d'enquête préliminaire, le mis en cause n'est pas jugé immédiatement après la transmission de la procédure. Le délai entre la clôture du dossier et le jugement (de 6 mois à 1 an pour une COPJ) laisse le temps à la personne mise en cause de préparer sa défense avant l'audience.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

De nouvelles dispositions qui se traduiraient en contraintes supplémentaires pour les enquêteurs ne nous semblent pas utiles. Il est déjà prévu aujourd'hui dans le CPP un compte-rendu au procureur de la République au bout de 6 mois d'enquête préliminaire. Les magistrats du parquet sont les acteurs les mieux placés pour apprécier dans le cadre de leurs échanges avec les services d'investigation si la durée de traitement de chaque dossier est ou non justifiée. Si l'application effective de cette disposition est parfois compliquée, cela s'explique par le volume de procédures (parfois plus de 1 000 dans certaines BSU) à la charge de chaque enquêteur, notamment dans les services judiciaires des commissariats. Un alourdissement du CPP ne pourrait donc dans certains départements que difficilement se traduire concrètement faute de moyens humains alloués aux services enquêteurs et aux parquets. Le procureur a d'ailleurs déjà la faculté aux termes de l'article 77-2 du CPP de communiquer avec le mis en cause et la victime à tout moment s'il

¹ Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.

l'estime nécessaire. Puisqu'il est question du « seul contrôle » qu'il exercerait en enquête préliminaire, rappelons aussi que le JLD intervient de plus en plus pour autoriser les actes d'enquête les plus intrusifs (écoutes téléphoniques, perquisition ou saisie sans assentiment, durée dérogatoire de GAV...).

Il est important de souligner que la « durée parfois excessive de certaines enquêtes » ne s'explique pas par la mauvaise volonté des enquêteurs mais par leur charge de travail trop importante par rapport à leurs effectifs dans un grand nombre de services, surtout de premier niveau (SAIP et BSU voire sûretés départementales/territoriales). La judiciarisation croissante des rapports sociaux se conjugue avec la crise d'attractivité de la filière judiciaire désormais bien identifiée au sein de la police nationale. La croissance du volume des procédures est aussi alimentée par exemple par les plaintes avec constitution de partie civile faisant suite à des classements sans suite d'une infraction jugée non constituée par le parquet ou pour des faits ne constituant pas une infraction pénale... En outre, l'enquête préliminaire offre peu de possibilités de coercition aux enquêteurs par rapport à l'enquête de flagrance et à la commission rogatoire, ce qui entraîne parfois des investigations longues.

On peut relever aussi qu'une procédure qui dure n'est pas nécessairement synonyme d'atteinte aux droits des mis en cause, les policiers continuant à enquêter à charge et à décharge sous l'autorité du parquet. Les mis en cause, en enquête préliminaire, sont fréquemment entendus à la fin de la procédure. Leurs auditions sont dans ce cas suivies rapidement d'une décision judiciaire sur l'orientation de la procédure (défèrement, COPJ...). Les auditions rapides en début d'enquête sont souvent suivies de l'ouverture d'une information judiciaire. *A contrario*, c'est surtout pour les victimes qu'une enquête qui dure peut surtout s'avérer néfaste : préjudice non réparé, crainte vis-à-vis des mis en cause toujours présents, risque que l'auteur fasse de nouvelles victimes...

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Sauf à vouloir transformer le stade de l'enquête en travail juridictionnel de proximité, le juste équilibre nous semble déjà atteint comme nous avons pu le développer dans nos réponses qui précèdent. Une nouvelle complexification de la procédure pénale qui alourdirait les contraintes pesant sur les enquêteurs ne pourrait qu'alimenter la désaffection des fonctionnaires de police pour l'investigation. À l'image de la situation durant une instruction ou une procédure civile, davantage de contradictoire pourrait par ailleurs être synonyme de demandes d'actes dilatoires de la part de certains avocats. Le risque serait donc d'induire ainsi à rebours de l'effet recherché un nouvel allongement de la durée de traitement des dossiers, au détriment des victimes.

Sans nuire à l'efficacité des investigations, une possibilité pour les victimes ou les mis en cause de savoir au bout de 6 mois si l'enquête est toujours en cours pourrait toutefois être envisagée, sans consultation des pièces ni demande d'acte.

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

Nos collègues enquêteurs sont unanimes pour apporter une réponse négative à cette interrogation. Cet éventuel élargissement risquerait de vider de son sens la notion de secret de l'enquête avec pour corollaire des pressions accrues sur les victimes et les témoins. C'est notamment le cas pour les dossiers de viol (intrafamilial...) anciens qui approchent les délais de prescription.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Là encore, ce délai d'un an prévu actuellement par le CPP ne nous semble au regard des considérations déjà développées devoir être raccourci. S'il était ramené à 6 ou 9 mois, cela n'aurait pour conséquence que d'encombrer les greffes et cabinets des procureurs de la République, entraînant un retard accru dans le traitement des procédures. Avant tout, cela peut être préjudiciable à la sécurité des victimes et des témoins ou à l'objectif même de matérialiser les infractions.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au

cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Le procureur de la République est l'acteur majeur du contrôle par l'autorité judiciaire de l'enquête préliminaire, il est destinataire de comptes-rendus réguliers dont la fréquence dépend de la nature et de l'importance des investigations. Une hiérarchie existe au sein des parquets pour superviser leur bon fonctionnement dans l'accomplissement de ce suivi. Le JLD est également impliqué pour autoriser plusieurs actes. Le procureur général conserve en sus la possibilité d'intervenir s'il est saisi et d'adresser des demandes au parquet concerné. On peine donc à discerner la plus-value que constituerait l'intervention d'un nouvel acteur dans ce cadre.

La question des sanctions est quasiment vécue comme une provocation par des enquêteurs débordés qui croulent sous les dossiers et des injonctions contradictoires. Les parquetiers de nombreux ressorts sont d'ailleurs tout aussi démunis devant la masse de procédures qui leur incombe. Sanctionner les uns ou les autres pour les motifs envisagés n'aurait dans les conditions actuelles aucun sens. Il s'agirait d'un mauvais signal qui dégraderait encore l'attractivité des services d'investigation. Les OPJ font déjà aujourd'hui l'objet d'une double évaluation, par le parquet général qui les habilite et par leur hiérarchie administrative. Une sanction en termes de nullité de la procédure pénaliserait essentiellement les victimes. L'exemple des commissions rogatoires est parlant, les délais d'exécution initialement fixés sont souvent intenable et les enquêteurs sont amenés à solliciter leur prorogation auprès du juge d'instruction.

Plutôt que de pointer la responsabilité d'une chaîne pénale aujourd'hui embolisée, il est nécessaire de repenser globalement la procédure pour la simplifier et de mener à bien le chantier de la revalorisation du judiciaire au sein de la police nationale.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Il faut rappeler que dans le cas où le procureur de la République décide de renvoyer devant une juridiction de jugement une personne mise en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire, les avocats du plaignant et du mis en cause ont accès à la procédure. Ils peuvent au cours de l'audience demander des actes d'investigation complémentaires qui se traduiront en cas d'assentiment du tribunal par une commission rogatoire confiée à un service d'enquête. Le dispositif actuel apparaît donc déjà satisfaisant pour les mis en cause.

Pour les victimes, une réflexion pourrait être engagée sur les conditions de leur anonymisation lorsque le dossier le justifie. Elles pourraient également par un parallélisme des formes avec les mis en cause se voir ouvrir le droit à l'assistance d'un avocat lors de leurs auditions (et non uniquement lors des confrontations).

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

Il est essentiel de simplifier la procédure pénale afin que les enquêteurs puissent se concentrer sur la recherche de la vérité davantage que sur un formalisme procédural devenu étouffant. Une réflexion pourrait être menée dans ce cadre, en associant enquêteurs de terrain et magistrats, sur le développement de l'oralisation et l'unification éventuelle des cadres de la flagrance et de l'enquête préliminaire.

Les autorisations générales à réquisition devraient être rétablies, notamment pour l'obtention d'enregistrement vidéo, la réalisation d'exams médicaux et la sollicitation d'organismes publics. L'accès direct ou facilité des enquêteurs aux fichiers de certaines institutions (état civil, titres d'identité, CAF, CPAM...) serait d'ailleurs un gain de temps non négligeable. Les réponses tardives ou l'absence de réponse aux réquisitions contribuent à allonger les enquêtes. C'est notamment le cas pour les demandes d'entraide pénale internationale ou les réquisitions adressées à des sociétés étrangères. Dans le même esprit, l'article 78 du CPP pourrait être reformulé afin de permettre l'interpellation à domicile sans assentiment du mis en cause, éventuellement sur autorisation du JLD.

La diminution du nombre de dossiers à la charge d'un fonctionnaire demeure par ailleurs un levier incontournable et requiert un renfort substantiel en effectifs. Les parquets et les greffes doivent naturellement être renforcés de façon concomitante pour obtenir des avancées significatives.

Le système de médiation existant et le recours aux délégués du procureur pourraient par ailleurs être développés pour aider à désengorger la machine judiciaire. Leur périmètre et leur mode de saisine pourraient également être élargi. Certains litiges de basse intensité seraient ainsi traités plus rapidement et plus efficacement que par le biais d'une plainte, les victimes étant généralement intéressées par une réparation financière rapide de leur préjudice. Les enquêteurs auraient de leur côté davantage de temps à consacrer aux procédures en préliminaire les plus lourdes. Le recours à l'amende forfaitaire pour certains délits mineurs pourrait aussi être élargi si le bilan de l'AFD pour usage de stupéfiants s'avère positif en 2021.

Il conviendrait d'accorder plus de marge de manœuvre aux fonctionnaires de police accueillant le public pour orienter les déclarants dont la sollicitation ne relève pas du champ pénal vers la structure adéquate (médiation, prise d'une main courante...).

Enfin dans ce domaine également les services de police en charge des enquêtes devraient se voir déchargés de certaines tâches confiées aujourd'hui par les juridictions : notification d'actes au civil (convocation à une audience civile d'une juridiction étrangère...) pour éviter le recours à un huissier, enquêtes sociales, courriers de doléance des justiciables ne relevant pas d'une infraction pénale, demande de localisation d'une famille par un juge des enfants pour une AEMO alors qu'aucune infraction n'est commise, etc...

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?

Le secret professionnel de l'avocat nous semble en effet adéquatement protégé par les dispositions actuellement en vigueur. Si un avocat est mis en cause, l'enquête doit pouvoir suivre son cours. L'avocat bénéficiant déjà d'un régime particulier, il serait dangereux d'accroître cette protection au risque d'aboutir à une forme d'immunité de fait.

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

Non, il faut rappeler que le statut d'avocat ne concerne pas que des avocats pénalistes défendant des clients mis en cause dans une procédure judiciaire. Certains avocats fiscalistes par exemple peuvent être impliqués dans des infractions en matière fiscale et financière.

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale?

En cohérence avec les réponses précédentes, un tel régime constituerait à nos yeux un risque d'entraver les investigations, rendant beaucoup plus difficile la manifestation de la vérité.

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

L'avocat dispose aujourd'hui d'un dispositif suffisamment protecteur. Ainsi, l'avis au bâtonnier dès lors qu'une mesure coercitive est mise en œuvre nous interroge sur les risques éventuels de compromission du secret des investigations. Par ailleurs, le statut particulier accordé aux avocats ne s'est pas traduit par un renforcement des structures de contrôle de la profession.

D'une manière générale, l'intitulé et la composition de cette commission mise en place par le garde des Sceaux nous laissent dubitatifs quant aux orientations qui en seront issues. Les enquêteurs craignent qu'en ressorte un point de vue qui épouserait unilatéralement les demandes des avocats au détriment de l'efficacité des investigations. L'angle des questions évoque davantage les dossiers de grande criminalité financière que la délinquance de masse constituant l'immense majorité des enquêtes préliminaires en France. Le traitement des enquêtes préliminaires ne doit pas être paralysé à l'aune de la situation de quelques dossiers exceptionnels.

CONTRIBUTION

Alliance Police Nationale

*Commission relative aux droits de la
défense dans l'enquête pénale
et au secret professionnel de l'avocat*

Questionnaire en vue des auditions et consultations

Pour ALLIANCE POLICE NATIONALE, le préalable à toute modification de la loi sur l'élargissement des droits de la Défense et sur le renforcement de la protection du secret professionnel de l'avocat est d'évidence la simplification de la procédure pénale que nous attendons depuis des années. Alléger le travail des enquêteurs pour une meilleure réponse aux victimes tout comme le renforcement du statut de l'enquêteur et des effectifs d'enquête sont LES priorités.

Autant de sujet qui ont fait l'objet de promesses gouvernementales pour l'heure jamais satisfaites. Nous faisons ce préalable avant l'aboutissement d'un nouveau projet de loi : Rien ne doit venir alourdir la charge déjà conséquente du policier enquêteur.

Néanmoins, nous vous présentons nos éléments de réponses aux questions posées.

I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

➤ *Concernant l'équilibre entre le respect des droits de la Défense et l'efficacité de l'enquête, l'article 77-2 paraît suffisamment protecteur en permettant au mis en cause après demande au Procureur de consulter le dossier.*

Néanmoins, l'enquête préliminaire n'a pas vocation à durer.

A ce titre, il conviendrait peut-être de distinguer entre les affaires : celles qui représentent la plus grande part dont la peine encourue est inférieure à 5 ans et celles moins nombreuses mais plus lourdes dont la peine encourue est égale ou supérieure à 5 ans.

Ainsi, pour les affaires dites « de masse » (peine < à 5 ans) fixer une durée d'enquête maximale de 2 ans prolongeable d'un an à la demande de l'OPJ et sur autorisation du Procureur paraît opportun (cette préconisation figurait déjà dans le rapport BEAUME/NATALI de janvier 2017 rédigé dans le cadre des Chantiers de la Justice page 16).

A l'issue de ces 2 voire 3 ans d'enquête, soit l'enquête est clôturée par une COPJ soit des investigations doivent se poursuivre alors l'enquête se déroulera par une ouverture d'information. Ces seuils sont le minimum que l'on puisse adopter compte-tenu de l'engorgement des Services : 1,7 millions de dossiers sont aujourd'hui en souffrance sur les bureaux des enquêteurs !

Pour les affaires dites « lourdes » qui nécessite des investigations plus poussées, les limiter dans le temps nous paraît inopportun. Cependant, prévoir un droit d'accès à l'information (permettre au mis en cause de savoir ce pourquoi il est suspecté ou qu'il ne l'est plus peut être envisagé dans les mêmes délais que précédemment (2ans). Ce droit n'est pas un droit à l'accès complet du dossier mais simplement un droit à l'information. Cette demande sera tranchée par le Procureur de la République. En cas de refus un recours auprès du Procureur Général serait possible. Les voies de recours doivent être opérées par le Procureur Général et non le JLD par souci d'efficacité, de disponibilité et d'équilibre dans la procédure.

Les infractions liées au terrorisme et à la criminalité organisée doivent impérativement échapper à cette règle si elle est retenue.

*Compte tenu du volume représenté par ces dossiers préliminaires, il serait intéressant de prévoir dans l'article 61-3 du CPP **un délai de carence** concernant la présence de l'avocat au-delà duquel, l'enquêteur ne sera plus obligé d'attendre la venue de l'avocat pour la poursuite de ses actes notamment au cours de la garde à vue. Ce délai serait de 2h. En cas d'attente, ce délai devrait être rajouté à la durée de la garde à vue.*

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

➤ *Le Procureur de la République fixant à l'OPJ la durée au cours de laquelle l'enquête préliminaire doit être effectuée avec prolongation possible et étant informé dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction suffit à préserver les droits des personnes mis en cause.*

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

➤ *Renforcer le contradictoire donc les droits de la défense sans pour autant SIMPLIFIER la procédure pénale et notamment pour les enquêtes préliminaires risque de DESEQUILIBRER une nouvelle fois l'enquête judiciaire. Ce préalable est absolument nécessaire.*

Aujourd'hui, nos collègues croulent sous les procédures :

Exemples : Suresnes : 8000 dossiers pour 10 enquêteurs soit 800/personne

Toulouse GAJ Nord : 15 000 dossiers pour 26 enquêteurs soit 577/personne

Val de Reuil BSU : 7350 dossiers pour 15 enquêteurs soit 490/personne

Et cette liste n'est pas exhaustive (Cf cartographie jointe).

Personne ne s'interroge sur les causes d'une durée d'enquête jugée trop longue. Cette question mérite pourtant d'être posée.

Il n'est donc pas nécessaire aujourd'hui de renforcer les dispositions des articles 75-1, 75-2 du CPP qui prévoit et encadre les débats contradictoires dans un temps relativement court à compter de l'identification de l'auteur.

Il suffit de répondre aux causes de cette problématique et ne pas se pencher exclusivement sur les conséquences.

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

➤ *L'article 77-2 du CPP ne doit absolument pas être élargi.*

Dans les faits, et pour les procédures « de masse », il est très rare qu'une enquête soit transmise un an après dans la mesure où l'audition du mis en cause est bien souvent l'un des derniers actes réalisés par l'OPJ.

Un élargissement de la consultation de la procédure autre que par le mis en cause (ou son avocat) ne serait pas opportun et pourrait être contraire au secret de l'enquête.

*A force d'élargir les possibilités de consultation autant tourner la page de notre système judiciaire de type **inquisitoire** pour se tourner vers un **système mixte** (à l'italienne ou à l'allemande par exemple : l'enquête préliminaire est conduite par le Procureur avec à ses côtés un Juge de l'enquête préliminaire ; La défense peut conduire ses propres investigations ; à la fin de l'enquête le dossier est communiqué aux parties) ou un **système accusatoire** à part entière (Ex : Etats-Unis ou Royaume-Uni).*

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

➤ *Compte-tenu des difficultés rencontrées par les enquêteurs mais également par les Magistrats dans l'accomplissement de leurs missions raccourcir le délai d'un an prévu à l'article 77-2 ne semble absolument pas opportun.*

Raisonné de la sorte uniquement pour satisfaire certains dossiers à résonnance « politico-médiatique » nous paraît dangereux pour la préservation de l'enquête pénale et des intérêts des victimes. Il faut donc dissocier les dossiers selon le seuil de la peine encourue (Cf question 1).

*Raccourcir ce délai représenterait aussi **une pression supplémentaire sur les enquêteurs** qui doivent travailler parfois sur plusieurs centaines de dossiers à la fois.*

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

➤ *L'encadrement de la durée de l'enquête préliminaire par le Procureur de la République Art. 75, lui-même sous la surveillance du Procureur Général nous paraît satisfaisant.*

Concernant l'OPJ, dans le cadre d'une enquête d'office, est tenu de rendre compte au Procureur dans un délai de 6 mois et sans délai dès l'identification du suspect : là aussi les termes du CCP sont suffisamment protecteurs.

Ce contrôle s'il est confié à un Juge sous-entend que l'enquête préliminaire laisse la place après un certain délai à une ouverture d'information. Pour cela il faudrait former plus d'OPJ et donc rendre attractive la filière par simplification réelle de la procédure pénale et non continuer dans la voie qui est la nôtre aujourd'hui que d'introduire plus massivement la présence de l'avocat dans l'enquête préliminaire sans jamais rééquilibrer la procédure qui va in fine devenir **IMPOSSIBLE**.

Les victimes apprécieront.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

➤ *Invoquer le droit des plaignants pour justifier l'exercice accru des droits de la Défense est singulier.*

Le premier des droits de la victime serait de pouvoir bénéficier d'un avocat commis d'office, d'un conseil et d'un accompagnement adapté et digne et d'une assistance. La victime est complètement absente au cours de l'enquête.

Les plaignants et les victimes ne souhaitent que voir leur procédure aller au bout. Or, en permettant l'élargissement des droits de la Défense sans donner les moyens à l'enquêteur (juridiques, simplification des actes, ...) cela aura pour conséquence de protéger encore un peu plus le mis en cause.

On peut « comprendre » (ironie) cette volonté quand le mis en cause est une personnalité connue du monde « politico-médiatique » mais le législateur ne produit pas des Lois pour certaine catégorie de personnes selon que vous soyez riches ou puissants mais s'adresse à tous.

Ainsi, pour répondre à une éventuelle problématique concernant une infime partie des procédures, le législateur serait-il prêt à déshabiller notre édifice judiciaire déjà bien chancelant ? La dissociation des contentieux (critère du seuil de la peine encourue) serait donc la piste à envisager dans le respect des limites développées supra.

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

➤ *Pour améliorer l'efficacité des enquêtes judiciaires, on peut se poser dans un premier temps la question **des cadres d'enquêtes** : maintenir 2 et non plus 3 cadres d'enquêtes serait un pas en avant vers une simplification de la procédure : ne conserver que l'information judiciaire et mixer les deux autres cadres d'enquête pour ne former qu'un seul que l'on propose de dénommer « **l'enquête générale** » (comme nous avons pu le proposer dans le cadre de nos entretiens sur les chantiers de la Justice page 15).*

*Dans un deuxième temps, il faudrait **restreindre la judiciarisation** extrêmement chronophage, et/ou de prévoir un **mécanisme rapide pour procéder à des classements sans suite** facilités pour désengorger non seulement les services d'enquête mais aussi les Parquets.*

*Plus simplement, **réduire la charge** pesant sur les services d'enquête qui ne répond pas au Code Pénal et **condamner efficacement** les auteurs d'infractions.*

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l’avocat

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l’enquête préliminaire, l’enquête de flagrance et l’instruction, le secret professionnel de l’avocat qui est mis en cause dans le cadre d’une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?

➤ *Toute ressemblance avec une personne connue ou une affaire en cours serait-elle fortuite ? Le secret professionnel de l’Avocat est suffisamment protégé en Droit français : Concernant **la perquisition**, seul le Magistrat peut réaliser ces opérations en la présence du bâtonnier qui vise également toutes les pièces saisies. Il faut rappeler que sont de droit exclues les saisies incidentes à l’enquête.*

*On pourrait toutefois instaurer **une voie de recours** lorsque la saisie d’une pièce est contestée par le bâtonnier auprès du Procureur Général. Concernant **les interceptions**, elles restent subordonnées à l’accord du Procureur et du JLD. Le bâtonnier est dans l’obligation d’être informé d’une telle mesure.*

*La question se pose peut-être pour **les fadets** qui échappent à l’autorisation du JLD. Mais qu’elle est le statut juridique de cet élément d’enquête dans le cadre des professions soumis au secret professionnel ? Doivent-elles être assimilées à une écoute ? Nous ne le pensons pas. Sont-elles systématiquement autorisées par le Procureur ? Cela aboutirait à un énième alourdissement de la procédure alors que l’objectif est de la simplifier.*

Cette question s’adresse aux avocats mis en cause : aucun mis en cause n’est traité ni protégé de la sorte dans le CPP hormis le Président de la République en exercice.

Ces dispositions sont donc de nature à protéger le secret professionnel de l’Avocat de manière suffisante.

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

➤ *Il n’y a aucune raison à modifier pour renforcer les dispositions déjà inscrite dans le CPP. Il faut bien distinguer pour l’avocat entre ses **activités de défense** qui doivent et qui sont déjà bien protégées par le CPP de ses **activités de conseil** qui ne doivent absolument pas entrer dans ce champ de protection. Il ne faut absolument pas faire d’amalgame entre ces deux versants du métier d’avocat si ce n’est à rendre quasi-« intouchable » l’avocat hormis le cas d’un délit flagrant. La limite entre le conseil et le « hors la loi » peut être fine dans certaines affaires de blanchiment par exemple. L’intégrité ou l’absence d’intégrité dans certains cas ne doit pas pouvoir se justifiée et être protégée par le secret professionnel.*

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?

➤ *Quel que soit la personne visée par une enquête, tous les moyens d'investigation doivent être donnés aux enquêteurs dans le respect des règles liées au secret professionnel de l'Avocat précitées.*

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

➤ *Pour les victimes et pour les enquêteurs, il faudrait revoir le régime des nullités substantielles en matière pénale afin d'éviter l'annulation d'une procédure entière. Seul l'acte incriminé doit être écarté et non l'ensemble de la procédure.*

L'INVESTIGATION SECURITE PUBLIQUE ASPHYXIEE

A TRAVERS CES QUELQUES EXEMPLES PARMIS TANT D'AUTRES, HORS FLAG ET PARTOUT EN FRANCE LE CONSTAT EST SIMPLE :

L'investigation croule sous les dossiers, les enquêteurs sont dans le gouffre dans la plus totale indifférence.



ALLIANCE POLICE NATIONALE REAFFIRME :



- La simplification procédure pénale.
- Une prise de conscience du pouvoir judiciaire.
- Une juste reconnaissance de l'investigation.



ALLIANCE POLICE NATIONALE
RENOUVEAU DÉTERMINATION EXIGENCE

La Section Nationale Province

Le 19 Janvier 2021

COMMISSION RELATIVE AUX DROITS DE LA DÉFENSE
DANS L'ENQUÊTE PÉNALE ET AU SECRET
PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Dans la lettre de mission à la Commission, parmi tous les objectifs cités, l'un d'entre eux a tout particulièrement attiré notre attention. En effet, M. Le Garde des Sceaux demande à ce que toute recommandation ou proposition ne vienne pas « accroître la complexité procédurale de l'enquête ».

Ce principe est primordial pour UNITÉ SGP POLICE. Il n'est plus possible, selon nous, d'alourdir la charge procédurale des enquêteurs. La filière Investigation de la Police Nationale traverse depuis de nombreuses années une crise des vocations qui devient aujourd'hui préoccupante pour notre institution.

Si plusieurs causes ont été identifiées, la complexité de la Procédure Pénale est probablement la principale. La Loi Justice 2018-2022 a douché les espoirs qu'elle avait pourtant fait naître dans les rangs des enquêteurs. Aujourd'hui, toute modification du Code de Procédure Pénale est scrutée avec attention, et est source de crainte parmi les Officiers et Agents de Police Judiciaire des services d'Investigation que nous représentons.

L'Enquête Préliminaire est le quotidien d'une grande majorité de nos collègues. De plus en plus de Parquets privilégient ce cadre d'enquête à l'ouverture d'informations judiciaires, dès lors que les infractions et/ou affaires le permettent, évitant ainsi l'engorgement des cabinets d'instruction, déjà surchargés. Le contentieux de masse se traite essentiellement dans le cadre de l'Enquête Préliminaire, et les bureaux encombrés débordent de dossiers qui ne sauraient souffrir d'une complexification procédurale supplémentaire.

En responsabilité, UNITÉ SGP POLICE n'entend pas s'opposer au droit de la défense, ou à tout droit pouvant bénéficier à l'auteur ou à la victime, mais souhaite attirer l'attention de la Commission, puis du Législateur, sur l'état des services d'investigation. L'Enquêteur, premier maillon du procès-pénal, ne sera pas en capacité de voir aujourd'hui les règles de forme alourdir son quotidien.

Yann BASTIERE
UNITÉ SGP POLICE
Délégué National
en charge de l'Investigation



Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Questionnaire en vue des auditions et consultations



I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

En l'état, ces dispositions nous semblent largement suffisantes, et aucune remontée de terrain ne laisse penser à une nécessité de les faire évoluer. D'autre part, combien d'enquêteurs s'inquiètent aujourd'hui des délais induits par le cadre de ces articles ? Combien d'enquêteurs se sont vus rappeler à l'ordre par les Parquets ? Nous traitons là d'une problématique très à la marge. Au vu du nombre de dossiers traités en matière préliminaire, et notamment pour le contentieux de masse (ex. atteintes aux biens), nous pensons que les textes en vigueur suffisent. Une charge procédurale supplémentaire n'est plus envisageable pour les services de police.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

Comme évoqué ci-dessus, sans vouloir faire obstacle au droit de la défense, il nous semble que les textes en vigueur sont amplement suffisants. Dans les faits, combien d'enquêteurs respectent les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP ? Les Parquets, notamment ceux implantés sur de grosses juridictions, déjà submergés par la gestion du flagrant délit, seraient-ils en capacité de gérer les avis des enquêteurs respectant les délais prescrits ? Enquêteurs et magistrats s'accommodent fort bien aujourd'hui des textes en vigueur. Par la force des choses, la réalité du terrain l'emporte sur la norme.

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Magistrats et enquêteurs seront-ils en capacité d'intégrer un renforcement des dispositions des articles précités ? Nous ne le pensons pas. Les tensions dues au manque de moyens humains, tant du côté Police, que du côté Justice, seraient exacerbées. Si l'objectif n'est pas discutable, nous n'avons pas les moyens de nos ambitions.

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

Aucune réponse à cette question

¹ Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Ne perdons pas de vue que l'Enquête Préliminaire est très contraignante pour l'enquêteur. Très encadrée par les textes, de nombreux actes sont soumis à autorisation du Procureur de la République (ex. réquisition, perquisition...), ce qui induit des délais de réponse qui peuvent parfois être longs. Le temps est l'ennemi de l'enquêteur en matière préliminaire. Réduire les délais impacterait notablement l'efficacité des services de police et le service rendu à l'Autorité Judiciaire.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Dans quelle mesure le Parquet va-t-il être en mesure de contrôler plus qu'aujourd'hui la durée des enquêtes en matière préliminaire ? En a-t-il les moyens ? Les textes en vigueur sont déjà des pare-feux nécessaires à toute dérive. Ils permettent aux magistrats, mais également aux enquêteurs, de tenir des délais raisonnables que sont en droit d'attendre les justiciables. Ce qui paraît plus inquiétant pour des représentants du personnel, c'est le concept de sanction. Bien entendu, des manquements délibérés à la procédure doivent pouvoir être réprimés. En revanche, envisager de sanctionner un enquêteur qui n'aurait pas été en mesure de respecter les délais nous paraît **inconcevable**. La charge mentale qui repose aujourd'hui sur les enquêteurs est déjà lourde, notamment au vu des volumes de dossiers à traiter. Si maintenant la sanction est vu comme un levier d'efficacité, gageons que nombre de nos collègues s'éloigneront progressivement de la chose judiciaire ou attendront d'être sanctionnés pour voir leur habilitation OPJ suspendue ou annulée.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Aucune réponse à cette question

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

Concernant l'Enquête Préliminaire, du côté des enquêteurs, les propositions sont multiples. Elles ne sont bien entendues pas dans « l'air du temps », et n'ont qu'une seule visée : redonner un sens à leur mission. Aujourd'hui le format de l'enquête préliminaire supporte de moins en moins les nouvelles formes de délinquance. Dans notre société numérique, tout va plus vite, et les limites qu'imposent ce cadre d'enquête ne sont plus compatibles avec l'enquêteur moderne. Certes, le respect des Libertés Individuelles est un des socles de notre démocratie, et l'Autorité Judiciaire en est garante. En revanche, il est temps de se poser les bonnes questions sur les moyens à la disposition de l'enquêteur. Nos collègues comprennent de moins en moins qu'on leur demande de courir un 100 mètres avec des boulets attachés à chaque pied.

Des pistes avaient été explorées pour rapprocher le Flagrant Délit et l'Enquête Préliminaire, deux cadres d'enquête placés sous le contrôle du Procureur de la République. Dans l'Enquête Préliminaire, les enquêteurs souffrent de l'absence de coercition et du manque de réactivité parfois nécessaire dans certains dossiers. Même si magistrats et enquêteurs tentent d'avancer dans le même sens, les freins propres à ce cadre d'enquête vont souvent à l'encontre de l'efficacité et de la résolution des affaires. Réquisition, perquisition, contrainte sont autant d'outils que l'enquêteur devrait pouvoir utiliser avec plus de rapidité, tout en respectant les dispositions du Code de Procédure Pénale.

Nous n'évoquons là que quelques pistes, mais la réforme de la Procédure Pénale est un chantier qu'il faudra à terme envisager dans sa globalité. Augmenter aujourd'hui la charge procédurale de l'enquêteur nous paraît particulièrement dangereux

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l’avocat

UNITÉ SGP POLICE, représentant les enquêteurs du Corps d’Encadrement et d’Application de la Police Nationale, ne souhaite pas se positionner sur la protection du secret professionnel de l’avocat. Chaque Officier de Police Judiciaire à connaissance du statut particulier de l’avocat dans le cadre de la Procédure Pénale, notamment en ce qui concerne les perquisitions et les interceptions de correspondance émises par voie électronique.

Comme l’évoque le Garde des Sceaux dès les premières lignes de sa lettre de mission, le respect des droits de la défense a valeur constitutionnelle et ne souffre d’aucune discussion. L’avocat bénéficie au cours du procès pénal d’une protection liée à l’exercice de sa fonction, les textes en ayant fixé les contours.

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l’enquête préliminaire, l’enquête de flagrance et l’instruction, le secret professionnel de l’avocat qui est mis en cause dans le cadre d’une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?
2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?
3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l’avocat vous paraît-il devoir être institué pour d’autres actes d’investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale?
4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l’enquête et dans celui de l’instruction préparatoire ?



Paris, le 18/01/2021

Réponses au questionnaire en vue des auditions et consultations de la Commission MATTEI.

Avant-propos : Nous avons adressé le questionnaire à un public policier test. À ce jour un seul retour complet. Les réponses sont mentionnées sous l'écriture 1/ et 2/.
Explications possibles : **Résignation, colère, incompréhension.**
Deux points semblent synthétiser les opinions exprimées verbalement :
Simplification et manipulation

a) Simplification de la procédure :

Depuis les années 2000 et la loi GUIGOU, les policiers de l'investigation ont toujours appliqué les nouvelles directives. Les OPJ ont exprimé clairement leur niveau d'exaspération à l'égard de textes législatifs qui, sous couvert de simplification de la procédure pénale, ont pour conséquences non seulement de complexifier leur travail et d'augmenter les tâches indues mais également de renforcer les droits des mis en cause en déséquilibrant totalement le droit inquisitoire à la française.

Les policiers d'investigation ont été particulièrement conciliants depuis ces quinze dernières années. Ils ont absorbé des réformes allant dans le sens unique du contradictoire, imposées par les directives européennes et confirmées par la jurisprudence du Conseil d'État.

A chacune de ces réformes, ils ont constaté un alourdissement de la procédure, un accroissement du contrôle *à priori* de leurs actes, et de nouvelles difficultés pour établir leurs procédures. Souvent ils ont considéré que ces directives étaient des remises en cause de leur probité et de leur intégrité mais, policiers républicains, ils ont toujours exécuté.

b) Manipulation ?

Nos collègues s'interrogent sur une réelle prise en compte du questionnaire. S'agit il d'un « habillage de consultation » ou d'une réelle prise en compte des réponses apportées ? Leurs interrogations reposent sur :

1/ La composition des membres de la commission Mattéi : huit avocats, un seul policier (Directeur de son état), six magistrats, un gendarme.

2/ Les questions sont extrêmement orientées. Elles impactent principalement les enquêtes complexes (criminalité organisée) et les enquêtes financières.

3/ Utilisé le contradictoire (liberté fondamentale) dans le cadre d'une profession marchande pour conquérir un nouvel espace (marché) reste insupportable au regard de l'esprit et des moyens du service public.

4/ La notion d'équilibre est une notion complexe. Équilibre pour qui ?

Conclusion :

Les enquêteurs sont conscients de l'impact d'une évolution de la procédure pénale en alourdissant le volet contradictoire. Une crainte sourde qui donnera lieu à des conséquences pour les OPJ.

1^{re} Partie – Élargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire :

Question I : sur l'équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de certaines enquêtes notamment celle de plus d'un an

Réponses déjà recueillies :

1/ A - OUI (sec)

2/ X - Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire n'ont pas d'intérêt à être modifiées ni dans sa forme ni dans sa durée. Les droits de la défense ont déjà été suffisamment renforcés notamment par la présence de l'avocat possible durant les auditions libres ce qui a alourdi les délais d'enquête, le droit de quitter les locaux à tout moment. Des actes d'enquête primordiaux en préliminaire comme les perquisitions sont déjà soumis à autorisation de la personne soupçonnée ou mise en cause, pourquoi mettre encore plus de barrière à l'enquête.

Notre réponse : Cette question pointe évidemment **certaines enquêtes de plus d'un an, soit les enquêtes complexes** (Crime Org et enquêtes financières). La première réponse est oui au sens où l'évolution du contradictoire a atteint son maximum. Mais on pourrait également répondre non en expliquant que les évolutions déjà consenties ont créé un déséquilibre en faveur de la défense.

Mais pour aller plus loin, qu'est-ce qui se joue ici ? C'est la remise du dossier d'enquête à l'avocat lors de la GAV : transposition de la directive du 22 octobre 2013 du Parlement européen. Pour mémoire, le principe avait été entériné par le SÉNAT avant d'être retoqué en 2016.

Pour définir cet équilibre, deux commissions présidées par des magistrats avaient rendu leur rapport. Le premier, sous la plume de Jean-Louis NADAL, était destiné à « refonder le ministère public » (nov. 2013). Le second, confié à Jacques BEAUME, était plus généralement consacré à la procédure pénale (juill. 2014). Pour mémoire, l'UNSA POLICE a participé à l'ensemble des travaux de ces commissions.

« Entre la phase d'enquête, consacrée au recueil et à la constitution des preuves, et qui n'est pas d'une nature absolument juridictionnelle mais qui n'exclut pas une ouverture mesurée et graduelle aux droits de la défense, et la phase juridictionnelle, où le débat contradictoire DOIT être total . C'est dans cette distinction que réside l'équilibre recherché, en permanence et par tous, entre la protection collective de nos concitoyens contre le crime, et la liberté individuelle de la personne poursuivie . Ouvrir l'entier dossier à ce stade, qui n'est encore que d'enquête, compromet, par essence, cet équilibre en transformant la garde à vue en premier débat judiciaire, voire juridictionnel, dont il serait du reste plaisant de souligner qu'il n'aurait même pas lieu devant un juge ! »

Question II : Durée et déroulement des enquêtes préliminaires est sous le seul contrôle du PR, mérite-t-il d'être renforcé ?

Réponses déjà recueillies :

1/ A - En pratique lorsqu'un magistrat du parquet vous saisit d'une instruction (note parquet), il précise un délai. Charge à l'enquêteur de l'aviser de l'avancée de l'enquête. Un tel avis conduit souvent à la poursuite des investigations si aucun mis en cause n'a été identifié dans le temps initialement prévu. A quoi servirait qu'un avocat soit avisé (si c'est l'option envisagée) dès lors qu'un mis en cause a été identifié dans une enquête préliminaire alors même que l'enquêteur n'a ni convoqué, ni auditionné ce dernier ? L'avis au magistrat du parquet est suffisant. La situation actuelle ne porte pas atteinte aux droits de la défense des personnes mises en cause. Il n'y a pas de durée excessive d'une enquête préliminaire.

2/ X - L'enquête préliminaire est placée sous le contrôle du procureur de la république et doit le rester. Pas de nécessité à modifier cela.

Notre réponse :

Ce qui semble se jouer ici, c'est de remettre en cause le contrôle du Procureur sur la durée et le déroulement de l'enquête. En d'autres termes, raccourcir le délai des enquêtes préliminaires, partager le pouvoir des magistrats, faire des recours dans le déroulement des enquêtes. Les avocats souhaitent élargir leurs prérogatives sur l'enquête encore une fois. Cela reprend la réponse 1 et la phase d'enquête qui n'est pas juridictionnelle.

Personne ne peut nier la durée de certaines enquêtes (principalement les enquêtes complexes (crimes organisés, enquêtes financières). Il est comique de penser que la complexification, le manque de moyen tant dans la police qu'en justice a contribué à allonger le délai des enquêtes et que la solution sous entendue est de complexifier davantage.

L'autre élément qui ne manque pas de piquant est que l'avocat lui-même est un facteur important de la durée des procédures (Durée de son arrivée, éléments de procédures, avis,...)

De nombreux points (non exhaustifs) méritent un développement :

- Un recours contre les décisions ordonnant ou autorisant certaines investigations ?
- La situation du procureur de la République durant l'enquête ou la mise en état
- L'évolution du pouvoir du Juge des libertés et de la détention.

Question III : Le renforcement du contrôle résulte-t-il d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Réponses déjà recueillies :

1/ A - La durée de l'enquête est-ce qu'elle est et déjà encadrée. La défense veut avoir accès au dossier pour faire perdre à l'enquêteur tout effet de surprise. Le contradictoire signifie la défiance du corps avocat envers les enquêteurs. L'enquête est à charge et à décharge même en préliminaire. Je ne présenterai mes actes d'enquête que sur l'autorisation écrite du magistrat.

2/ X - Aucune nécessité d'alourdir plus encore la procédure.

Notre réponse :

L'augmentation du contradictoire dans l'enquête préliminaire exercera une pression supplémentaire sur l'ensemble des acteurs dont les enquêteurs. Elle aboutira à une augmentation de la désaffection, à une démobilisation qui semble se renforcer. La résignation des enquêteurs impacte de plus en plus sur le processus judiciaire. La situation des magistrats n'est pas mieux.

La seule marge de manœuvre pour améliorer le contrôle sur la durée et le déroulement de l'enquête est d'en améliorer les moyens (effectifs), la qualité des enquêtes au niveau du parquet (tri – solutions), la simplification des procédures et limiter les charges indues.

La délégation des tâches de contrôle à l'avocat ou au JLD n'aboutirait qu'à une surcharge et un coût économique pour la société.

Proposition UNSA POLICE :

1/ Nommer au sein des parquets, des enquêteurs spécialisés (chevrons) évaluant l'opportunité des poursuites laissant au magistrat l'arbitrage définitif. Des volumes importants de dossiers sont adressés aux services spécialisés sans réel intérêt pour l'enquête (dossier dilatoire, dossiers fiscaux sans suite, dossier de probité sans suite). Ou bien nommé des magistrats retraités sur une subdivision pour trier les dossiers.

2/ La judiciarisation galopante doit faire l'objet d'une réflexion pour limiter le nombre de plaintes. Ce travail a déjà commencé avec les propositions des OS dont celles de l'UNSA POLICE. Elle doit se renforcer.

3/ Fin des charges indues pour les enquêteurs.

4/ Simplification de la procédure : cette simplification doit tendre vers le métier d'enquêteur et le décharger des contraintes procédurales. L'article 14 du CPP et rien que cet article. Retrouver du sens.

Question IV : Compte tenu de l'accès au dossier de la procédure un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

Réponses déjà recueillies :

1/ A – Non.

2/ X – Pas la peine d'élargir ce droit.

Notre réponse :

Bien évidemment le NON l'emporte. La question est pleine d'humour. Comme les avocats ont accès au bout d'un an à la procédure, pourquoi ne pas avoir accès plus tôt, voire au début.

On doit reconnaître que sur les petites procédures, l'incidence de la remise du dossier à l'avocat n'a que très peu d'effet. Par contre, les **conséquences sont très différentes pour les autres affaires de criminalité organisé, financière.**

Alors pourquoi ne pas donner l'accès à l'intégralité du dossier ?

- **Risques de compromission de l'enquête et de la nécessaire identification des auteurs en vue de leur défèrement à la justice** Or la puissance des moyens mis en œuvre par ces groupes criminels, puissance financière, technologique, juridique, organisationnelle, rend indispensable que des moyens corrélatifs puissent être mis en œuvre par la procédure pénale pour leur neutralisation. A ce stade et devant ces enjeux, l'assistance telle qu'aujourd'hui aménagée de l'avocat, mais sous les réserves qui seront ultérieurement formulées, paraît un compromis fondamentalement acceptable.
- La **notion de stratégie d'enquête** consiste, non pas, contrairement à telle ou telle imputation de déloyauté ou de mauvaise foi des enquêteurs, à mentir ou à « bluffer », mais bien à dérouler les éléments de preuves selon une progressivité intellectuelle qui permet de construire l'enquête, en confrontant graduellement les charges et les déclarations du mis en cause, en présence de l'avocat chargé de prévenir tout excès susceptible de constituer une pression, une contrainte ou une menace . Cette audition en garde à vue, qui n'est plus faite pour conduire nécessairement à un aveu, peut même être, parfois sur les conseils de l'avocat, un temps de réflexion ou de spontanéité, parfois de repentance, de la personne mise en cause qui peut lui être également favorable pour l'efficacité de sa défense.
- Une ouverture générale donnerait à craindre, outre **une surcharge des policiers et magistrats**, des demandes tellement fréquentes et répétées de dérogations qu'elles conduiraient, soit à des rejets de principe, soit, à l'inverse, à des autorisations aussi formelles que systématiques, au **risque de dénaturer la disposition légale**. Enquête menacée, contentieux permanent ou inapplication du droit ne manqueraient pas de résulter de cette situation d'ouverture intégrale des pièces du dossier.
- Une distinction capitale entre la phase d'enquête et la phase juridictionnelle.

Question V : Accès au dossier aux personnes mis en cause dans un délai plus court

Réponses déjà recueillies :

1/ A — *Non et j'ajoute que si l'avocat a l'autorisation du magistrat pour consulter la procédure en cours de son client, il se déplacera dans le service de police et pourra consulter la procédure pendant maximum une heure, sur rendez-vous préalable, en présence de l'enquêteur.*

2/ X — *Arrêtons de vouloir mettre des bâtons dans les roues des enquêteurs. – Les délais d'enquête sont déjà très longs du fait d'un manque d'enquêteurs, si en plus l'accès à la procédure est donnée rapidement aux mis en cause autant arrêter de faire des enquêtes. Tous les moyens ne sont pas donnés aux services enquêteurs si en plus on communique les éléments du dossier (preuves) concernant le mis en cause tout de suite après l'ouverture du dossier alors autant supprimer les services d'enquête.*

Notre réponse : ingérable

Question VI : Concernant l'encadrement de la durée de l'enquête préliminaire non seulement par le procureur de la république mais également par le procureur général et confié dans un second temps à un juge. Ce contrôle de la durée pourrait générer des sanctions ?

Réponses déjà recueillies :

1/ A — *Soit le PR soit le PG par les deux. L'enquête préliminaire ne concerne pas le juge à proprement parler. (ERREUR LE JLD PEUT INTERVENIR). Les dispositions actuelles sont nécessaires. Le JLD intervient déjà dans certains actes d'enquête. Les sanctions administratives existent déjà.*

2/ X — *Pourquoi encore compliquer la chose en ajoutant des paliers de contrôle. Ça ne ferait que ralentir encore les investigations. Les juges ont déjà leur lot de travail, laissons les tranquille. Pour qui les sanctions ?*

Notre réponse :

Des sanctions à l'encontre de qui ?

Question VII : Quelles sont vos propositions afin d'élargir le droit des plaignants et des mis en cause aux cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Réponses déjà recueillies :

1/ A — *Contrôler la durée de l'enquête c'est la tuer au détriment du plaignant et donc en faveur des mis en cause. Un plaignant qui contacte un enquêteur est renseigné. Rare sont les plaignants qui estent en justice par plaisir. Le mis en cause a des droits et ces droits sont appliqués au cours de l'enquête.*

2/ X — *Auparavant la loi expliquait que le plaignant devait apporter les preuves de l'implication d'un auteur. Cette loi a été inversée pour devenir « la victime peut déposer plainte contre un auteur même sans en avoir de preuve » Pourquoi ne pas revenir sur ce principe. Cela éviterait la multiplication de plaintes sans fondement ou fausses et ferait gagner du temps aux enquêteurs.*

Le mis en cause a déjà énormément de droit mais a oublié qu'il avait d'abord des « obligations ». Arrêtons de se concentrer sur les droits des auteurs mais plus sur ceux des victimes.

Notre réponse :

Cette question est fondamentale. Nous pourrions souligner qu'en l'état de la procédure le plaignant est de moins en moins certain d'obtenir réparation. Cette situation s'explique par de multiples façons et l'une d'elle repose sur la capacité des forces de police à faire son travail, à investir pour trouver des indices, des preuves et à confondre les auteurs. Or le contradictoire nécessaire tend vers une paralysie du système alors qu'elle est sensée équilibrer les débats. Sauf que dans la phase d'enquête, il n'y a pas de débat juridictionnel. Sans hystériser la situation, la criminalité en augmentation et les budgets en diminution demandent une prise de conscience sur l'efficacité de la procédure et sur les coûts de celle-ci.

Proposition UNSA POLICE

La présence de l'avocat doit servir, comme l'a expliqué la commission BEAUME, à la protection du mis en cause contre une auto-incrimination.

Rien ne pourrait empêcher d'imaginer filmer l'ensemble des auditions ou dépositions pour s'assurer de la situation. A charge aux OPJ, en cas de contestation, de remettre au conseil la vidéo. La plupart du temps, l'avocat lui-même pense qu'il ne sert à rien. Il attend la fin des auditions espérant que la prochaine audition ne contraigne pas son agenda ou ses dispositions.

On pourrait même imaginer un nouvel entretien toutes les dix heures ou en fin de journée.

Au lieu de payer un avocat pour sa présence, il serait rémunéré sur l'entretien de 30 mn.

Question VIII : Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

Réponses déjà recueillies :

1/A — *Peut-être faut-il arrêter de tout judiciaireiser ? Peut-être que les instructions du parquet doivent être claires et plus précises sur les notes parquet ? Peut-être que la présence de magistrat au sein d'unité de police et non dans les palais renforcerait la communication et l'interaction des forces et donc l'efficacité de ces enquêtes ?*

2/X — *Faire évoluer les lois c'est bien mais tant qu'il n'y aura pas assez de monde pour les faire respecter, ça ne fera qu'alourdir le temps de l'enquête. Commençons par le commencement ...*

Notre réponse : Chaque réponse suscitée apporte des axes de travail, des alternatives pour les enquêteurs. Ces évolutions, comme l'expliquait le rapport BEAUME, sont incontournables si nous voulons avancer sereinement. Aujourd'hui cette direction n'est pas retenue et nous devons en assurer les conséquences.

II^e Partie : Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

En préambule :

Il convient de rappeler que les dispositions légales déjà en application garantissent à l'avocat une protection sans équivalent à d'autres professions juridiques, sans même parler du citoyen. La question de fond est celle de la pertinence de cette protection au regard des circonstances. Si la protection du secret professionnel est absolument légitime, et plus particulièrement concernant l'exercice des droits de la défense, les dispositions légales garantissant ce secret, cette protection ne doit pas faire obstacle à la manifestation de la vérité dans le cadre d'une enquête légitime, et ne doit pas être confondue avec la protection de la personne de l'avocat, qui ne saurait être personnellement considéré différemment des autres justiciables.

Les droits de la défense sont constitutionnellement garantis, et leur violation entraîne systématiquement la nullité. Le secret professionnel n'emporte pas la même garantie. Il est cependant défini et protégé, le législateur ayant estimé que la violation du secret devait être punie d'un an d'emprisonnement. Ce quantum est à mettre en balance avec l'infraction à l'origine des actes d'enquête qui entrent en conflit avec la garantie du secret professionnel.

Par ailleurs, c'est bien la révélation du secret qui est prohibée. Les magistrats comme les enquêteurs qui, au cours d'actes d'enquêtes justifiés tant dans le fond que dans la forme, ont connaissance d'éléments relevant du secret professionnel de l'avocat, ne violent pas ce secret dès lors qu'ils n'en font pas révélation dans un acte de procédure. Une protection absolue interdisant a priori purement et simplement aux enquêteurs de prendre connaissance d'éléments relevant du secret professionnel empêcherait toute manifestation de la vérité et par voie de conséquence un déni de justice.

Un élargissement des droits de la défense se doit donc d'être extrêmement bien cadré, et distinguer clairement droit de la défense et secret professionnel, qui ne sont pas toujours synonymes.

Question 1 : Dans le cadre des investigations menées pendant l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?

Réponses déjà recueillies:

1/A : *Oui*

2/ X : *Bien sûr que oui puisque le bâtonnier doit être présent lors des perquisitions par exemple et ne peut être réalisées que par un magistrat. Pour les interceptions, le bâtonnier en sera également informé. Un policier, lui, sera traité comme un individu lambda.*

Notre réponse :

Concernant la protection des locaux professionnels et du domicile des avocats, l'exception légale paraît largement suffisante en l'état. La présence du magistrat mandant, procédant en personne aux actes de recherche des preuves, sous le contrôle du bâtonnier, apporte toutes les garanties nécessaires à la protection du secret professionnel, par ailleurs encore renforcé par la possibilité de contester les saisies devant la chambre d'accusation.

Ces derniers recours sont même quasiment systématiques de la part des bâtonniers, par principe, afin justement de faire valoir l'importance de la protection du secret professionnel, alors même qu'il n'existe pas de motif réel de contester une saisie qui, dans la pratique, a déjà été validée de manière informelle par ce même bâtonnier lors de la perquisition.

Concernant l'interception des correspondances, l'avis au bâtonnier nous semble apporter une garantie acceptable.

On pourrait toutefois soulever la possible proximité professionnelle, relationnelle et géographique du bâtonnier avec l'avocat visé par l'interception. Le bâtonnier est très susceptible de partager des intérêts avec la personne visée, et donc de se trouver dans une situation morale et légale conflictuelle.

Les motivations des interceptions, et leur communication à la défense, peut également poser problème. S'il ne saurait être question de communiquer des éléments d'enquête avant même les actes effectifs d'interception, ou même avant la fin de ces interceptions, il est légitime que les personnes visées soient tenues in fine au fait des interceptions, et des motifs qui les justifient, même s'il advenait qu'elles soient mises hors de cause au cours de l'enquête, et ne soient donc jamais à même de consulter la procédure.

La durée des enquêtes, n'est généralement qu'une conséquence de la complexité des dossiers, ou de l'engorgement des services, et non une volonté maligne.

Question II : Modification des dispositions actuelles

Réponses déjà recueillies :

1/ A : *Non.*

2/ X : *Aucunement.*

Notre réponse :

La création d'une autorité de référence centralisée de la profession d'avocat, qui serait destinataire des avis d'interception, pourrait éviter certains conflits d'intérêt.

Elle pourrait également bénéficier de dispositions similaires à celles de l'article 77-2 CCP afin d'ajouter aux garanties du droit de la défense, et éviter des dénis de droits ou d'informations qui résulteraient d'enquêtes se prolongeant dans le temps ou ne débouchant pas sur une mise en examen.

Question III : Autres actes d'investigation

Réponses déjà recueillies :

1/ A : *En pratique, lorsqu'un enquêteur adresse une réquisition à un cabinet d'avocat, il n'obtient jamais de réponse. Ni même une réponse précisant que le secret professionnel est invoqué.*

2/ X : *Rien*

Notre réponse :

S'il est seulement question de réquisitions à l'avocat lui-même, ce dernier est à même de juger des éléments qu'il peut communiquer à l'autorité requérante sans violer le secret professionnel, en gardant à l'esprit que ce secret n'est théoriquement pas opposable. On constate cependant qu'il est devenu habituel, et même parfois systématique, pour de nombreuses professions, de refuser de répondre aux réquisitions en se retranchant derrière ce même secret. Le conflit d'interprétation des textes pourraient utilement être réglé par un arbitrage définitif.

Si on parle de réquisitions à des tiers, qui ne seraient pas eux-mêmes avocats, la question paraît sans objet. Le secret professionnel de l'avocat le lie avec ses seuls clients, à l'exclusion de toute autre partie. Dès que l'avocat ou le client communique un élément à un tiers, il lève automatiquement le secret. La réquisition au tiers ne viole donc pas le secret professionnel.

Question IV : Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

Réponses recueillies :

1/ A : *L'institution policière véhicule dès la formation des enquêteurs que la profession d'avocat « est protégée », à mon sens les garanties procédurales existantes sont suffisantes. L'avocat devrait statuer uniquement sur la forme d'une procédure. Il devrait systématiquement signaler les fautes commises par son client et cela dans l'intérêt de la société toute entière.*

2/ X : *rien*

Notre réponse :

Concernant la question des réquisitions opposables au secret professionnel, il serait nécessaire de statuer une bonne fois pour toutes. En l'état le refus de répondre à une réquisition judiciaire est un délit puni d'une simple peine d'amende de 3 750 €, tandis que la violation du secret professionnel est puni d'un an d'emprisonnement. Le calcul est vite fait. Changer le texte et régler définitivement cette question.

ANNEXE 1

Mission de la commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat.

Réponse écrite de la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale au questionnaire en vue des auditions et consultations.

I – Élargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres de garde à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

Il à noter, d'une part, qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 63-4-2 du CPP, l'avocat peut **poser toute question de son choix à l'issue des auditions ou confrontations**. Certes, l'officier de police judiciaire peut s'opposer à ces interrogations lorsqu'il considère qu'elles sont susceptibles de nuire au bon déroulement de l'enquête mais l'avocat conserve alors la possibilité de faire des observations écrites, consignées dans la procédure.

D'autre part, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 permet désormais à la personne ayant fait l'objet d'une audition libre ou d'une garde à vue de solliciter le parquet afin de **consulter le dossier de la procédure** (article 77-2 du CPP). Les observations ou demandes d'actes de la personne ou de son avocat sont versées au dossier de la procédure et le procureur de la République apprécie les suites qu'il souhaite y apporter dans le souci constant de la manifestation de la vérité.

C'est pourquoi, la procédure pénale française, qui résulte tant de l'influence de l'évolution normative internationale que de celle de la jurisprudence notamment européenne, apparaît assurément aujourd'hui de manière tout à fait satisfaisante un équilibre entre le respect des droits de la défense et l'objectif central de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

L'enquête préliminaire diligentée par le procureur de la République comporte **un délai d'exécution susceptible d'être prorogé**. Symétriquement, les enquêteurs doivent **aviser le Procureur de la République au terme d'une période de six mois** lorsqu'ils ont engagé une enquête préliminaire d'initiative.

Ce délai de 6 mois, après lequel les enquêteurs doivent rendre compte de leurs investigations au parquet, paraît raisonnable au regard de la **complexité croissante des investigations** (ex : étude de la téléphonie et géolocalisation dans des dossiers de simples cambriolages) ainsi que de l'essor d'une délinquance transnationale impliquant de plus en plus le recours aux mécanismes de coopération policière et judiciaire et par conséquent un allongement de la durée des enquêtes.

Ce dispositif légal est donc, selon la gendarmerie, en totale conformité avec les dispositions de l'article 6 § 1 de la CEDH qui précisent que les procédures doivent être conduites dans un délai raisonnable.

Toutefois, selon la DGGN, plusieurs pistes pourraient être envisagées pour mieux encadrer le régime de l'enquête préliminaire, notamment une durée initiale maximale qui pourrait être établie à 2 ans à

compter du premier acte d'enquête avec la possibilité pour le parquet de prolonger les investigations après décision écrite et motivée. Par ailleurs, la célérité des enquêtes dépend aussi des moyens juridiques qui pourraient être développés (renforcement les pouvoirs des agents de police judiciaire afin de recentrer les officiers de police judiciaires sur les actes d'investigations les plus complexes ou sensibles, utilisation par principe de la visioconférence quand cela est techniquement possible, définition de délais légaux en matière de réponse aux réquisitions, accès directs des enquêteurs aux fichiers des autres administrations, etc.) (cf. annexe 2).

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

La DGGN tient à rappeler que **sous l'influence notamment du droit européen, la phase de mise en état de l'affaire pénale s'est progressivement teintée d'accusatoire**, faisant ainsi une place de plus en plus large aux droits de la défense. Le respect de ces derniers s'impose donc aujourd'hui comme un principe cardinal de la procédure pénale qui trouve son fondement dans plusieurs textes majeurs dans la hiérarchie des normes :

- Le Conseil constitutionnel relie expressément le principe du contradictoire à **l'article 16 de la DDHC** pour fonder sa valeur constitutionnelle.
- Le respect des droits de la défense a de surcroît valeur conventionnelle, puisqu'il figure parmi les garanties requises au titre du droit à un procès équitable (**article 6§3 de la CEDH**).
- **L'article préliminaire du Code de procédure pénale** confirme son assise en lui consacrant les premières lignes du Code de procédure pénale. Le respect des droits de la défense s'impose ainsi aux autorités policières et judiciaires, mais également au législateur.
- Enfin, **la Cour de cassation** a précisé dans un arrêt du 30 juin 1995 rendu en assemblée plénière que « *la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel.*»

Le législateur a également souhaité une prise en compte accrue des droits de la défense dans la phase de l'enquête judiciaire, ce qui a mené à l'adoption, notamment, de **la loi du 14 avril 2011 qui est venue renforcer le rôle tenu par l'avocat en garde à vue**. Dans la même lignée, **la loi du 27 mai 2014 a interdit qu'une personne suspecte puisse être auditionnée sans avoir eu la possibilité d'être assistée par un avocat**. Enfin, **la loi du 3 juin 2016 a imposé la présence de l'avocat aux opérations de reconstitution ainsi qu'au séances d'identification des suspects**.

La garantie des droits de la défense se trouve ainsi de plus en plus vigoureusement protégée au cours de la phase préparatoire au procès pénal alors même que le Conseil Constitutionnel avait été amené à affirmer que la garde à vue demeure une mesure de police judiciaire qui n'a pas pour objet de permettre un débat contradictoire sur sa légalité ou le bien-fondé des éléments de preuve.

Il nous semble toutefois utile de préciser de façon explicite que dans le Code de procédure pénale les enquêteurs, à l'instar du parquet (article 39-3), diligent leurs investigations à charge et à décharge dans le but unique de la manifestation de la vérité. De plus, il semblerait légitime qu'un chapitre du même code soit consacré aux grands principes présidant aux missions et attributions des avocats en qualité d'acteurs essentiels dans le cadre de l'enquête et de l'instruction (cf. annexe 2).

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition du suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

La DGGN n'est pas favorable à une extension des possibilités d'accès au dossier de la procédure lors de la phase préparatoire au procès pénal. En effet, un tel choix pourrait, à terme, mettre en péril la confidentialité des investigations en cours et dans certains dossiers, la sécurité des personnes impliquées dans une procédure pénale en qualité de victime ou de témoin.

Si les droits de la défense durant l'enquête pénale, qui font l'objet de la présente commission, sont indispensables, il convient de ne pas perdre de vue également les intérêts et la sécurité de la victime comme des témoins.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Le délai actuellement observé avant la formulation d'une demande d'accès à la procédure auprès du parquet présente une double justification au regard du principe de bonne administration de la justice.

Tout d'abord, l'enquête initiale, en amont de la phase juridictionnelle, est une phase d'investigation affectée à la recherche et au recueil des preuves et non à la mise en accusation d'un suspect. En l'espèce, le principe du contradictoire ne peut être satisfait si cet accès est prématuré privant les parties de substance, en présence d'une procédure qui ne serait pas suffisamment nourrie.

En outre, l'intérêt de la réduction de ce délai est à mesurer au regard des atteintes potentielles à la **présomption d'innocence** en raison de l'accentuation du risque d'altération prématurée du **secret de l'enquête**. L'accès à la procédure vient contrarier l'**article 11 du CPP** relatif au secret de l'enquête et de l'instruction qui s'applique à tous les gendarmes concourant à une procédure judiciaire qui s'exposent, en cas de violation, à une double sanction, pénale au sens de l'**article 226-13 du CP**, mais également disciplinaire. L'ouverture prématurée des investigations aux parties accentue le risque de fuite et *in fine* de médiatisation.

En instaurant un délai plus court d'accès aux procédures, le risque d'altération du secret viendrait fragiliser la garantie de la présomption d'innocence et du **droit au respect de la vie privée** résultant des articles 2 et 9 de la DDHC de 1789. En droit européen, ce secret assure pareillement un respect essentiel au **droit à un procès équitable** (article 6 de la CEDH) et à la **vie privée** (article 8 de la CEDH).

Par ailleurs, le délai d'un an ne nous semble pas excessif. Il convient également de rappeler que les enquêtes sont aussi contraintes par des délais parfois très longs de réponse aux réquisitions judiciaires.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Lorsque le procureur de la République confie une enquête préliminaire à un service judiciaire, il fixe le délai dans lequel l'enquête doit être menée. Ce délai est susceptible de prorogation au vu de l'avancée des investigations. Toutefois, le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis. Le procureur de la République, qui représente l'échelon le plus proche des services judiciaires, semble être plus à même d'exercer ce contrôle, qui est confié à un juge lorsqu'une information judiciaire a été ouverte.

Toutefois, à ce stade, il ne semble pas nécessaire de réduire la durée des enquêtes préliminaires en raison de l'existence d'un double contrôle judiciaire et hiérarchique de la célérité des enquêtes .

Sur ce point, il convient de rappeler que l'**article 39-3 du CPP** dispose que « dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des instructions générales ou particulières aux enquêteurs. Il contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci ». En complément, si l'article D2 du même code mentionne que les OPJ sont « égaux devant la loi en prérogative et en responsabilité », il précise néanmoins que « le chef de formation coordonne l'exécution des opérations de police judiciaire effectuées dans son service et veille à la transmission des procès-verbaux aux autorités judiciaires ». Ainsi, **les procédures des enquêteurs font l'objet de plusieurs niveaux de vérification** afin d'en garantir la légalité comme le traitement dans les délais légaux impartis. Au-delà du rôle du parquet, il convient de rappeler que le juge des libertés et de la détention joue également un rôle essentiel en matière de contrôle des actes d'investigation concernant les mesures susceptibles de limiter temporairement l'exercice des libertés fondamentales.

Au plan interne, la gendarmerie, du fait même de son statut militaire, a mis en place une doctrine particulièrement développée en matière de contrôle de l'activité des unités par la hiérarchie. A ce titre, une instruction n°288 du 21 janvier 2005 relative à l'exercice du pouvoir d'inspection et à la pratique du contrôle mentionne que ces opérations servent notamment à « vérifier que les normes de légalité, de sécurité et de qualité sont respectées ». Par conséquent, en pratique, les commandants d'unités exercent, chacun à leur niveau, un suivi précis des procédures judiciaires réalisées par leurs subordonnés tant au cours des investigations qu'à leur clôture avant transmission au magistrat en charge du dossier. De plus, il convient de rappeler qu'en cas de retard abusif dans le traitement d'une procédure, l'officier ou l'agent de police judiciaire s'expose au-delà des sanctions disciplinaires internes, à des observations dans sa notation par le parquet, comme le stipule l'article 19-1 du CPP. **Ce processus est par nature destiné à réduire les risques de nullité ou de partialité des actes réalisés, mais également à veiller à la célérité des investigations.**

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Il semble contraire à une bonne administration de la justice de permettre la poursuite d'une enquête préliminaire au-delà d'un certain délai qui pourrait raisonnablement être établi à **2 ans à compter du premier acte d'enquête**. A l'issue de cette période, il pourrait donc être envisagé de préconiser que le parquet ne puisse autoriser la poursuite des investigations qu'après une décision écrite et motivée.

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

La simplification de la procédure et de ses modes de transmission constitue le levier majeur pour répondre aux objectifs visés. La mise en œuvre des mesures prévues dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a permis de fluidifier certaines tâches (faciliter la formalisation des réquisitions par les APJ, simplification des conditions de déplacement des enquêteurs sur le territoire national, etc.), et a donc eu une incidence sur le volume d'heures requis pour mener les investigations. En parallèle, le chantier de **transformation numérique de la chaîne pénale** lancé par les ministères de l'intérieur et de la justice s'inscrit également dans une dynamique de simplification et de modernisation mais également d'amélioration de la traçabilité ainsi que du suivi des procédures.

C'est donc avant tout en rendant la procédure pénale plus simple, au travers d'actes moins chronophages, que l'on pourra favoriser un traitement plus rapide des enquêtes dans l'intérêt des victimes mais également des mis en cause. A titre d'illustration, dans le cadre de la plupart des investigations judiciaires, l'enquêteur est amené à interroger des bases de données informatiques. Parmi celles-ci, certaines peuvent être destinées à un usage exclusif des forces de l'ordre alors que d'autres relèvent de la sphère de compétence d'autres administrations ou organismes. Pour ces dernières, les gendarmes ne peuvent alors accéder aux informations détenues dans les fichiers que par la voie d'une réquisition judiciaire qui induit inéluctablement des délais de traitement. Le fait de simplifier l'obtention de ces informations en permettant aux gendarmes et policiers d'accéder directement aux fichiers (administratifs, judiciaires ou sociaux) des différentes administrations et organismes publics permettrait donc de réduire d'autant le temps des investigations.

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l’avocat

1. Dans le cadre des investigations menées dans l’enquête préliminaire, l’enquête de flagrance et l’instruction, le secret professionnel de l’avocat qui est mis en cause dans le cadre d’une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions et aux interceptions de correspondance ?

L’encadrement du secret professionnel de l’avocat mis en cause prend sa source dans l’article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005. C’est dans cette obligation au secret professionnel que ce dernier est à son tour protégé dans le but de garantir la protection des informations significatives en vue de la manifestation de la vérité. En effet, leur divulgation est de nature à altérer les droits de la défense, la présomption d’innocence mais également le secret de l’enquête et de l’instruction.

Tenu par son secret professionnel, l’avocat doit s’abstenir de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou publier des documents ou pièces intéressant une enquête en cours. Afin de concilier les exigences du secret professionnel absolu et d’ordre public et d’autres valeurs fondamentales comme la manifestation de la vérité, ces mêmes documents sont protégés lorsque le cabinet d’un avocat fait l’objet d’une perquisition ou que ces correspondances sont interceptées. C’est dans cet esprit que le législateur a souhaité **encadrer la communication de pièces par l’avocat à son client** (art. 114 CPP) ou bien encore les perquisitions au sein des cabinets d’avocats (art. 56-1 CPP).

Cette protection existe encore en matière d’interceptions téléphoniques en raison de **l’impossibilité de retranscrire les correspondances d’un avocat lorsqu’elles relèvent de l’exercice des droits de la défense** (art 100-5 et 100-7 du CPP).

Ce régime protecteur paraît donc, selon la gendarmerie, suffisant puisque les consultations adressées par un avocat à son client, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l’avocat et ses confrères, les notes d’entretien, et plus généralement toutes les pièces du dossier de la défense sont couvertes par le secret professionnel de l’avocat et ne peuvent donc être intégrées dans une procédure judiciaire. Dès lors, **l’accroissement de cette protection déjà dérogatoire ne semble pas avoir de justification juridique et aurait pour conséquence directe d’interdire toute investigation concernant les avocats.**

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l’avocat vous paraît-il devoir être institué pour d’autres actes d’investigations, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent-elles envisageables, dans le cadre de l’enquête et dans celui de l’instruction préparatoire ?

Dans le cadre des perquisitions, effectuées au domicile ou au cabinet d’un avocat, la **présence d’un représentant de l’ordre, en l’occurrence du bâtonnier qui doit être sollicité par le magistrat qui procède lui-même à cette mesure**, afin qu’il puisse y assister et formuler des observations au regard du respect du secret professionnel, constitue déjà un régime de protection renforcé. En effet, **le non respect de cette condition de forme peut entraîner la nullité de la perquisition et des actes qui en sont le prolongement** (art 59 CPP).

De plus, la perquisition ne peut être menée qu’à la suite d’une **décision écrite et motivée** prise par ce magistrat qui doit **indiquer la nature de ou des infractions sur lesquelles portent les investigations**, les raisons justifiant la perquisition et l’objet de celle-ci. Aussi, aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d’autres infractions que celles mentionnées dans la décision à peine de nullité.

Par ailleurs, l’audience de contestation des saisies opérées au cours de cette perquisition, présidée par le Juge des Libertés et de la Détention constitue également une garantie fondamentale du régime déjà suffisamment dérogatoire existant au bénéfice des avocats. A l’audience, le représentant du Bâtonnier, comme l’avocat visé par la perquisition, ont la possibilité de contester la saisie de chacun de documents visés tandis que le magistrat ayant perquisitionné, Procureur de la République ou magistrat instructeur, devra justifier de manière précise, sur le

fondement d'une analyse in concreto des données de son enquête, de l'impérieuse nécessité de confirmer la saisie opérée. Ce n'est qu'à l'issue d'un débat contradictoire parfois long et éprouvant comme votre Commission le sait que le JLD prend la décision de confirmer ou d'infirmer la saisie opérée.

Pour autant, il pourrait être envisagé d'uniformiser le régime juridique relatif aux autorisations et au contrôle de toutes les mesures intrusives ou coercitives prises à l'encontre d'un avocat. Ce nouveau dispositif permettrait un double regard systématique par le Ministère Public dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance ou le magistrat instructeur lorsqu'une information judiciaire est ouverte, et le JLD à un second niveau en tant qu'organe de décision et contrôle.

ANNEXE 2

Mission de la commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat.

Propositions écrites de la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale.

I – L'encadrement de la durée des enquêtes préliminaires

La durée des enquêtes préliminaires est d'ores et déjà encadrée par la loi (art 75-1 du CPP). Le délai de 6 mois après lequel les enquêteurs doivent rendre compte de leurs investigations au parquet paraît aujourd'hui raisonnable au regard de la complexité croissante des investigations qui se multiplient mais également de l'essor d'une criminalité transfrontalière impliquant la mise en œuvre de processus de coopération policière et judiciaire internationales.

Par ailleurs, les stocks accusés par la Gendarmerie Nationale, dont le pourcentage est particulièrement faible, révèlent l'efficacité globale du double contrôle de l'exécution des procédures par l'autorité judiciaire et la hiérarchie directe des OPJ de la gendarmerie. En outre, au-delà du Ministère Public, il convient de rappeler que le juge des libertés et de la détention (JLD) joue un rôle majeur en terme de contrôle de la légalité des actes les plus coercitifs (ex : autorisations de perquisition sans assentiment,...).

Proposition 1 : Il semble toutefois contraire à une bonne administration de la justice de permettre la poursuite d'une enquête préliminaire au-delà d'un certain délai qui pourrait **raisonnablement être établi à 2 ans à partir du premier acte d'enquête**. A l'issue de cette période, il pourrait être envisagé de préconiser au parquet d'autoriser la poursuite des investigations sous couvert d'une **décision écrite et motivé, d'ouvrir une information judiciaire** ou, à défaut, de clôturer la procédure.

Proposition 2 : L'encadrement de la durée des enquêtes passe également par le recours à de nouveaux traitements des procédures au travers de diverses mesures envisageables :

- **Favoriser le recours aux nouvelles technologies au service de l'enquête** (utilisation par principe de la visioconférence quand cela est techniquement possible, mise en place de la procédure pénale numérique de nature à faciliter la transmission des pièces, simplification des réquisitions au travers d'outils tels que FICOBA, etc.). A ce titre, il conviendra de veiller à ce que la future procédure pénale numérique favorise la mise en place d'un dispositif efficient de suivi et de traçabilité des enquêtes.

- **Envisager d'accroître la répression des carences à réquisition au-delà de celle prévue à l'article R 642-1 du code pénal** (contravention de 2ème classe). Il paraîtrait également légitime, toujours dans le but de réduire le temps d'enquête, **de permettre aux enquêteurs d'accéder directement aux fichiers (administratifs, judiciaires ou sociaux) des différentes administrations et organismes publics** tout en supprimant le formalisme des réquisitions.

- **Accroître les pouvoirs des agents de police judiciaire**, acteurs incontournables des enquêtes judiciaires, en les autorisant par principe, et ce quel que soit le cadre juridique, à réaliser et à acter en procédure toute mesure d'investigation non coercitive (hors placement en garde à vue et perquisitions) afin de réduire les temps d'enquête et recentrer les officiers de police judiciaire sur les mesures susceptibles de limiter temporairement l'exercice des libertés fondamentales.

- **Institutionnaliser les bonnes pratiques** visant à permettre un traitement plus rapide des procédures (ex : imposer la rédaction de soit-transmis détaillant avec précision les investigations demandées afin d'éviter les actes inutiles et les demandes de précisions ultérieures, etc.).

II - La meilleure prise en compte des droits de la défense

Ce point est essentiel. Le respect des droits de la défense est un gage de respect des principes fondamentaux de la justice et même de la démocratie. Pour autant, il convient, toujours dans le souci de mesurer et de rationaliser les évolutions procédurales majeures, d'examiner avec soin les différents aspects qui peuvent se faire jour.

En premier lieu, s'il a été constaté que la présence de l'avocat aux auditions et confrontations d'une personne gardée à vue, imposée par la loi du 14 avril 2011, permet dans la plupart des cas de favoriser les échanges entre la personne mise en cause et les enquêteurs, il apparaît qu'accroître encore davantage la présence de ce dernier lors de la réalisation d'autres types d'actes reviendrait d'une part à alourdir le formalisme des procédures d'ores et déjà critiqué par les enquêteurs et potentiellement allonger la durée des investigations. En outre, la recherche de la manifestation de la vérité exige que les enquêteurs et les personnes suspectées puissent établir la réalité judiciaire recherchée selon un lien direct, et ce d'autant que les gendarmes sont formés à des techniques d'audition destinées à éviter tous propos suggestifs de nature à influencer les déclarations des personnes auditionnées.

Ensuite, l'accès au dossier de la procédure lors de la phase préparatoire au procès pénal risque de **mettre en péril la confidentialité des investigations en cours et potentiellement la sécurité des personnes impliquées dans une procédure pénale en qualité de victime ou de témoin**. En effet, ouvrir l'accès aux identités et coordonnées des plaignants et témoins, aux investigations en cours ou réalisées lors d'une phase procédurale pourrait bien exposer les personnes impliquées à des pressions ou représailles en nuisant à la recherche des éléments de preuve mais en facilitant possiblement des fuites.

Enfin, toute mesure qui conduirait l'enquêteur à devoir, à l'avenir, communiquer une pièce de procédure à l'avocat sur sa demande, l'informer de la réalisation de certains actes, réaliser un acte à la demande d'un avocat, etc. risquerait d'alourdir et de ralentir les investigations en allongeant les délais d'exécution.

Cependant la gendarmerie a identifié deux pistes de réflexions ayant pour objet de rappeler l'impartialité avec laquelle les enquêteurs se doivent d'exercer leur mission et le rôle essentiel et majeur des avocats dans le cadre de la procédure pénale.

Proposition 3 : Il pourrait être inscrit dans le code de procédure pénale (dans l'article 12 notamment relatif à la police judiciaire), à l'instar de l'article 39-3 à propos du parquet, que les OPJ et APJ diligent leurs investigations « à charge et à décharge » afin de rappeler expressément l'impartialité avec laquelle ils accomplissent leurs missions de police judiciaire.

Proposition 4 : A l'instar des dispositions relatives au ministère public et à la police judiciaire, il y aurait tout lieu de créer dans le code de procédure pénale un chapitre dédié aux principes généraux présidant aux missions et attributions des avocats dans le cadre de l'enquête et de l'instruction.

III - Le renforcement de la protection du secret professionnel de l'avocat mis en cause dans une procédure pénale.

La procédure pénale actuelle prévoit des dispositions particulièrement protectrices des avocats et totalement dérogoires au droit commun (art 56-1 du CPP pour les perquisitions, art 100-7 du CPP en matière d'écoutes téléphoniques). Une modification de ce régime déjà dérogoire, rendant encore plus complexe la mise en œuvre des mesures prévues par les textes, conduirait à créer une situation d'inégalité au profit des avocats qui ne trouverait aucune justification, ni dans la réalité opérationnelle de la conduite des investigations, ni dans le respect des principes fondamentaux européens et internationaux. Et qui, par là même, ne pourrait pas être comprise du justiciable.

Proposition 6 : S'il ne paraît pas opportun d'accorder aux avocats de nouvelles mesures de protection au plan judiciaire, en revanche, il y aurait lieu de confier les autorisations et le contrôle de toute mesure intrusive ou coercitive à l'encontre d'un avocat à un juge unique, le juge des libertés et de la détention (JLD). Cette proposition rejoint la recommandation n°13 du rapport de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat - Juillet 2020 (dit rapport PERBEN). Ainsi, quel que soit le cadre juridique d'enquête, il y aurait systématiquement un double regard sur ces mesures : le parquet ou le juge d'instruction en qualité de demandeurs et le JLD en qualité de décideur de la mesure et de contrôle de sa mise en œuvre.



COMMISSION RELATIVE AUX DROITS DE LA DÉFENSE DANS L'ENQUÊTE PÉNALE ET AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Réponses écrites du conseil de la fonction militaire de la gendarmerie

PROPOS LIMINAIRES

En tant que « *soldats de la loi* », les militaires de la gendarmerie sont très attachés aux principes qui fondent un État de droit. Menant leurs investigations à charge et à décharge, ils ont le souci permanent de l'équilibre entre les droits des victimes et les droits de la défense.

Un constat d'évidence s'impose : les questions, posées par la Commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat, ne semblent concerner qu'un nombre limité d'enquêtes conduites par les unités de gendarmerie. Elles ne reflètent pas la réalité des investigations qu'elles mènent au quotidien dans leur zone de compétence qui couvre plus de 95 % du territoire et comprend 51 % de la population. Si toutefois des modifications du Code de procédure pénale (CPP) devaient être proposées par la Commission, d'autres mesures, visant à ne pas complexifier et à ne pas alourdir la procédure pénale, devraient être adoptées simultanément dans un souci d'équilibre.

Le Conseil de la fonction militaire de la Gendarmerie tient à rappeler que :

- les officiers et agents de police judiciaire exercent leurs attributions sous le double contrôle du parquet et de leur hiérarchie (article 39-3 et D2 du CPP). Toutes les procédures font donc l'objet d'un double niveau de vérification afin d'en garantir, d'une part, la légalité et l'exhaustivité et, d'autre part, leur traitement dans les délais impartis. S'il est effectif, ce double contrôle est donc de nature à éviter toutes les difficultés pointées par la commission.
- la durée d'une enquête ne tient pas qu'à l'enquêteur lui-même. Ce dernier reste en effet tributaire du rythme des partenaires dont il s'entoure pour mener tous les actes indispensables pour parvenir à la manifestation de la vérité. Ce sont, par exemple, les expertises psychiatriques, les actes de police technique et scientifique, les actes de téléphonie, l'attente de la réponse du magistrat dont la saisie par courriel génère un temps de réponse plus long.
- l'application effective des dispositions du CPP, notamment en matière de garde à vue (GAV), n'est pas toujours aisée actuellement. Très concrètement, les enquêteurs peuvent être confrontés à certains avocats qui déclarent ne pas être disponibles pour se déplacer dans une unité au prétexte d'une "destination trop éloignée". Quelques exemples illustrent parfaitement ces difficultés :
 - GAV d'un mineur dans le cadre d'une agression sexuelle (13 heures de mesure privative de liberté sans avocat avant d'obtenir l'autorisation du parquet des mineurs pour entendre le mis en cause de 14 ans sans défenseur).
 - Audition de mis en cause d'un mineur dans le cadre de menaces de mort sur personne dépositaire de l'autorité publique (permanence contactée plusieurs jours avant, l'avocat ne s'est jamais présenté ; le mineur n'a pas pu être entendu et est reparti).
 - GAV d'un mineur dans le cadre d'un viol (carence de l'avocat tout au long de la journée, le parquet a autorisé l'audition sans défenseur).
 - GAV d'un mineur pour viol et agression sexuelle (permanence contactée à 09h00, l'avocat se présente à 19h00).



En conclusion de ces propos liminaires, le CFMG insiste sur un point essentiel à ses yeux : les préconisations de la commission Mattei ne doivent pas se solder par une inflation législative. Dans l'intérêt des victimes, de la société et des droits de la défense, les militaires de la gendarmerie, qui concourent à la rapidité et à l'efficacité de la Justice, appellent de leurs vœux une simplification de la procédure pénale.

RÉPONSES AUX QUESTIONS

I – Élargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

Question 1 : Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

Les enquêtes préliminaires (EP) sont diligentées sous l'autorité du procureur de la République. Les dispositions de la loi N° 2016-731 du 3 juin 2016 donnent davantage de garanties aux personnes mises en cause notamment au travers de l'article 77-2 du CPP.

Ces dispositions donnent en effet la possibilité au procureur de la République d'ouvrir une fenêtre de contradictoire s'il estime qu'elle peut être compatible avec l'efficacité de l'enquête. En ce sens, l'article 77-2 du CPP apparaît comme un progrès au bénéfice des droits de la défense, sous réserve toutefois d'une réponse effective du ministère public aux requêtes effectuées par la défense.

Dans ces conditions, l'équilibre entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions (participant ainsi aux droits des victimes) est atteint du point de vue des officiers et agents de police judiciaire de la Gendarmerie.

Question 2 : Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

Comme indiqué précédemment, l'enquête préliminaire (EP) se déroule sous l'autorité du procureur de la République. Lorsqu'il saisit une unité de gendarmerie, il fixe la durée de l'enquête (en général trois à six mois) qu'il peut proroger. Si l'EP est menée d'initiative par les enquêteurs, ces derniers doivent informer le magistrat du parquet après six mois. En tout état de cause, dès lors qu'un mis en cause est identifié, le parquet en est immédiatement informé. Cet avis au magistrat du parquet qui dirige la police judiciaire préserve les droits de la défense. Il faut préciser que l'identification d'un mis en cause ne clôt pas pour autant l'enquête qui est menée à charge et à décharge. Le secret de l'enquête participe à son efficacité.

Il est bon de rappeler qu'au vu de la complexité de la procédure pénale, l'ensemble de actes sont de plus en plus lourds et entraînent, *de facto*, des délais plus longs pour la conduite des investigations (une analyse ADN peut rendre plusieurs mois, la réalisation d'expertises matérielles ou psychiatriques nécessitent également des délais).

¹ Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre- compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.



Dans ces conditions, le délai précité de 6 mois ne paraît pas excessif. Son respect fait l'objet d'un double contrôle du procureur de la République et de la hiérarchie. Le diminuer emporterait comme conséquence probable de nuire à la qualité des investigations.

Dans le même temps, un délai supérieur à deux ans pour une EP ne paraît pas raisonnable pour la majeure partie des enquêtes.

Question 3 : Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Réduire la durée des EP pourrait nuire à la manifestation de la vérité et conduirait ainsi à porter préjudice aux droits de la victime. Le parquet n'aurait alors d'autres choix que d'ouvrir une information judiciaire pour que l'enquête se poursuive. Or, les cabinets d'instruction sont déjà largement engorgés.

De plus, sous l'influence de l'Europe, notre système judiciaire inquisitoire est aujourd'hui mâtiné d'accusatoire. Il offre donc une place de plus en plus importante aux droits de la défense.

Question 4 : En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

Pour les enquêteurs de la gendarmerie, le délai d'un an apparaît satisfaisant eu égard aux différentes contraintes humaines, matériels et techniques des unités de gendarmerie, mais aussi des parquets.

Les dispositions actuelles de l'article 77-2 du CPP apparaissent comme suffisantes pour le CFMG.

Question 5 : De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Les délais de l'EP s'étendent parfois au-delà d'une année, pour les raisons déjà évoquées, notamment les réponses aux réquisitions judiciaires.

Les articles 75-1 et 75-2 paraissent largement suffisants et permettent aux procureurs de la République d'assurer la direction de la PJ sur son ressort. L'existence et l'intérêt de preuves au-delà de ce délai, continuent d'être une réalité évidemment. L'enquête doit donc rester secrète.

Question 6 : Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Le CFMG estime que le procureur de la République doit rester l'échelon de contrôle tant qu'une information judiciaire n'est pas ouverte.

La création d'un juge de « l'enquête préliminaire », à partir d'une certaine durée, n'apporterait aucune plus-value si ce n'est alourdir un peu plus une procédure judiciaire déjà très complexe.



Question 7 : Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

En ce qui concerne les droits des plaignants, ils sont largement explicités dans l'imprimé qui leur est remis lors du dépôt de plainte. Ils peuvent également faire intervenir leur avocat à tout moment pour remettre des observations ou produire les pièces et éléments qu'ils jugent utiles à l'enquête. En ce sens, le plaignant peut être actif dans sa démarche et dans l'enquête.

Pour le mis en cause, la durée de l'EP pourrait ne pas excéder un délai de deux ans, sauf décision motivée par le procureur de la République. Ce bornage dans le temps de l'EP pourrait permettre de restaurer la confiance envers la justice.

Question 8 : Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

La lourdeur de la procédure pénale rend difficile l'action des enquêteurs qui éprouvent le sentiment de devoir effectuer un véritable « parcours du combattant » au cours de leurs investigations. Cela peut d'ailleurs entraîner leur démotivation et emporter des conséquences pour le recrutement d'enquêteurs dans la filière « Investigations ».

Les propositions suivantes sont de nature à améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires :

- Créer un seul cadre d'enquête (par la fusion des enquêtes de flagrance et préliminaires) et garder les prérogatives de la flagrance pour la perquisition ou la garde à vue ;
- Disposer en EP des mêmes droits de réquisition, d'interpellation, de perquisition qu'en flagrance ;
- Élargir les prérogatives des APJ lorsqu'il s'agit d'actes non coercitifs ou qui ont été préalablement autorisés par le procureur de la République ou le JLD, notamment en leur permettant de procéder à des perquisitions en préliminaire avec l'autorisation du JLD ;
- Compte tenu des caractéristiques de la délinquance aujourd'hui, conférer une habilitation nationale à tous les OPJ ;
- La question de l'accès aux fichiers est également centrale. Ainsi, l'accès par les OPJ à l'ensemble des fichiers administratifs (DPAE, CAF, CPAM , URSAAF, Préfecture, Trésor Public, tribunal de commerce, état civil des maires, etc.) serait source de progrès et éviterait de passer par des réquisitions ;
- Conforter dans la loi le recours à des logiciels de dictée orale pour la rédaction des PV d'audition : le but recherché étant la simplification et le gain de temps.



II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l’avocat

Question 1 : Dans le cadre des investigations menées pendant l’enquête préliminaire, l’enquête de flagrance et l’instruction, le secret professionnel de l’avocat qui est mis en cause dans le cadre d’une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?

Chargé de défendre une personne mise en cause, l’avocat est un citoyen comme un autre et ne se situe pas au-dessus des lois. Il dispose toutefois d’une protection et de mesures dérogatoires lui permettant d’exercer ses fonctions dans les meilleures conditions tout en respectant les valeurs de dignité, de conscience, d’indépendance, de probité et d’humanité qu’il a fait siennes lors de sa prestation de serment.

Les dispositions du CPP relatives aux avocats leur garantissent un respect strict du secret professionnel. La difficulté s’entend par exemple sur une interception téléphonique (d’un mis en cause) au cours de laquelle un avocat pourra s’entretenir professionnellement avec un de ses clients. Toutefois, il paraît difficile de prévenir une telle situation qui se veut involontaire.

Ce régime dérogatoire semble aujourd’hui suffisant. Le renforcer davantage reviendrait à empêcher toutes les poursuites à l’encontre d’un avocat qui aurait commis une infraction. Cette hypothèse ne paraît pas souhaitable, surtout si l’infraction constatée révèle un manquement déontologique grave.

Question 2 : Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

La question posée appelle une réponse négative.

Question 3 : Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l’avocat vous paraît-il devoir être institué pour d’autres actes d’investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?

Question 4 : Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l’enquête et dans celui de l’instruction préparatoire ?

Les réquisitions sont établies avec l’accord et sous le contrôle des magistrats. La procédure pénale actuelle prévoit des dispositions particulièrement protectrices et totalement dérogatoires au droit commun. Dans ces conditions, il n’apparaît pas souhaitable de les renforcer encore pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment.

CONCLUSION

Depuis de nombreuses années, le CFMG appelle l’attention des ministres de l’Intérieur et du Garde des Sceaux ainsi que des parlementaires sur la complexité croissante de la procédure pénale. Il ne faudrait donc pas qu’à la faveur de quelques dossiers très médiatiques, certaines orientations relatives à la procédure pénale soient prises. Il y va de l’efficacité des enquêtes. En effet, toute mesure qui conduirait l’enquêteur à devoir, à l’avenir, communiquer une pièce de procédure à l’avocat sur sa demande, informer de la réalisation de certains actes jusqu’alors ne nécessitant pas cette information, réaliser un acte à la demande d’un avocat, s’inscrirait à l’évidence en totale contradiction avec la volonté affichée de simplifier la procédure pénale.

Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Questionnaire en vue des auditions et consultations

I – Elargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

L'application des dispositions de l'article 393 du code de procédure pénale visée, qui si elle peut s'entendre compte tenu de l'urgence (procédure d'urgence dite de comparution immédiate notamment) semble faire obstacle au délai d'un mois prévu pour prendre connaissance de la procédure au-delà du fait que le conseil prend connaissance de la procédure mise à sa disposition avant l'audience précitée, sachant qu'il ne dispose que d'un laps de temps très court pour ce faire. Au regard du dernier alinéa des dispositions de l'article 61-1 du code de procédure pénale, la notification des droits visé n'est pas applicable en l'espèce la qualification de l'infraction, la date et le lieu présumé de l'infraction, du droit de faire des déclarations ou de répondre aux questions posées ou de se taire qui sont pourtant des dispositions de la C.E.D.H. Les dispositions relatives à l'enquête préliminaire devraient autant que faire ce peut être transposé à l'enquête de flagrance.

Les dispositions du II de l'article 77-2 prévoyant que le procureur de la République PEUT communiquer tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime doivent être modifiés, au regard des dispositions de la C.E.D.H par le mot « doit ».

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

D'une manière générale, le déroulement des enquêtes préliminaires notamment devraient être équilibrées pour maintenir les droits de la défense et des victimes, au cours de laquelle les parties (mis en cause, victimes, avocats) devraient être associées ; cependant un système d'enquête calqué sur la procédure Américaine où le conseil mène l'enquête de son côté . Un juste équilibre entre le système accusatoire et inquisitoire doit être trouvé.

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

La combinaison des deux évolutions semble favorable à un rééquilibre entre nécessité de l'enquête et droits de la défense

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

¹ Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.

Voir réponse I paragraphe 2

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Oui pour un plus juste équilibre de la procédure et au regard des dispositions de la CEDH visée plus haut

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Un meilleur encadrement de l'ensemble des délais d'enquête permettrait en effet un juste équilibre de la procédure entre nécessité de l'enquête et droits de la défense. Le contrôle de ces délais peut être confié à un fonctionnaire habilité (GAM) sachant que la fonction du magistrat doit être absolument renforcée sur sa mission première et une véritable collaboration entre le fonctionnaire habilité et le magistrat permettrait dans ce cadre précis d'aboutir à cet encadrement.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Le renforcement des fonctions du juge des libertés et de la détention exerçant un contrôle à cet égard

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

Modification textuelle relatives aux dispositions du II de l'article 77-2 du CPP , contrôle d'un juge du siège indépendant, attribution au GAM des fonctions de suivi des délais , le rappel précis de l'ensemble des dispositions relatives aux droits des parties inclus en matière d'enquête de flagrance

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

1. Dans le cadre des investigations menées pendant l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions, et aux interceptions de correspondance ?

Les dispositions de l'article 56-1 encadrent la procédure de saisie par un Juge des libertés et de la détention qui dispose de pouvoirs importants ne nécessitant pas de modification à ce stade.

Les dispositions de l'article 100-5 qui prévoient que ne peuvent être transcrites les correspondances relevant de l'exercice des droits de la défense – sauf jurisprudence de la Cour de Cassation- ne nécessitent pas à ce stade de modification, le juge des libertés semble également à ce stade compétent

Les dispositions de l'article 100-7 semblent assez encadrées comme nécessitant l'avertissement du bâtonnier en l'espèce.

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

Pas de nécessités au regard des textes actuels

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigation, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale?

Les dispositions de l'article 56-1 du CPP déjà évoqué ci-dessous encadrent bien les dispositions de l'article 77-1-1 du CPP et celles visées au 99-3 du CPP

3. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

D'une manière générale, une refonte complète de la compétence du juge des libertés et de la détention en matière d'enquête préliminaire peut s'avérer nécessaire afin qu'un juste équilibre entre les nécessités de l'enquête et celle des droits de la défense puisse être trouvé

Mesdames, Messieurs,

Suite à votre demande faite par mail en date du 12 janvier 2021 dont copie ci-dessous, en ce qui concerne notre organisation syndicale C.JUSTICE nous laissons le soin aux Avocats, Justiciables et Magistrats de soulever des observations éventuelles au regard des textes, tout en précisant que notre organisation C.JUSTICE souhaite que les Avocats aient un maximum de protection pour pouvoir exercer leur rôle de défense et notamment lié au secret professionnel de l'avocat. Cette protection **doit être renforcée** comme par exemple INTERDICTION de mettre un avocat sous écoute téléphonique sous peine de poursuites pénales de celui qui aura demandé cette écoute téléphonique pour enregistrer les conversations de l'Avocat **dans ses fonctions de défense avec son client**.

En revanche, même si ce n'est pas véritablement l'objet de cette commission, nous tenons à rappeler la position de notre organisation syndicale et demande de prévoir pour les divorces que l'avocat ne soit plus obligatoire. En effet l'évolution des textes a, en revanche, compliqué la situation des personnes qui veulent divorcer, notamment l'obligation d'avoir deux avocats et pas un seul en commun.

Nos sincères salutations,

Pour le syndicat C.JUSTICE, Lydie QUIRIÉ secrétaire générale C.JUSTICE

Attention pour joindre C.JUSTICE il est important que vous fassiez en même temps les adresses mails suivantes :

cjustice.patrickbesseau@gmail.com et lucie.guillon@justice.fr et soraya.saoulel@justice.fr et cjustice.cjusticesg@gmail.com

merci.

De : BOTTINEAU Stephanie

Envoyé : mardi 12 janvier 2021 15:55

À : SYND-C-JUSTICE

Cc : RUBIO-GULLON Manuel; LISTE DACG/BLPG/INFORMATION; PASERO Sophie; d.mattei@wanadoo.fr

Objet : Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat - consultation écrite

Madame, Monsieur,

La Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat, présidée par Monsieur le bâtonnier Dominique Mattei et dont vous trouverez la lettre de mission en pièce jointe (1), souhaiterait vous consulter dans le cadre de ses travaux.

Dans cette perspective, je vous invite à prendre connaissance du questionnaire joint (2), en vous remerciant de m'adresser votre restitution le jeudi 21 janvier 2021 à 18 heures au plus tard.

Je suis à votre disposition pour toute information

(stephanie.bottineau@justice.gouv.fr<mailto:stephanie.bottineau@justice.gouv.fr> et information.dacg-blpg@justice.gouv.fr<mailto:information.dacg-blpg@justice.gouv.fr>)

Bien Cordialement,

Stéphanie BOTTINEAU

Magistrat - Rédactrice au bureau de la législation pénale générale

DACG – Ministère de la Justice - 01.44.77.67.06

Secrétariat de la Commission Mattei

--
Lydie QUIRIÉ Secrétaire Générale **C.JUSTICE**



Je veux, je peux, j'obtiens

secrétariat 01.44.32.79.67 ou 04.94.18.92.06 ou 02.50.10.13.36 portable secrétariat

06.76.78.82.58 ou 06.50.47.68.79

mon portable perso : 07....

mail cjustice.cjusticesg@gmail.com et lydie.quirie@justice.fr (faire les deux en même temps, merci)



OBSERVATIONS DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE RELATIVES AUX DROITS DE LA DEFENSE DANS L'ENQUETE PENALE ET AU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

I- ELARGIR LES DROITS DE LA DEFENSE PENDANT L'ENQUÊTE PRELIMINAIRE

1) Propos liminaire sur l'état des lieux

Aujourd'hui, force est de constater que la procédure d'enquête est menée sous le contrôle des parquets lesquels se trouvent en réalité dans l'incapacité de suivre réellement l'ensemble des procédures en cours, faute de moyens.

Le service de traitement direct en incarne la triste démonstration.

Les JLD quant à eux sont si dépassés par la masse d'activité et la nature de contentieux dont ils sont chargés désormais qu'ils n'ont aucune possibilité d'examiner véritablement le dossier qui leur est soumis.

Enfin, les lieux d'échanges entre Défense et acteurs de la recherche des éléments à charge et à décharge ont été réduits à quasi – néant, ce qui nuit à la bonne marche de la justice pénale.

Liberté mais aussi responsabilités pèsent donc de manière quasi exclusivement sur les enquêteurs.

Ils sont devenus les acteurs majeurs de la recherche et l'accumulation des preuves, avant la plupart du temps qu'ils ne décident de manière approfondie de l'audition du mis en cause ou même parfois du plaignant « oublié ».

L'enquête préliminaire ne doit pas devenir « une instruction sans juge d'instruction ».

Comment introduire les notions de proportionnalité, d'égalité entre droits des auteurs présumés et plaignants et le respect absolu à la présomption d'innocence dans une refonte des textes ?

L'on sait bien sûr que cela passe par le renforcement des droits de la défense.

Rappelons aussi qu'aucune réforme quant aux interventions de la défense sur le temps de l'enquête préliminaire ne pourra se concevoir sans une extension des missions au titre de l'aide juridictionnelle.

2) Le temps de l'enquête

Les délais actuellement prévus par les articles 75-1 et 75-2, au même titre que 77-2 du code de procédure pénale ne sont assortis d'aucune sanction ni d'aucune réalité effective.

Le SAF préconise que la durée de l'enquête soit **nécessairement** limitée à la durée raisonnable d'une année.

La durée constitue en effet l'indicateur le plus objectif de la complexité.

Aussi, au-delà d'une année, l'ouverture d'une information pénale devra être systématique.

Il importe que le mis en cause ou le plaignant au moment de son audition se voit notifier la date d'ouverture de l'enquête préliminaire afin d'obtenir copie du dossier à l'issue de ce délai.

Ajoutons que l'hypothèse du contrôle éventuel par le JLD de la durée « utile » à l'issue d'une année pour accorder une prolongation le cas échéant au parquet si un tel recours était imaginé (évoquée par certains et qui ne retient pas la faveur du SAF) n'est concevable que dans le respect du contradictoire devant une juridiction véritablement dotée de moyens et de temps.

A nos yeux, le recours auprès du Procureur General serait vain.

3) Les droits de la Défense

En premier lieu, la présence de l'avocat s'imposera à peine de nullité dans tous les actes d'enquête qui mettent le mis en cause dans une situation d'auto-incrimination par la parole ou le geste : transports sur les lieux, reconstitutions, tapissage, perquisitions ou certaines opérations techniques.

La notification du droit à l'avocat pour l'accomplissement de tous ces actes devra être prévue à l'article 63-1.

Au-delà, il n'est pas de contradictoire sans accès au dossier d'enquête pour les parties, accès qui conditionne l'ouverture à droit de demandes d'acte pour la défense de celles-ci.

Les parties doivent avoir accès au dossier (mais aussi à une copie) et pouvoir :

- Demander des actes.
- Obtenir de plein droit l'ouverture d'une information pénale sur demande de l'une des parties.

Reste à déterminer le moment et l'amplitude de cet accès.

Ce qui devrait être admis au titre du principe du procès équitable, avec l'égalité des armes et la proportionnalité, c'est que la Défense ait accès au dossier au moment où au cours de l'enquête, le mis en cause passe de la situation de « témoin impliqué » à celle de suspect.

Dès lors que le procureur considère que sont réunis des indices graves ou des raisons plausibles de soupçon à l'encontre d'une personne, accès sera ouvert aux pièces du dossier d'enquête aux deux parties informées de leur droit à avocat dans un délai suffisant pour préparer la défense.

Cela impliquerait alors :

- Un accès au dossier en son intégralité et la remise de plein droit d'une copie numérisée sur demande.
- Un délai pour préparer les interrogatoires
- La possibilité de demandes d'actes.
- Un recours en cas de refus devant le JLD et appel devant la CHINS au second degré.

Autre temps possible, le temps de l'audition du mis en cause avec la mise à disposition de toutes les pièces du dossier de l'OPJ servant à interroger le mis en cause.

Le SAF considère néanmoins à minima qu'aucun règlement du dossier par le procureur de la République ne pourra intervenir sans débat contradictoire préalable avec accès intégral au dossier par la Défense.

Cette fenêtre de débat contradictoire ouvrira droit à demandes d'acte avec, en cas de refus, recours devant le JLD et la CHINS.

II- RENFORCER LES GARANTIES DE LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Propos liminaires.

Le secret professionnel de l'avocat n'est pas une protection pour l'avocat.

Il est institué dans l'intérêt général, motif pour lequel il est instauré de manière générale, absolu illimitée dans le temps et qu'il est d'ordre public.

Il est conventionnellement protégé sous le double angle de la protection à la vie privée et au procès équitable.

Il ne peut donc pas être séquencé ou instrumentalisé en fonction des intérêts en présence, et il ne peut y être porté atteinte que pour des motifs extrêmement graves dont la réalité doit être contrôlée par une autorité judiciaire indépendante.

Les textes actuels du code de procédure pénale édictent une protection relative en différents domaines que le syndicat des avocats de France juge néanmoins insuffisante.

En l'état actuel des choses, il s'agit :

- Des perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile effectuées par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué à l'issue d'une décision écrite et motivée, avec le recours instauré devant le juge des libertés de la détention en cas de contestation des documents ou objets saisis.
- L'interdiction à peine de nullité d'intercepter des correspondances entre un client et un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense.
- La prohibition des interceptions de lignes dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans information préalable du bâtonnier par le juge d'instruction.

De manière récente à nouveau, le secret professionnel de l'avocat paraît avoir été relativisé dans son importance au motif de recherche de preuves d'infraction commise par l'avocat lui-même en l'absence même d'indices à minima.

Mais si les textes et la Convention européenne n'interdisent pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, en cas notamment d'existence d'indices plausibles de participation à une infraction, encore faut-il que ces mesures soient très fermement et clairement encadrées.

Les garanties spéciales de procédure ne sont rien si les actes d'investigation demeurent disproportionnés dans les violations qu'ils entraînent fut-ce par rapport à

une finalité légitime de recherche de manifestation de la vérité, finalité au demeurant « auto affirmée » par « l'autorité » qui ne fait l'objet d'aucun contrôle préalable.

En particulier en matière d'interceptions téléphoniques mais aussi de recours à des techniques d'environnement ou de géolocalisation des conversations d'un avocat, la protection s'avère manifestement insuffisante.

La situation des Fadettes est évidemment à l'esprit de tous.

Il n'est pas concevable que l'activité d'un avocat et donc l'exercice des droits de la défense au profit de ses clients, dont nulle autorité extérieure ne doit pouvoir vérifier la qualité, fasse l'objet d'identification ou de localisation.

L'accès à distance aux correspondances stockées par voie de communication électronique accessible au moyen d'un identifiant, le recueil de données techniques de connexion en temps réel, la captation de données informatiques, les différents processus et technique de géolocalisation, doivent être formellement prohibées en ce qui concerne l'activité d'un avocat sauf démonstration préalable auprès d'un juge indépendant d'indices étayés concernant le soupçon de commission d'une infraction particulièrement grave.

En effet, la relation avocat client établie par simple tentative de prise de contact qu'elle qu'en soit la forme, constitue un des éléments intrinsèques au secret. L'exploitation de données qui semblent anodines mais en réalité ne le sont pas doit strictement être prohibée.

De même, le recours aux interceptions téléphoniques des conversations d'avocat ne peut être prescrit que dans des conditions de gravité tenant à la qualification pénale des faits soupçonnés et l'existence d'indices suffisamment graves et concordants pour laisser présumer de façon suffisante que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit.

Pour le SAF, le renforcement des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat impose des modifications législatives.

En premier lieu, il est nécessaire d'une part de **conforter l'opposabilité du secret professionnel de l'avocat aux autorités de poursuites et d'enquêtes tant en matière de conseil que de défense** et d'autre part de préciser que les autorités de poursuites et d'enquêtes ne peuvent **prendre connaissance et saisir un document ou une information en possession d'un avocat dans le cadre de son activité professionnel qu'après avoir obtenu une autorisation préalable** du juge des libertés et de la détention **au vu d'indices précis et préexistants** de participation de l'avocat à une infraction pénale.

En second lieu, il conviendrait de **renforcer le droit d'information du bâtonnier** avant la mesure de perquisition ou d'interception téléphonique ou électronique ; de prévoir un **recours contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention sur la contestation de la saisie** ; de faire bénéficier l'élève avocat perquisitionné des mêmes dispositions protectrices que celles concernant l'avocat et de permettre l'assistance d'un avocat aux cotés de l'avocat ou de l'élève avocat perquisitionné.

NOS PROPOSITIONS :

1. Sur l'étendue du secret professionnel de l'avocat

Le premier alinéa de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 prévoit qu'« **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. »

Le domaine du conseil, en quelque matière que ce soit, est couvert par le secret professionnel.

Le domaine de la défense, que le client soit mis en examen ou non, est couvert par le secret professionnel.

Néanmoins, nous observons une dérive jurisprudentielle contraire à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ;

Par l'interprétation *a contrario* de l'article 100-5 alinéas 1 et 3, des juges des libertés et de la détention ont cru pouvoir autoriser la saisie de correspondances entre un avocat et son client ou de documents de travail qui ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense dès lors qu'ils sont utiles à la manifestation de la vérité.

Cette interprétation supprime le secret professionnel de l'avocat dans ses activités de conseil et ce même en l'absence d'indice de participation de l'avocat à une infraction.

Une modification de l'article 100-5 du Code de procédure pénale s'impose afin de mettre un terme à la dérive jurisprudentielle contraire à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Par ailleurs, un grand nombre d'ordonnances rendus par les JLD (ex : ordo JLD de Paris ; 3 juil. 2019 / ordo JLD de Paris ; 22 juil. 2019) énoncent que les honoraires d'un avocat sont soumis au régime des documents couverts par le secret professionnel.

Toutefois, ce principe jurisprudentiel n'est inscrit dans aucun texte ce qui laisse planer un certain doute quant à la protection des conventions, factures ou notes d'honoraires au titre du secret professionnel de l'avocat.

Dans le but de consolider l'applicabilité du secret professionnel aux conventions, factures ou notes d'honoraires, il est recommandé de modifier l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Ainsi, le nouvel article 66-5 disposerait que : « *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, les conventions d'honoraires, les factures ou notes d'honoraires de l'avocat à son client, les justificatifs de paiement d'honoraires de l'avocat par le client quels qu'en soient le mode de règlement et le montant, par chèque, par virement bancaire, en espèces ou par crypto monnaie, et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel. »*

Dans l'optique de réaffirmer que le secret professionnel est attaché, aussi bien au domaine du conseil qu'à celui de la défense, il convient de **modifier l'article 226-13 du code pénal en y insérant une référence à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.**

Par ailleurs, concernant les perquisitions et transcriptions de correspondances, il est nécessaire de **modifier l'article 56-1, alinéa 2 pour notifier, expressément, que la protection du secret professionnel vaut pour les avocats exerçant en toutes matières.**

L'article 100-5, alinéa 3 du code de procédure pénale renverra à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifié.

Dans le but d'affirmer la confidentialité des correspondances entre les avocats et leurs bâtonniers, il est recommandé de modifier les articles 100-5, alinéa 3 et 432 du code de procédure pénale.

Ainsi, l'article 100-5, alinéa 3 du CPP disposera qu'à « *peine de nullité, ne peuvent être transcrits les correspondances et les échanges d'un avocat relevant de l'activité de conseil ou de l'exercice des droits de la défense, sous quelque forme et quelque support que ce soit.*

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites ou communiquées les correspondances du Bâtonnier dans l'exercice de ses fonctions ou de son délégué, sous quelque forme et quelque support que ce soit ».

L'article 432 du CPP énoncera que : « *La preuve par écrit ne peut résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat.*

La preuve ne peut résulter de l'enregistrement ou de la transcription des conversations entre un avocat et son client, ni entre un avocat et son bâtonnier en exercice ou son délégué, que l'enregistrement ou la transcription soit ou non le fait de l'autorité publique ».

2 Renforcement des pouvoirs du JLD concernant les mesures coercitives (perquisitions, saisies, écoutes, fadettes) susceptibles de porter atteinte au secret professionnel

Que ce soit dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction, le JLD doit exercer un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter, sous quelque forme que ce soit, que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense mais aussi au respect de la confidentialité qui s'attache aux fonctions de Bâtonnier en exercice, dans sa relation avec l'ensemble des confrères de son Barreau.

Toutefois, ce magistrat ne dispose pas des moyens nécessaires pour examiner correctement les réquisitions de mesures coercitives adressées par le Parquet. En outre, ces demandes sont rarement accompagnées des éléments du dossier permettant d'apprécier s'il existe réellement des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

L'instauration d'un débat préalable entre l'acteur de la poursuite et le bâtonnier en exercice nous paraît souhaitable afin que le JLD soit dûment informé des intérêts en présence avant d'autoriser les investigations.

- Dans le cadre de l'enquête préliminaire (art. 76, al. 4 et sv.CPP), la décision du JLD d'autoriser des actes d'investigation visant à la mise en œuvre de mesures coercitives à l'encontre d'un avocat (réquisitions, perquisitions, interceptions téléphoniques, communications de factures détaillées de téléphonie, recours à des techniques spéciales d'enquête, ...) devra être **fondée sur une décision écrite et motivée « de façon précise » préexistants au plus tard à la date où est autorisée l'interception et faisant présumer la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.**
- Dans le cadre de l'instruction (art 79 et sv.CPP), le principe du double regard devrait s'appliquer aux décisions de mesures coercitives en prévoyant la saisine du JLD aux fins d'autorisation de ces mesures, dans les mêmes conditions que dans le cadre de l'enquête préliminaire.
- En matière de délinquance organisée (art. 706-95 CPP et sv.), il est recommandé que les écoutes téléphoniques soient décidées par le JLD, saisi à la requête du juge d'instruction.

3 Renforcement des moyens mis à la disposition du bâtonnier

En matière de perquisition (art. 56-1 CPP) le Bâtonnier dispose d'un pouvoir d'opposition à la saisie. En revanche, en matière d'écoutes téléphoniques (art. 100-7 CPP), il ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle ni d'opposition. En tout état de cause, il ne peut tenter aucun recours contre la mesure coercitive en amont.

En matière de perquisitions au cabinet ou au domicile d'un avocat, le bâtonnier devrait disposer d'un délai d'un an à compter de la réalisation de la mesure pour exercer un recours devant le JLD. Cette disposition ne vaut que si l'avocat n'a pas été poursuivi devant une juridiction d'instruction ou de jugement au plus tôt six mois après l'accomplissement de la perquisition (insérer nouvel al. après l'art. 56-1 al 3 CPP).

En matière d'interceptions sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, le bâtonnier pourra exercer un recours devant le JLD aux fins d'annulation de la mesure prise à l'encontre de l'avocat (insérer alinéa 3 après l'art. 100 al 2 CPP).

Il est nécessaire qu'une évolution législative prévoie un recours contre l'ordonnance du JLD rendue sur le fondement de l'article 56-1 du CPP en matière de saisies au sein des cabinets d'avocats (appel + pourvoi).

Afin d'assurer une protection idoine du secret professionnel et un strict respect du principe de proportionnalité des mesures coercitives, il est nécessaire de prévoir la possibilité pour le bâtonnier de contester le fondement de ladite mesure en amont.

Ce dispositif nouveau implique la **création d'un recours du bâtonnier devant le JLD suite aux réquisitions du Procureur de la République (art. 76 CPP) ou à la commission rogatoire rendue par la juge d'instruction (arts. 92 et suiv. CPP).**

4 Protection du secret professionnel en matière de perquisitions administratives (visites domiciliaires)

Afin que les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers veillent au respect du secret professionnel et des droits de la défense, **il doit être renvoyé expressément aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale à l'article L621-12 du CMF.**

Concernant les visites domiciliaires effectuées par l'administration fiscale au sein du cabinet ou du domicile d'un avocat, des locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats, il est recommandé que **l'article 16 bis du Livre des procédures fiscales renvoie à l'article 56-1 du code de procédure pénale.**

Concernant les perquisitions et visites domiciliaires effectuées par l'Autorité de la concurrence et les agents des douanes au sein du cabinet ou du domicile d'un avocat, il est préconisé que **l'article L450-4 du code de commerce et l'article 63 ter du code des douanes renvoient à l'article 56-1 du code de procédure pénale.**

Par ce renvoi, la présence du bâtonnier ou de son délégué lors de ces différentes perquisitions ou visites deviendrait obligatoire, sous peine de nullité de la mesure.

5 Protection du secret professionnel en matière d'interceptions de communications des avocats

Dans un souci de protection du secret professionnel, il est nécessaire d'encadrer strictement le recours aux interceptions des conversations des avocats ; **la seule référence aux nécessités de l'information est effectivement insuffisante**. Il faudrait donc **modifier l'article 100 du CPP de sorte que ces mesures ne puissent être décidées que s'il existe, à l'encontre de l'avocat, « des indices graves et concordants laissant présumer qu'il participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit »**.

En outre **le seuil de la peine encourue à hauteur de trois ans devrait passer à cinq ans**.

Au titre de l'article 100- 2 du code de procédure pénale, **la durée maximum pourrait être fixée à deux mois renouvelables une fois**, sur autorisation préalable du juge des libertés la détention.

6 Protection du secret professionnel en matière de « fadettes »

Dans le but de **calquer le régime procédural des « fadettes » sur celui des écoutes téléphoniques**, il est recommandé de modifier les articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale. Ainsi, cette mesure sera autorisée par le JLD, saisi par le Procureur de la République (enquête) ou le juge d'instruction (instruction). En outre, **le juge aura accès à l'entier dossier de procédure pour fonder sa décision qui se basera sur des indices précis, préexistant de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction**.

Instauration d'un régime juridique particulier du secret professionnel de l'avocat en d'autres domaines d'investigation et les garanties procédurales envisageables dans le cadre de l'enquête et de l'instruction préparatoire.

En tant que de besoin, nous indiquons que les articles 230- 34, 706-102,706-96-1 et 706-95 CPP ne doivent en aucun cas pouvoir concerner les avocats dans leur exercice professionnel.

Il s'agit de la géolocalisation, de la captation de données, de la sonorisation ou de l'accès à distance aux correspondances stockées par voie de communication électronique accessible au moyen d'un identifiant.

7 Convocation de l'avocat devant les services de police

Les Bâtonniers constatent que les avocats sont de plus en plus souvent convoqués devant les services de police pour être entendus dans le cadre d'une audition libre ou en qualité de témoins et cela, pour des faits commis par leurs clients, dans le cadre de leur mandat.

Il est tout à fait anormal que les avocats soient convoqués, sauf à les mettre en difficulté de devoir dénoncer leurs clients.

Il faut prévoir une évolution législative informant le Bâtonnier de toute convocation d'un avocat devant les services de police et la possibilité pour le Bâtonnier d'assister à cette audition pour pouvoir, comme sur le régime des perquisitions, s'opposer ou surveiller toute atteinte à l'exercice professionnel et éviter que l'avocat ne soit amené à dénoncer son client.

PARIS, le 26 Janvier 2021

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Estellia ARAEZ', with a long horizontal stroke extending to the right.

Estellia ARAEZ

Présidente du SAF

Conférence nationale des premiers présidents

Note à l'attention de la commission présidée par M le bâtonnier MATTEI

« relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat »

Monsieur le président,

En complément des observations verbales qui ont été développées devant votre commission le 27 janvier 2021, j'ai l'honneur de vous adresser les analyses et propositions faites par la Conférence nationale des premiers présidents (CNPP) sur les sujets qui font l'objet de vos réflexions.

A titre liminaire, la CNPP rappelle sa conviction que l'amélioration du fonctionnement de la justice pénale et de la célérité des enquêtes tant de flagrance que préliminaires, dans l'intérêt non seulement des plaignants, des victimes mais aussi des mis en cause repose essentiellement sur l'accroissement des moyens et des effectifs des services enquêteurs mais aussi des magistrats dont la mission est soit de les diriger soit de les contrôler.

L'engorgement dénoncé par tous les magistrats de certains services d'enquêtes résulte en effet de choix budgétaires et politiques du gouvernement ainsi que du ministère de l'Intérieur depuis des années qui ont privilégié la lutte contre la délinquance dite de rue et diminué progressivement les effectifs des enquêteurs chargés de lutter contre la délinquance économique et financière, petite ou importante ou d'accomplir des actes d'enquêtes à la demande des parquets ou des magistrats instructeurs.

En parallèle, d'éventuelles nouvelles réformes procédurales qui accroîtraient les missions des juges de la liberté et de la détention et/ou des chambres d'instruction mettraient encore plus en péril des juridictions déjà asphyxiées par les réformes successives de la procédure pénale et l'augmentation corrélative des saisines. Ceux-ci devront en outre, dans un proche avenir, gérer notamment le contentieux des conditions indignes ou dégradantes de détention, de l'isolement et la contention psychiatriques puis de la détention des mineurs.

La CNPP observe également que les sujets confiés à votre commission sont par essence « politiques » et pas seulement techniques ou juridiques, en ce qu'ils touchent :

- A la symbolique de la direction de la police judiciaire par les parquets et au statut de ceux-ci par rapport au Garde des sceaux ;
- Au rapport de force des ministères de l'Intérieur et de la Justice quant à l'effectivité de la direction de la « police judiciaire » ;
- A la place du Siège par rapport au domaine de compétence des parquets qui constituent une autorité certes de poursuite, mais une autorité judiciaire selon le conseil constitutionnel et

dont le pouvoir d'opportunité de déclenchement et de conduite des enquêtes ne saurait, sans confusion des missions, être dévolues à des magistrats du siège ;

- A la question de principe de la place du contradictoire et du contrôle d'un juge sur des enquêtes qui n'ont pas encore été déférées devant une juridiction de jugement et ne le seront peut être jamais ;
- A un cadrage jurisprudentiel européen (article 7 de la directive 2012 /13/ du 22 mai 2012 de l'UE et de la cour de cassation CRIM 19 septembre 2012) qui n'impose pas, même si bien sûr elle ne l'interdit pas, de donner à la personne mise en cause, avant l'engagement des poursuites, l'intégralité des éléments à charge de la procédure ;
- A des interrogations persistantes de la communauté judiciaire sur l'avenir et la pertinence de la fonction de juge d'instruction dans l'hypothèse d'une transformation profonde du juge des libertés et de la détention en juge de l'enquête préliminaire et de la flagrance.

Ces remarques ayant été faites, la CNPP émet les propositions suivantes :

1 - S'agissant de l'élargissement des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire quant à l'accès à la procédure

1.1 Au moment de l'audition (libre ou GAV) :

Les articles 63-1 du CPP et 63-4-1 du CPP ne prévoient pour la personne entendue et son conseil que le droit de « consulter » le procès-verbal de notification du placement en GAV et des droits reconnus ainsi que le certificat médical et les procès-verbaux d'audition de la personne assistée.

Proposition 1 : La CNPP propose de reconnaître au conseil le droit, dans le strict respect du secret professionnel à l'égard des tiers, d'obtenir à l'issue de l'audition ou dans un délai fixe la copie des pièces visées à l'article 63-4-1 du CPP

1.2 Au bout d'un an

L'article 77-2 du CPP prévoit qu' un an après l'un des actes prévus aux articles 61-1 et 62-2 , le « mis en cause » peut demander au procureur de la République par LRAR ou déclaration au greffe « de consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations »

Le procureur de la République ne doit faire droit à cette demande que si « l'enquête lui paraît terminée et s'il envisage de poursuivre la personne par citation directe » ou COPJ/CPPV. Les mêmes droits sont alors reconnus à la victime ayant déposé plainte.

De l'avis de tous les praticiens, ce droit est très peu utilisé et il est légitime de se demander s'il convient d'en assouplir ou d'en élargir l'exercice.

Proposition 2 : La CNPP propose de reconnaître aux mis en cause entendus sous le régime des articles 61-1 et 62-2 du CPP ainsi qu'à leurs conseils la possibilité de former devant le procureur général un recours, dans l'hypothèse d'un refus du procureur de la République de faire droit à leur demande

fondée sur les dispositions de l'article 77-2 du CNPP. Les mêmes droits devraient alors être reconnus à la victime ayant déposé plainte.

2 - S'agissant de l'élargissement des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire quant au contrôle de la durée de la procédure

2.1 La CNPP souligne que les délais et les retards de procédure ne sont pas dus au défaut ou au manque de respect du principe du contradictoire (cf la durée de plusieurs dossiers d'instruction « médiatiques ») mais, ainsi que rappelé en observation liminaire, au manque d'OPJ spécialisés (notamment en matière économique et financière) pour traiter les affaires préliminaires.

Il peut en outre apparaître paradoxal de « sanctionner » procéduralement par un arrêt de l'enquête, l'incapacité de l'Etat à donner à ses services enquêteurs ou à ses parquets les moyens nécessaires à l'exercice de leurs fonctions et à la recherche de la vérité ou de l'identification des auteurs de crimes et de délits.

2.2 En outre, « Les atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes » trouvent leur source, moins dans la durée de l'enquête que dans le préjudice d'image occasionné par la violation du secret de l'enquête et la mise en cause publique des personnes soupçonnées par des media qui sont protégés par le « secret des sources » et en toute impunité souvent portent atteinte à la présomption d'innocence .

L'impossibilité pour les mis en cause de rétablir publiquement leur honneur durant toute la durée parfois excessive de l'enquête justifierait certes le souhait que dans les meilleurs délais une juridiction soit saisie ou qu'une décision de classement sans suite soit ordonnée par le procureur, mais la CNPP

- Ne peut réclamer une systématisation des ouvertures d'information judiciaire, en l'état de la surcharge des cabinets d'instruction ;
- Ne peut nier la complexité des investigations menées dans les dossiers les plus graves ;
- Ne souhaite pas que les magistrats du siège, alors qu'aucune juridiction n'est saisie et qu'aucun acte attentatoire aux libertés n'est sollicité par le parquet, deviennent via le JLD ou la chambre d'instruction le juge du contrôle de l'opportunité des enquêtes qui relèvent des seuls parquets.

2.3 La CNPP observe enfin que les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP (délai fixé par le PR, compte-rendu à 6 mois) sont purement symboliques ou incantatoires et sans sanctions.

Proposition 3 : La CNPP propose donc de reconnaître aux mis en cause entendus sous le régime des articles 61-1 et 62-2 du CPP ainsi qu'à leurs conseils la possibilité d'intenter devant le procureur général un recours aux fins de classement de l'enquête, faute de réponse ou de refus du procureur de la République de classer ou de saisir une juridiction, à l'issue de délais qui pourraient être différenciés selon la gravité de l'infraction poursuivie et le seuil de la pénalité encourue.

Afin de préserver les droits des victimes, celles-ci devraient alors être avisées de la demande et du recours et être invitées par le procureur et le cas échéant par le procureur général à faire valoir leurs observations avant que la décision ne soit prise.

3 - S'agissant de l'élargissement des droits de la défense quant à la protection du secret professionnel de l'avocat

Il est rappelé :

- que le secret professionnel n'a pas de valeur constitutionnelle (CC 24 juillet 2015 et 5 août 2015)
- Que le secret professionnel des avocats n'est pas absolu puisque le CPP et la jurisprudence tant européenne que nationales prévoient et réglementent le droit de perquisition et les écoutes téléphoniques des avocats susceptibles d'avoir commis une infraction
- Que la jurisprudence française distingue activité d'exercice des droits de la défense avec un haut degré de protection et activité simple de conseil (Cassation 22 mars 2016)
- Que le « legal privilege » anglo-saxon s'accompagne de devoirs pour les avocats : ne pas mentir aux juges et diligenter des enquêtes internes pour leur compte

La balance des intérêts généraux de lutte contre la délinquance et la préservation des droits de la défense est globalement équilibrée et assurée par les juridictions nationales et européennes.

Demeurent toutefois deux difficultés quant au contrôle de l'opportunité et de la proportionnalité de deux actes

3.1 Proposition 4 : La CNPP propose, s'agissant de la perquisition d'un cabinet d'avocat, que le contrôle du JLD s'exerce et que la décision soit motivée expressément sur « les raisons plausibles de suspecter la participation de l'avocat à la commission d'une infraction » et non pas, comme le propose la commission Perben « sur des indices précis préexistant de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction », cette dernière notion étant trop proche des « indices graves et concordants d'avoir participé aux faits » de l'article 105 du CPP ou de l'article 113-8 du CPP .

3.2 Proposition 5 : La CNPP propose s'agissant des demandes de communication des factures détaillées de téléphonie (fadettes) à l'encontre d'un avocat, qu'elles soient obligatoirement autorisées par le JLD et qu'elles soient motivées expressément sur « les raisons plausibles de suspecter la participation de l'avocat à la commission d'une infraction »

3.3 Proposition 6 :

Parce que dans le cadre d'une information judiciaire, le juge d'instruction est à la fois « Maigret et Salomon », selon l'expression fameuse de Robert Badinter,

la CNPP estime que le principe du double regard devrait s'appliquer aux décisions de mesures coercitives envisagées par le juge d'instruction à l'égard d'avocats et imposer à celui-ci de solliciter l'autorisation préalable du JLD, dans les mêmes conditions que dans le cadre d'une enquête préliminaire.

3.4 Proposition 7 : La CNPP propose qu'il soit reconnu au parquet la possibilité de contester le refus du JLD devant le premier président ou son délégué.

4 - S'agissant de la possibilité pour le parquet de saisir la CHINS pour purger les nullités de l'enquête préliminaire

Les membres de la CNPP sont très majoritairement défavorables à une telle proposition, non seulement en l'état d'engorgement des CHINS mais aussi pour des raisons de principe, en raison de l'absence de respect du principe du contradictoire à l'égard des parties de la procédure lors de l'évocation de cet incident contentieux, alors même qu'en cas d'ouverture possible d'information judiciaire postérieure la décision de la CHINS, celle-ci pourrait être saisie postérieurement de la même question.

La CNPP considère qu'il appartient au tribunal correctionnel, soit lors de l'évocation au fond, soit éventuellement lors d'une audience de mise en état de statuer sur ces éventuelles nullités.

Le système actuel qui permet au tribunal correctionnel saisi de joindre ou de trancher tout de suite les incidents de procédure lui apparaît tout à fait satisfaisant.

Telles sont les différentes observations et propositions que la conférence nationale des premiers présidents estime devoir vous présenter, en réponse à votre sollicitation.

Toulouse, le 5 février 2021

Le président de la CNPP



Jacques BOULARD

CONFERENCE NATIONALE
DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE



**Avis de la Conférence Nationale des Procureurs de la République
sur l'évolution de l'enquête préliminaire**

Monsieur le directeur,

Compte tenu de l'incidence considérable qu'engendreraient les évolutions proposées tant sur l'équilibre de fonctionnement des parquets, que sur la place du ministère public dans l'architecture de notre procédure pénale, le conseil d'administration de la conférence a souhaité procéder à une consultation de la collectivité des procureurs de la République, qui se sont très largement prononcés.

Les avis qui suivent traduisent donc, au-delà du positionnement unanime du conseil d'administration de la conférence nationale des procureurs de la République, la pensée très majoritaire de la collectivité des chefs de parquet, dont on doit souligner combien ils s'inquiètent des conséquences potentiellement désastreuses que pourrait avoir une nouvelle réforme précipitée et susceptible de porter atteinte aux grands équilibres de la procédure pénale actuelle.

Au cours de ces derniers mois, et à plusieurs reprises, la conférence, notamment consultée par la direction des affaires criminelles et des grâces, a pu exprimer son inquiétude quant à certaines orientations ou interprétations adoptées au niveau central.

L'histoire judiciaire récente a permis de vérifier la justesse de ces analyses, nourries de la connaissance aigüe qu'ont les chefs de parquet des incidences pratiques de toute modification procédurale.

S'agissant désormais d'évolutions qui intéressent l'essentiel de l'activité pénale des parquets, la conférence formule le vœu que les suggestions qui suivent soient très largement reçues, toute complexification de la procédure lui apparaissant comme directement contraire au principe d'effectivité réaffirmé, tant par le Premier ministre, que par le Garde des sceaux.

Plus encore, en cette période très incertaine, qui requiert la plus grande solidité des acteurs institutionnels contribuant directement à la pacification de l'espace social, la fragilisation du ministère public tant dans ses prérogatives que par l'alourdissement des charges qu'induirait une nouvelle réforme, lui semble particulièrement inopportune.

S'agissant de la facilitation des conditions ouvrant droit à la requête en consultation prévue par l'article 77-2 du CPP :

La conférence nationale des procureurs de la République estime qu'un équilibre a été atteint entre droits de la défense, introduction du contradictoire et nécessités de l'enquête dans l'enquête préliminaire par :

- les dispositions de l'article 77-2 du CPP
- la loi du 15 mai 2014 qui au stade des poursuites, renforce l'accès au dossier en ouvrant la possibilité de solliciter des actes de la juridiction saisie avant l'audience.

Elle remarque d'ailleurs qu'à l'aune de l'expérience de ces quatre dernières années, les personnes mises en cause dans une enquête ou leurs avocats ne se sont guère saisis des dispositifs existants, ce qui *pose tout de même la question d'un besoin en la matière*

CNPR - Conférence nationale des procureurs de la République
pr.tj-dijon@justice.fr ;sec2.pr.tj-dijon@justice.fr

La CNPR et les procureurs consultés soulignent que ces avancées apparaissent par ailleurs tout à fait suffisantes pour répondre aux exigences *qui pourraient être celles* de la CEDH, du conseil de l'Europe ou de la Cour de cassation, lesquels n'exigent nullement un accès total à la procédure au stade de l'enquête.

La conférence n'est toutefois pas opposée à ouvrir au justiciable ayant subi une perquisition, le bénéfice des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 77-2 du CPP.

Elle est en revanche très réservée sur une réduction du délai actuel d'un an, au regard des difficultés pour les services enquêteurs à respecter les éventuels délais fixés par les parquets, notamment dans les affaires les plus complexes traitées par des services spécialisés en manque de moyens évidents. C'est notamment le cas de tout le contentieux économique et financier traités par les SRPJ.

La conférence reconnaît néanmoins *que le délai maximum raisonnable d'une enquête pourrait ne jamais devoir dépasser trois années*, ce qui pourrait être inscrit dans la loi, en prévoyant que la 3^{ème} année devrait faire l'objet d'une *autorisation expresse du procureur de la République*.

S'agissant de l'évolution des prérogatives donnée au JLD pendant le cours de l'enquête préliminaire :

La CNPR rappelle son attachement à la préservation des principes d'équilibre qui gouvernent la place du procureur et du juge dans notre procédure pénale, actuellement conforme aux standards européens développés par le conseil consultatif des procureurs européens.

Dans l'exercice de leurs prérogatives propres, et particulièrement leur mission centrale qu'est l'exercice de l'action publique, ce conseil rappelle que « Les procureurs sont également indépendants dans leur coopération avec les forces de l'ordre, **les tribunaux** et d'autres instances » (avis n°9, point 39), principe consacré dans notre droit positif.

La conférence est donc unanimement opposée à toute forme de contrôle du juge (*l'intervention d'un JLD*) sur le cours de l'enquête préliminaire. Cet éventuel contrôle se distingue bien du système actuel, parfaitement légitime et équilibré, d'autorisation donnée par le juge sur sollicitation du parquet, s'agissant d'actes particulièrement coercitifs ou intrusifs. Cet éventuel contrôle constituerait à son sens *et avant tout*, une atteinte *importante* au principe posé à l'article 31 du CPP qui veut que le procureur "exerce l'action publique", qu'il exerce la "direction de la police judiciaire" (*et peut adresser des instructions générales*), contrôle la légalité des moyens mis en œuvre, la proportionnalité des actes d'investigations, l'orientation donnée à l'enquête, ainsi que sa qualité (art. 39-3 CPP), qu'il apprécie enfin les suites à donner aux plaintes (art. 40 du CPP).

Une telle réforme serait une porte ouverte sur la création d'un juge de l'enquête qui porterait une atteinte grave et injustifiée à la qualité de magistrat des parquetiers, au moment-même où chacun s'accorde à penser qu'il serait temps de renforcer, dans le statut, l'indépendance des magistrats du parquet.

Au plan pratique, la conférence souligne que cette "juridictionnalisation" de l'enquête conduirait aux mêmes écueils temporels que ceux vécus par l'instruction mais les démultiplieraient au regard de la masse des procédures concernées. Ces saisines suspendraient en effet nécessairement le cours de l'enquête pendant une durée longue et parfois répétée, d'autant plus dans les procédures mettant en cause plusieurs personnes qui pourraient user de leurs droits à tour de rôle, provoquant ainsi autant d'interruptions successives.

L'introduction d'une phase contradictoire confiée à un juge serait inévitablement de nature à ralentir encore le cours de l'enquête préliminaire et donc parfaitement contraire à l'objectif de réduction des délais d'enquête, tel que rappelé par le chef du gouvernement.

Enfin, la conférence s'interroge sur l'opportunité d'une telle réforme à l'heure où il est enfin question de mettre en œuvre les préconisations du rapport sur l'attractivité des parquets. Toute forme de tutelle sur l'action du procureur de la République ne peut que porter atteinte à l'intérêt même des missions du procureur.

Elle craint ainsi un risque fort de désaffectation des magistrats du ministère public au regard de la fragilisation de leur autonomie et de la remise en cause de leur pouvoir de direction de la police judiciaire et de contrôle des enquêtes et plus encore la démotivation des services d'enquête dont l'intérêt pour la police judiciaire diminue de manière corrélative à la complexification de la procédure pénale.

S'agissant de la possibilité de demander au JLD un accès immédiat à la procédure, dès lors que celle-ci est rendue « publique » par la diffusion dans la presse de compte rendus, reportages, ou articles la concernant, le JLD appréciant cette demande au regard des nécessités de l'enquête, les procureurs de la République y sont unanimement opposés, non seulement pour les raisons sus-évoquées, mais en outre parce qu'elle encouragerait l'organisation de fuites dans la presse et de violations du secret des enquêtes, aux fins d'instrumentalisation de la justice.

La conférence n'est pas plus favorable à la possibilité de permettre au parquet de demander au président de la chambre de l'instruction d'annuler des actes d'enquêtes irréguliers, faculté qui s'inscrit dans cette même volonté de «juridictionnalisation» des investigations, là encore de nature à engendrer un allongement des enquêtes et une charge supplémentaire pour les parquets.

La conférence *insiste pour affirmer* que la meilleure manière de réduire les délais de l'enquête préliminaire, passe **nécessairement et avant toute chose** par un renforcement des effectifs des services d'enquêtes et non un nouvel alourdissement de leurs tâches, ainsi qu'un renforcement des prérogatives du parquet sur l'action de la police judiciaire, par exemple par l'instauration de l'identifiant unique des procédures permettant au procureur d'avoir une visibilité sur les stocks de procédure non encore transmises au parquet, ou encore par l'association des procureurs de la République aux côtés des responsables des services de police et de gendarmerie à la définition des moyens de police judiciaire à engager dans les enquêtes *judiciaires*.

Pour mémoire, un certain nombre de procureurs tente actuellement d'obtenir une image fidèle des stocks existants dans les commissariats et dans une moindre mesure dans les gendarmeries et buttent souvent sur l'incapacité de ces services à leur transmettre des chiffres exacts lorsqu'ils ne sont pas tout simplement dans l'incapacité de leur répondre.

Les difficultés relatives à la durée des enquêtes préliminaires résident pour une grande part dans ce manque de moyens et les procureurs de la République, unanimes à cet égard, estiment qu'ils ne peuvent accepter une responsabilité qui n'est pas la leur, ni supporter une charge de travail supplémentaire parfaitement contreproductive au jour où ils sont appelés à réduire au maximum les délais de jugement et rapprocher la justice de nos concitoyens.

On doit noter en outre que les contrôles effectués par les parquets dans les enquêtes mettant en œuvre des techniques spéciales d'enquête, par le biais de Bureau Des Enquêtes donne de bons résultats en terme de maîtrise des délais, mais l'élargissement de ce système à l'ensemble des enquêtes préliminaires nécessiteraient de doter les parquets de moyens d'assistance dédiés aux parquets bien plus importants.

La conférence appelle donc de ses vœux la création d'un vrai corps de police judiciaire dépendant des parquets et doté des moyens suffisants pour traiter l'ensemble des procédures dans des délais raisonnables.

Cette police judiciaire aux moyens renforcés est seule à même de leur permettre de disposer d'un véritable contrôle sur la durée des enquêtes.

30 octobre 2020

Eric MATHAIS



Président de la CNPR

**Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et
au secret professionnel de l'avocat**

Réponse de la CNPR au questionnaire en vue des auditions et consultations – Vdéf.

I – Élargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et des gardes à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

Il convient tout d'abord de rappeler que le code d'instruction criminelle n'avait réglementé que la seule enquête de flagrance dont l'existence avait été consacrée en raison de l'impossibilité pour le magistrat instructeur de suivre la totalité des enquêtes pénales. Cette impossibilité est encore plus d'actualité au 21^{ème} siècle et, quoi que l'on pense de l'éventualité d'accroître les droits de la défense au cours des enquêtes pénales, il conviendra de ne pas transformer ces enquêtes en une sorte de mini-instruction, au risque tout simplement de rendre impossible toute enquête pénale et, par conséquent, de nuire gravement à leur efficacité.

C'est donc la pratique et la nécessité de développer des enquêtes pénales hors information judiciaire et hors flagrance qui a conduit à l'apparition de l'enquête préliminaire devenue, statistiquement parlant, le cadre ordinaire des enquêtes pénales puisqu'il s'en conduit plusieurs centaines de milliers chaque année au sein des services de police et de gendarmerie.

La césure traditionnelle entre l'aspect coercitif justifié par l'urgence des enquêtes de flagrance et l'aspect non coercitif des enquêtes préliminaires tend à disparaître assez largement et l'on ne peut que regretter que la mission de la présente commission se limite à une seule des « deux jambes » des enquêtes pénales.

En tout état de cause, il convient de trouver un équilibre entre l'exercice des droits de la défense dans le cadre de l'enquête pénale, leur effectivité et leur efficacité.

De ce point de vue, un accroissement des droits de la défense et du contrôle de la durée des enquêtes préliminaires - les procureurs de la République souhaitant tout particulièrement que des avancées majeures interviennent sur ce dernier point - ne peut être envisagé que si, au préalable, des moyens humains suffisants sont accordés aux parquets.

Tous les procureurs souhaiteraient être informés d'emblée de l'existence d'une enquête préliminaire et avoir les moyens d'en contrôler l'opportunité, les modalités et la durée. Or, l'enquête statistique en cours menée par la DACG d'une part et, par la CNPR d'autre part, tend à montrer que le nombre des enquêtes préliminaires inconnues du parquet, et donc non contrôlées, s'élève à plus d'un million, le stock des enquêtes préliminaires en cours au sein des services d'enquête relevant de 100 parquets (Sur 164) s'élevant actuellement à 1 700 000 procédures.

Dès lors, si les droits de la défense dont bénéficient actuellement les personnes soupçonnées dans le cadre des enquêtes, notamment préliminaires, peuvent apparaître comme insuffisants, il semble très délicat qu'il en soit autrement, sauf à nuire gravement à l'équilibre actuel de notre procédure pénale.

Cependant, mais nous y reviendrons, il (semble indispensable) peut apparaître opportun de fixer une durée maximale (limite) aux enquêtes pénales, à condition qu'elle soit raisonnable et tienne compte de la complexité de l'enquête, sauf à accepter soit qu'il n'y ait plus d'enquêtes complexes, soit que les juges d'instruction soient saisis de milliers de procédures nouvelles qu'ils seront bien en peine de traiter.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République¹, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

Dans la pratique il faut bien admettre que les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP ne sont presque jamais appliquées faute pour les services d'enquête d'être réellement en capacité de gérer de manière qualitative leur portefeuille d'enquêtes et faute pour les procureurs d'être en capacité d'adresser des milliers de rappels chaque semestre à l'ensemble des services en charge de ces enquêtes.

Les procureurs de la République le regrettent d'autant plus que, si ces deux textes étaient respectés de manière stricte, la question de l'effectivité du contrôle des enquêtes préliminaires ne se poserait sans doute plus, l'excessive durée de quelques enquêtes ne pouvant, à elle seule, justifier d'une réforme procédurale profonde.

Il conviendrait donc, pour le ministère de la Justice, de proposer au gouvernement que soient créés des postes suffisants d'OPJ et de magistrats du parquet, en fonction du nombre réel des enquêtes diligentées chaque année. Le ministre de l'intérieur a d'ailleurs expressément regretté la faiblesse du nombre des OPJ et la faiblesse de l'encadrement intermédiaire en la matière.

Il conviendrait donc que la part des forces de police et de gendarmerie affectées à l'investigation soit revue très largement à la hausse.

Il serait dans le même ordre d'idée particulièrement utile d'envisager la création dans le code de procédure pénale d'un article 12-2 qui préciserait que : "pour les procédures complexes, le procureur de la République est régulièrement associé par le chef de service à la définition des moyens affectés à l'enquête". Cela permettrait la mise à disposition de moyens réels sur ce type d'enquête et éviterait les lenteurs actuellement rencontrées. Une telle disposition avait d'ailleurs été envisagée dans un projet de réforme de la procédure pénale initiée en 2009 par madame la ministre ALLIOT-MARIE.

Si les effectifs d'enquêteurs et de magistrats du parquet étaient proportionnés à la délinquance constatée en France, il n'y aurait vraisemblablement aucune difficulté pour en contrôler le déroulement et en limiter la durée.

Envisager de modifier les textes en imposant, à peine de nullité ou de toute autre forme de forclusion, la durée maximale des enquêtes pénales, reviendrait en pratique à interdire des centaines de milliers d'enquêtes ce qui ne pourrait qu'être insupportable à l'ensemble de nos concitoyens et priver grand nombre de victimes de leurs droits.

Quant à l'article 77-2 du CPP il n'existe pas de raison majeure de le modifier en profondeur puisqu'il est parfaitement légitime qu'une personne, nécessairement entendue dans le cadre d'une enquête préliminaire, puisse demander au procureur de la République ses intentions. Les actes déclenchant ce droit ne peuvent guère être étendus. S'agissant des perquisitions par exemple, et même si l'idée est séduisante, il convient de rappeler que nombre d'entre elles sont pratiquées ailleurs qu'au domicile du suspect et qu'il serait particulièrement néfaste que la moindre perquisition oblige à faire connaître au mis en cause le contenu de l'enquête préliminaire, au risque de nuire au bon déroulement de celle-ci.

Au demeurant, et dans la seule hypothèse où le procureur ne répondrait pas aux demandes formulées par une personne mise en cause ou par son avocat, un recours pourrait être prévu devant le procureur général, similaire à celui qui existe en matière de classement sans suite, afin qu'une réponse puisse être apportée au requérant ou à son conseil.

Il convient toutefois, avant d'envisager de modifier ce texte, de constater que depuis l'été 2016, quasiment aucun justiciable ni aucun avocat ne s'est emparé de ces dispositions pour les faire vivre alors même qu'il existe des milliers d'enquêtes préliminaires dans lesquelles des avocats sont saisis par des justiciables qui connaissent l'existence d'une enquête les concernant. La question peut donc se poser de

¹Ces articles, dont les dispositions ne sont pas édictées à peine de nullité, prévoient que le procureur qui ordonne une enquête préliminaire doit en fixer le délai (sans que la loi ne précise quels délais peuvent être fixés), que les enquêteurs doivent rendre-compte des enquêtes préliminaires menées d'office et que, dans les deux cas d'enquête sur instruction ou d'office, les enquêteurs doivent aviser le procureur dès qu'un suspect a été identifié.

savoir pourquoi quasiment aucune demande d'acte n'est jamais adressée aux procureurs. Il en est d'ailleurs de même des dispositions de la loi du 15 mai 2014 qui permettent au prévenu de saisir d'une demande d'actes la juridiction correctionnelle alors saisie.

En tout état de cause, l'existence de droits au bénéfice de personnes soupçonnées ne peut être pensée en fonction d'une stratégie, qu'il s'agisse de celle du ministère public ou de celle de la défense.

S'agissant tout particulièrement de la durée des enquêtes préliminaires, cette question ne peut être dissociée que très difficilement de celle de la nature de l'enquête, de sa complexité et du service saisi. Il est évident pour tout le monde qu'une enquête préliminaire peut être techniquement d'une grande complexité et concerner des faits dissimulés par leurs auteurs ce qui, inévitablement, va imposer un temps d'investigation long.

De même, chacun sait que certains services d'enquête sont totalement engorgés et que le premier acte d'une enquête préliminaire, en matière économique et financière notamment, ne pourra intervenir que de nombreux mois après son acte fondateur.

Pour autant, il semble difficile, dans le cadre de textes nécessairement généraux, de procéder à des distinctions entre l'objet de l'enquête ou la nature du service saisi pour prévoir des délais différents.

Dès lors, si un délai général doit être fixé, il doit être nécessairement long afin de permettre aux enquêtes complexes d'être diligentées dans des délais certes encadrés mais raisonnablement fixés. Prévoir des délais trop court aurait pour effet, soit d'imposer l'ouverture d'informations dans des milliers de procédures, au risque de tuer le système, les services d'enquête saisis sur commission rogatoire étant au demeurant les mêmes que ceux saisis par le procureur soit, d'interdire purement et simplement les enquêtes complexes au risque de permettre à un grand nombre de délinquants d'importance d'échapper à leur responsabilité pénale.

Dès lors, un moyen terme pourrait consister à fixer à 2 ans le délai maximale d'une enquête préliminaire à compter non pas de l'acte initial de la procédure mais du premier acte d'enquête effectué et, d'autoriser la prolongation pour une durée supplémentaire d'une année de ces enquêtes, cette autorisation, nécessairement écrite et motivée, ne pouvant être donnée que par le seul procureur de la République sur demande écrite également motivée de l'OPJ en charge de la procédure.

Il convient enfin de souligner que la durée effectivement excessive et le caractère non contrôlé d'un très grand nombre d'enquêtes préliminaires préjudicient bien souvent davantage aux victimes qu'aux mis en cause, en raison du caractère évanescent du recueil des preuves avec l'écoulement du temps.

Hormis l'inquiétude que peuvent éprouver certains mis en cause devant l'ignorance de la suite donnée à une procédure les concernant, leur préjudice objectif est plutôt rare, l'écoulement d'un temps excessivement long ayant souvent pour effet de leur permettre d'obtenir le prononcé d'une peine réduite. Au demeurant, et comme cela a déjà été dit, il leur appartient de s'emparer des dispositions de l'article 77-2 du CPP, nul n'étant censé ignorer la loi.

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

Sous réserve de ce qui a été répondu à la question précédente, il nous semble en effet indispensable de rendre plus contraignante la durée effective des enquêtes préliminaires sous réserve toutefois de permettre aux services enquêteurs concernés et au ministère public de disposer de moyens effectifs pour ce faire. Imposer de telles mesures à effectifs constants serait particulièrement discutable en ce qu'il ferait peser une responsabilité sur les magistrats du parquet qui ne serait pas la leur car directement liée au manque de moyens affectés à ces enquêtes.

En revanche, et sauf à créer là encore une sorte de mini-instruction judiciaire avec toutes les difficultés qui y sont liées, notamment en termes de durée et de recours possibles, il ne semble pas nécessaire d'accroître le recours au contradictoire, l'excès de contradictoire en ce domaine ayant pour

effet inéluctable de permettre au mis en cause d'interférer gravement dans le déroulement de l'enquête et dans la recherche des preuves nécessaires.

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition d'un suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

Ainsi que cela a déjà été indiqué, il ne nous semble ni souhaitable ni possible d'élargir encore les fenêtres de contradictoire prévues par cet article, l'état des services d'enquête et des parquets ne permettant d'y procéder utilement.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Le délai d'un an nous semble être le minimum raisonnable, eu égard à la réalité que connaissent les services d'enquête et qui ne pourra pas changer rapidement, quand bien même de sérieux moyens lui seraient attribués, pour permettre à une grande part des enquêtes préliminaires une réalisation effective. Il convient en effet de rappeler que nombre d'enquêtes préliminaires initiées par une plainte n'ont pas encore débuté un an après.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il ajouter des sanctions, et si oui, lesquelles ?

De notre point de vue, et sauf à nier le fait que le magistrat du parquet soit un magistrat à part entière, premier protecteur des libertés individuelles – même en tenant compte de la jurisprudence européenne sur ce point à laquelle beaucoup font dire des choses inexactes – il nous semble essentiel que seul le procureur de la République puisse exercer un contrôle sur les enquêtes, préliminaires ou non, sauf à bouleverser complètement l'ordonnancement de la procédure pénale française.

Seul le procureur de la République dirige l'action publique et il n'est pas concevable de demander au procureur général de s'ingérer dans cette direction d'enquête. En effet, il en résulterait une confusion des genres rapidement très délicate à mettre en œuvre et qui pousserait inévitablement certains parquets généraux à donner des instructions générales aux services d'enquête en matière d'enquêtes préliminaires et à créer ainsi de véritables oppositions.

Il serait encore plus inadmissible d'envisager qu'un magistrat du siège puisse s'ingérer dans l'opportunité d'une enquête pénale, ce qui serait alors l'acte de naissance du juge de l'enquête. Le JLD est parfaitement connu dans le paysage des enquêtes conduites par le procureur mais il n'intervient que pour autoriser des actes coercitifs et, plus récemment et de manière discutable au demeurant, des actes intrusifs. En l'occurrence il ne s'agirait en rien de cela mais, simplement, de décider du sort réservé à une enquête dont la loi estimerait qu'elle a trop duré ou qu'elle n'a pas été suffisamment contradictoire. Outre que la création d'un tel juge de l'enquête signerait la mort du parquet à la française, on imagine mal en quoi la plupart des JLD, qui n'ont été ni magistrats instructeurs, ni magistrats du parquet, pourrait émettre un avis pertinent sur la nécessité de poursuivre en préliminaire telle ou telle enquête ou de décider d'un caractère contradictoire plus prononcé.

Au surplus, le JLD n'est pas un juge de l'opportunité de l'enquête mais bien le juge du contrôle de la liberté et des mesures visant à la restreindre. Dès lors que le juge des libertés et de la détention entrerait dans une appréciation globale de l'économie des procédures, des charges et indices qu'elles contiennent, afin notamment d'apprécier la légitimité d'une prolongation des investigations (ou l'ouverture d'une phase contradictoire), il endosserait alors la qualité d'enquêteur et s'imprègnerait d'un positionnement de nature à interférer avec l'absolue indépendance qui lui est nécessaire pour l'exercice de sa mission première de contrôle de la liberté individuelle.

S'agissant des délais qui pourraient être mis en place pour encadrer la durée des enquêtes préliminaires (Cf. nos réponses à la question 2), il semble délicat d'imaginer des sanctions juridiques autres que l'obligation d'ouvrir une information judiciaire. Une autre sanction juridique visant à mettre un terme à l'enquête par exemple pourrait contrevenir dangereusement aux règles relatives à la prescription de l'action publique et aux droits des parties.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

S'agissant du contrôle de la durée des enquêtes préliminaires, rendre effectif le contrôle prévu par les articles 75-1 et 75-2 du CPP nous semblerait largement suffisant.

On pourrait par ailleurs imposer, ce qui rendrait service à tous les procureurs de France que l'instauration, déjà prévue, du numéro unique de procédure soit accélérée. Il serait en effet indispensable que chaque procureur connaisse l'intégralité du portefeuille des enquêtes préliminaires en cours dans les 8 jours de leur point de départ.

Au demeurant, de telles dispositions ne peuvent être mises en œuvre qu'accompagnées de créations de postes importantes tant en termes d'enquêteurs qu'en termes de magistrats du parquet.

Il paraît en revanche très délicat de permettre à un juge d'ordonner la mise à disposition à un tiers d'une procédure diligentée sous le contrôle du parquet car cela heurterait l'un des principes fondamentaux qui gouverne les relations entre siège et parquet : celui de leur indépendance réciproque qui interdit au juge de donner toute instruction au parquet. La procédure préliminaire étant diligentée sous le contrôle et la direction du ministère public, qui dispose matériellement des pièces de la procédure, la décision de communication du dossier à une partie s'adresserait donc très directement au ministère public et pourrait s'apparenter à une injonction du siège à l'égard du parquet.

En tout état de cause il est essentiel de ne pas faire du juge des libertés et de la détention une autorité de recours contre les décisions du parquet en instaurant par exemple la possibilité, en cas de réponse négative du procureur à une demande formulée par toute personne soupçonnée, d'une voie de recours devant lui que pourrait utiliser abondamment la défense. Outre les raisons évoquées précédemment tenant au risque de mutation du rôle du juge en celui d'enquêteur, au danger de paralysie de l'enquête résultant d'une juridictionnalisation de la procédure et de l'impossibilité de toute injonction du siège envers le parquet, il nous semble surtout indispensable de respecter l'architecture générale de notre procédure pénale et les places respectives qu'elle reconnaît au juge et au ministère public et auxquelles les procureurs de la République sont profondément attachés.

8 – Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

S'agissant de l'efficacité de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire de la mise en œuvre d'un régime juridique qui permette de mettre en lumière la commission d'une infraction rapidement et efficacement, il convient de maintenir le principe de base du secret de cette enquête et, surtout, d'éviter de la

juridictionnaliser, au risque de la transformer en une mini-instruction judiciaire dont on connaît tous les limites en termes de durée notamment.

Il convient de rappeler que la grande majorité des centaines de milliers d'enquêtes préliminaires conduites chaque année concernent des atteintes aux personnes et aux biens de gravité modérée nécessitant une enquête simple et rapide dès lors que les effectifs des services d'enquête sont suffisants pour ce faire.

Tout ce qui a pour effet de judiciariser l'enquête et/ou de faire intervenir un JLD ou un tiers dans son déroulement peut sans doute se justifier en termes de gravité sociale des faits et de respect du principe du contradictoire mais, de fait, nuit gravement à l'efficacité de l'enquête. C'est bien la raison historique pour laquelle l'enquête de flagrance puis l'enquête préliminaire ont été créées, les juges d'instruction étant dans l'incapacité de traiter de toutes les procédures pénales établies. Revenir en arrière, en l'état des services d'enquête et de justice, aurait pour effet de réduire la capacité de l'Etat à lutter contre toutes les formes de délinquance ce que nos concitoyens auraient sans doute quelques difficultés à admettre.

D'ailleurs, les pays qui s'y sont essayés, à l'instar de l'Italie, ont vu leurs délais s'allonger considérablement.

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

- 1. Dans le cadre des investigations menées pendant l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions et aux interceptions de correspondance ?**

La protection dont bénéficie l'avocat soupçonné d'avoir commis une infraction est déjà importante et il semble délicat de la renforcer davantage sauf, en pratique, à rendre de plus en plus difficile une enquête pénale mettant en cause un avocat. A cet égard un parallèle peut être fait avec les enquêtes visant les journalistes et dont on voit bien, qu'entre la complexité de la loi de 1881, la totale protection du secret des sources et la très grande protection initiée par les jurisprudences européennes, ils ne peuvent quasiment plus être poursuivis lorsqu'on les soupçonne de contribuer à violer le secret des enquêtes pénales.

Imaginer qu'une profession puisse progressivement échapper à toute enquête pénale n'est pas acceptable et ne serait certainement pas compris par nos concitoyens et alors même que, la complexité du droit aidant, nombre d'infractions complexes ne peuvent être commises que grâce à l'intervention de juristes de haut niveau.

Dès lors, il nous semble que le secret professionnel de l'avocat est suffisamment protégé par les textes en vigueur et que, par exemple, imaginer qu'il faille passer par une autorisation du JLD ou du Bâtonnier pour obtenir les fadettes du téléphone d'un avocat ne paraît pas soutenable sauf, là encore, à surprotéger une profession particulière parmi l'ensemble des auxiliaires de justice sans aucun motif légitime .

Ainsi que la question le rappelle, il s'agit de pouvoir enquêter sur un avocat soupçonné d'avoir commis une infraction. Dès lors, savoir où il se trouve à un instant T et savoir avec qui il a pu entrer en communication est la moindre des choses pour pouvoir mener une enquête utile. Devoir recourir à l'autorisation du JLD ou du Bâtonnier supposerait inévitablement de donner accès à l'avocat soupçonné à des informations précieuses qui lui permettrait ensuite d'organiser son éventuelle impunité.

- 2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?**

Non, en aucun cas. Au surplus, il semble tout de même étonnant en raison d'une enquête particulière diligentée dans un dossier très particulier d'envisager de modifier la loi – car c'est de cela qu'il s'agit, d'une loi de pure circonstance – alors même que, pour le million d'enquête préliminaire conduite chaque année, aucune difficulté particulière n'est soulignée.

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigation notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?

Non, s'agissant là encore d'un avocat soupçonné d'avoir commis une infraction et de rien d'autre. Il est totalement indispensable de pouvoir mener une enquête pénale de qualité contre un avocat, un magistrat, un médecin, un notaire ou toute autre profession pour laquelle le secret professionnel revêt une importance sensible.

Ainsi en est-il tout particulièrement de l'obtention des fadettes concernées, notamment, par les dispositions des articles 77-1-1 et 99-3 précités. En effet, si l'on soupçonne un avocat d'avoir commis une infraction impliquant le recours à des complices et/ou à des co-auteurs, il est indispensable de pouvoir connaître les personnes qu'il rencontre sans que cette information ne soit transmise à des tiers, lesquels seraient alors susceptibles de communiquer cette information à l'avocat concerné. Il n'y a aucune raison qu'une surveillance physique soit possible sans solliciter une quelconque autorisation et qu'une surveillance informatique soit soumise à autorisation alors qu'il va de soi que, lorsqu'un enquêteur cherche à recueillir des informations susceptibles de confirmer ou d'infirmer l'implication d'un mis en cause, il se désintéresse totalement de toute information sans rapport avec l'enquête en cours et, que le fait qu'à l'occasion d'une enquête un OPJ puisse identifier les clients, amis et autres relations du mis en cause n'est en rien particulièrement attentatoire aux libertés de ce dernier, qu'il soit avocat ou non.

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent alors envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

Aucune, la présente commission n'étant en outre pas missionnée pour réfléchir au cadre juridique de l'instruction préparatoire.

Intervention CNPR devant la commission MATTEI
(Jeudi 20 janvier 2021)

Introduction :

Anne GACHE, procureur Albertville

Synthèse des réponses de la CNPR au questionnaire :

Eric MAILLAUD, procureur Clermont-Ferrand

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres de la commission

Après l'intervention d'Anne GACHE, procureur de la République à Albertville, qui a rappelé quelles étaient les lignes de force du positionnement des procureurs de la République, permettez-moi d'intervenir à mon tour pour, rapidement, synthétiser les réponses aux questions que vous avez bien voulu nous transmettre.

Anne GACHE et Jérôme BOURRIER, procureur de la République à Bayonne, pourront bien évidemment, après chaque question ou bloc de question, réagir à leur convenance pour compléter et enrichir mon propos.

Nous espérons ensuite avoir le temps d'échanger le plus librement possible et le plus utilement possible avec les membres de votre commission.

I - Concernant donc la première partie de votre questionnaire sur l'élargissement possible des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire vous nous avez soumis plusieurs thématiques

1 et 2 - Les deux premières questions se complètent et concernent :

- les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP qui encadrent actuellement le déroulement des enquêtes préliminaires en imposant un compte-rendu au procureur dès lors qu'un suspect est identifié et, au plus tard, au bout de 6 mois ;
- les dispositions de l'article 77-2 du CPP qui, pour l'essentiel, permettent à un mis en cause de pouvoir consulter le procureur pour savoir quelle sort sera fait à la procédure le concernant dans le délai d'un an après une audition libre ou une garde à vue ;

- **S'agissant des articles 75-1 et 75-2** et comme l'a rappelé Anne GACHE, tous les procureurs aimeraient être en capacité de connaître, dès l'origine, l'intégralité des enquêtes en cours et de disposer des moyens humains pour en contrôler la durée et le bon déroulement.

Rien d'utile au demeurant ne pourra se faire sans un renforcement notable des effectifs d'enquêteurs - OPJ et APJ - et des effectifs des magistrats du parquet. Nous en voulons pour preuve le recensement auquel la CNPR s'est récemment livré et qui établit qu'1 700 000 enquêtes préliminaires sont actuellement en cours au sein des services d'enquête dépendant de 100 parquets, soit environ 60% du nombre moyen des enquêtes préliminaires annuelles. Si nous devions, à la suite d'une loi nouvelle imposant un contrôle effectif, prendre la main sur ces enquêtes, aucun parquet n'y arriverait.

De fait, en pratique, les articles 75-1 et 75-2 ne sont pas vraiment mis en oeuvre faute de moyens humains suffisants, ce malgré l'existence de services dédiés de traitement en temps réel (TTR) et malgré l'existence de Bureaux des Enquêtes qui permettent à chaque magistrat du parquet de veiller au bon avancement de quelques enquêtes préliminaires particulières ce qui, déjà, impose un investissement lourd.

Renforcer massivement les effectifs d'OPJ et sensiblement les effectifs de parquetiers permettrait de rendre effectives les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP et cela pourrait être largement suffisant à permettre un contrôle réel des enquêtes en cours.

- **S'agissant de l'article 77-2 du CPP**, nous ne pouvons que constater que cet article n'a quasiment jamais été investi par les avocats **pas davantage d'ailleurs que la loi de 2014** qui permet au prévenu, lorsque des poursuites ont été décidées, de demander des investigations complémentaires au président de la juridiction correctionnelle.

Les dizaines de collègues consultés nous l'ont confirmé, y compris dans de très grandes juridictions comme Pontoise ou Nanterre.

Nous savons bien que de nombreux avocats interviennent dans le cours d'enquêtes préliminaires mais, pour autant, aucun ou presque ne demande quoi que ce soit au procureur chargé de son suivi.

Bien plus fréquemment en revanche, nous sommes consultés de manière informelle par des avocats que nous recevons bien volontiers et il arrive même que, d'initiative, les procureurs consultent les avocats dont ils connaissent l'existence sur un projet de poursuites en leur communiquant à cette occasion l'intégralité de la procédure. C'est d'ailleurs désormais prévu par le II de l'article précité mais on le faisait parfois, bien avant 2016.

Cet article n'a donc en rien permis de renforcer les droits de la défense pendant le cours de l'enquête préliminaire ce qui, au demeurant, est conforme à la JP de la CEDH qui, dans le cadre de l'exigence qu'elle pose d'une procédure pénale équitable, n'a jamais interdit une phase d'enquête confidentielle dès lors que celle-ci est suivie d'une phase de jugement contradictoire.

Accroître les droits des parties pendant le cours des enquêtes préliminaires, **et nous répondons là en partie à l'un des aspects de la question 3**, aurait comme effet de complexifier la procédure pénale, d'en accroître la durée et, de transformer l'enquête préliminaire en une sorte

de mini-instruction judiciaire, au risque de mettre à mal notre système pénal.

C'est pour cela également, **en réponse à la question 4** sur l'élargissement possible de l'article 77-2, qu'il ne nous semble guère raisonnable d'envisager de permettre au mis en cause d'interroger le procureur de la République, dans le même délai d'un an, après l'exécution d'une mesure de **perquisition**.

En effet, toutes les perquisitions ne sont pas effectuées aux domiciles des mis en cause et il serait particulièrement nuisible à la sécurité et à la qualité des enquêtes préliminaires que n'importe quelle perquisition ait pour conséquence de permettre au suspect de connaître le contenu de cette enquête.

Il nous semble dès lors qu'aucune extension de peut-être envisagée au titre des droits des parties pendant l'enquête préliminaire, **répondant ainsi à votre question n° 7**.

Par ailleurs, **et en réponse à la question 5**, il nous semble également impossible de réduire ce délai d'un an, sauf à accepter d'imposer par la loi un délai que l'on saurait intenable. Nombre d'enquêtes nécessite du temps pour identifier les mis en cause, investiguer, attendre le retour d'un certain nombre de réquisitions et, fixer un délai plus court reviendrait à sacrifier sciemment les enquêtes préliminaires.

3 - S'agissant de la question 3 relative à la durée des enquêtes préliminaires et à leur maîtrise, nous avons parfaitement conscience que, dans bien des cas, elles durent trop longtemps et ce au préjudice des suspects certes mais aussi, ne les oublions pas, au préjudice des victimes.

Nous l'avons déjà indiqué, le meilleur moyen de réduire les délais consisterait à renforcer les moyens humains des services d'enquête et des parquets.

Il serait également important, compte-tenu notamment des perspectives de réorganisation territoriale des services d'enquête actuellement mises en oeuvre par le ministère de l'intérieur, de donner au procureur un droit de regard légal sur les moyens des services de police et de gendarmerie devant être dédiés à l'investigation. Si l'on privilégie l'ordre public à l'investigation, de fait, on paralyse un grand nombre d'enquêtes.

Pour autant, il semblerait légitime à la plupart des procureurs que l'on puisse encadrer les enquêtes dans des délais prédéterminer, à plusieurs conditions toutefois :

1 - Il ne faudrait pas que le dépassement de ces délais puisse avoir pour conséquence - pour sanction et **nous anticipons là sur la question n° 6** - d'interdire la poursuite des investigations ni de contraindre à une ouverture d'information : dans le premier cas cela reviendrait à créer une forme *sui generis* de prescription contraire aux textes légaux et par trop favorable aux délinquants ; dans le second cas, cela porterait un coup très rude aux cabinets d'instruction ;

2 - Il ne faudrait pas non plus que le dépassement de ces délais puisse aboutir à permettre de sanctionner à titre disciplinaire les procureurs alors même qu'on leur aurait imposé des obligations totalement intenable ;

De notre point de vue, le dépassement des délais d'enquête ne peut donc aboutir à des sanctions, sauf à établir que le parquet concerné aurait fait exprès de faire durer une enquête de manière excessive. Aller au-delà reviendrait à affaiblir volontairement les procureurs de la République en leur imposant sciemment des obligations intenable.

3 - Il importe également de tenir compte de la durée des enquêtes qui ne peut pas être la même dans les matières simples (Le "tout venant" des atteintes aux personnes et aux biens) et dans les matières complexes (Droit pénal du travail, procédures économiques et financières, contentieux soumis au JIRS, au PNAT ou au PNF) sauf, *de facto*, à interdire les enquêtes complexes et donc, à protéger certaines catégories de délinquants ;

4 - il importe enfin de tenir compte de la charge de travail des services d'enquête et du fait que, souvent, ils ne démarrent pas l'enquête dès la saisine (C'est vrai notamment des SR, des SRPJ ou de l'IGPN) ;

Dans ces conditions, il nous semble donc que l'on pourrait fixer à **2 ans le délai de base d'une enquête préliminaire**, quelle qu'en soit la nature, ce délai ne commençant à courir qu'à compter du 1^{er} acte effectif d'enquête et non de la saisine par le parquet ou le plaignant. Il nous semble délicat en effet de songer à prévoir des délais différents selon les peines encourues, sauf à créer - pardon pour le terme - une véritable usine à gaz et à contraindre les parquets à choisir des qualifications volontairement aggravées pour bénéficier des délais les plus longs ;

Ce délai de 2 ans pourrait être prolonger d'une année sur autorisation écrite exclusive du procureur, sur demande motivée et également écrite de l'OPJ en charge de l'enquête ;

On pourrait alors envisager, en cas de dépassement de ces délais, que les parties et leurs avocats puissent interroger le Procureur Général afin que celui-ci impose au procureur de motiver, dans des délais brefs, les nécessités d'une poursuite d'enquête ou, de décider de la réponse pénale idoine.

6 - S'agissant de la question 6 relative à l'accroissement du contrôle de l'autorité judiciaire sur l'enquête préliminaire ; sur le choix de l'autorité choisie pour assumer ce contrôle et sur les sanctions éventuelles, Anne GACHE a déjà posé les grandes lignes du positionnement des parquets.

- Il nous semble inconcevable d'envisager de bouleverser totalement la structuration actuelle de la procédure pénale française qui a confié depuis des décennies la direction de l'action publique au seul procureur de la République. Imposer l'émergence de nouveaux personnages dans l'animation et la direction de l'action publique aurait plusieurs conséquences néfastes que nous ne voulons pas envisager :

- Tout d'abord - et même si nous savons parfaitement que cela ferait de nombreux heureux - une telle réforme minimiserait encore la qualité de magistrat que les textes et la JP, même européenne, reconnaît aux magistrats du parquet et que beaucoup pourtant lui dénie à longueur de temps ;

- Permettre aux procureurs généraux de contrôler la durée des enquêtes aurait pour effet de les faire entrer en concurrence avec les procureurs et, rapidement, de les inciter à donner des instructions générales aux services d'enquête en opposition parfois avec celle du procureur de la République. Cela créerait une concurrence possiblement néfaste entre procureurs généraux et procureurs de la République au risque de porter atteinte à un fonctionnement hiérarchique harmonieux.

☞ La seule réserve concernerait le recours possible que nous avons déjà évoqué, à l'instar de celui qui existe en matière de classement sans suite et qui tend singulièrement à s'accroître, pour imposer au procureur de répondre aux interrogations posées par les parties et leurs conseils dans le cadre d'un article 77-2 du CPP rénové.

- Pire encore, il nous paraît inconcevable de permettre au JLD d'intervenir dans le processus des enquêtes préliminaires. Outre qu'il s'agirait-là de l'acte fondateur d'un juge de l'enquête qui signerait la mort du parquet à la française, on donnerait à un juge du siège la possibilité d'interférer sur l'opportunité d'une enquête dirigée par le procureur et donc sur l'opportunité des poursuites elle-même et concrètement, de donner des instructions au parquet.

8 - Quant à la question 8 relative à ce qui permettrait d'améliorer l'efficacité de l'enquête, les réponses sont assez simples :

- Maintenir le principe du secret de l'enquête ;
- Ne pas tendre à juridictionnaliser l'enquête préliminaire ;
- Exclure l'intervention d'un juge du siège dans ce processus ;
- Simplifier véritablement les règles de la procédures pénales pour les rendre réellement applicables et éviter ainsi les nullités ;
- Accroître les effectifs d'enquêteurs et de parquetiers;

II - Concernant la seconde partie sur la protection du secret professionnel des avocats plusieurs questions se posent :

1 et 2 - S'agissant des 2 premières questions relatives au point de savoir si ce secret est suffisamment protégé notamment lors des perquisitions et interceptions de correspondances il nous semble que oui, très largement

Il nous semble même qu'il y a là une véritable question philosophique dès lors qu'il est bien établi que nous évoquons ici exclusivement le sort des avocats suspectés d'avoir commis une infraction.

Qu'est-ce qui justifierait qu'une profession particulière bénéficie d'une protection à ce point élevée qu'en pratique, toute enquête pénale serait assez largement paralysée ?

Nos concitoyens le comprendraient-ils alors même, et nous le savons tous, que nombre d'infractions particulièrement techniques et complexes ne peuvent être commises qu'avec l'aide active de juristes de haut niveau?

Pour s'en convaincre, on peut prendre l'exemple des journalistes : entre la complexité de la loi de 1881, l'extension jurisprudentielle constante de la protection des journalistes "chiens de garde de la démocratie" et le secret des sources, il est aujourd'hui quasiment impossible de poursuivre un journaliste suspecté d'être impliqué dans une violation du secret de l'instruction.

Quant aux perquisitions. L'un des membres de votre commission en est sans doute le meilleur expert. Effectuer une perquisition chez un avocat est d'une très grande complexité et la procédure devant le JLD pour savoir ce que l'on retient et ce que l'on écarte de ce qui a pu être saisi est tellement longue et fastidieuse - une véritable guerre de tranchée - que, concrètement, si l'on peut éviter de perquisitionner un cabinet d'avocat, on le fait !

3 - Quant aux fadettes dont on sait qu'il s'agit d'un point de préoccupation important

Nous ne voyons a priori aucune raison de les soumettre au régime protecteur du secret professionnel et, en pratique, de soumettre leur recueil à autorisation du Bâtonnier ou d'un JLD.

A quoi sert une fadette : identifier les heures et lieux où un mis en cause a pu se trouver et identifier les éventuels co-auteurs ou complices d'une infraction.

Qu'est ce qui pourrait justifier que, s'agissant d'une profession particulière, on rende ce travail d'enquête de base très difficile ? Le fait qu'un enquêteur et qu'un magistrat puisse connaître le nom des amis et des clients d'un avocat ? Vous savez parfaitement que la seule chose qui intéresse un enquêteur "normal" et un magistrat "normal", les plus nombreux donc, c'est la recherche de la vérité, rien d'autre. Ce qui n'intéresse pas l'enquête n'intéresse ni l'enquêteur ni le magistrat sauf curiosité malsaine qui ne saurait justifier à elle seule que l'on bouleverse la procédure pénale tout entière.

Le caractère intrusif d'une enquête pénale est la base de notre procédure et, de notre point de vue, il n'y a donc aucune raison de surprotéger une profession particulière.

4 - Quant à savoir, dernière question, si des garanties nouvelles doivent être données dans le cadre d'une enquête pénale visant un avocat suspecté d'avoir commis une infraction, la réponse, mais vous l'aurait anticipé, nous semble devoir être négative.

Quant au cadre juridique de l'information judiciaire, il ne nous semble pas que votre commission ait été investie pour réfléchir à cet aspect des choses.

- Voilà, monsieur le Président, mesdames et messieurs les membres de la commission le point de vue partagé par la quasi totalité des procureurs de la République et que nous souhaitons résumer devant vous et, nous sommes bien évidemment prêt à répondre à toute question complémentaire.

Paris, le 28 janvier 2021

**Observations du Syndicat de la magistrature devant la
Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret
professionnel de l'avocat**

SOMMAIRE

Introduction

I. Les pré-requis structurels à l'évolution des équilibres procéduraux (p4)

1 - Le statut du parquet

2 - La nécessaire augmentation du nombre de greffiers et magistrats

3 - La constitution de cabinets de JLD

4 - La redéfinition du périmètre du traitement en temps réel (TTR) et la mise en oeuvre des préconisations du rapport de l'IGJ en octobre 2018 sur l'attractivité des fonctions de magistrat du ministère public

5 - Le nécessaire rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire

II. Une nécessaire réflexion d'ensemble sur les équilibres de la procédure pénale et leur cohérence, incluant les enquêtes de flagrance, préliminaire, et l'instruction (p12)

1 - Un travail dont la nécessité a déjà été soulignée

2 - La fusion des régimes de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire

III. Les propositions sur le sujet précis des droits de la défense pendant l'enquête (p15)

1 - Le principe de la contradiction dans le droit positif selon les différents régimes d'enquête

2 - Faire progresser les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

IV. Le secret professionnel de l'avocat (p24)

1 - Les perquisitions

2 - Les écoutes

3 - Les fadettes

A titre conservatoire, sur le secret des sources, secret de l'enquête (p27)

Conclusion (p28)

Introduction

L'objet de la mission confiée à votre commission limite la réflexion au temps de l'enquête préliminaire et à la question de l'exercice des droits de la défense pendant celle-ci, outre le questionnement relatif à la protection du secret professionnel de l'avocat dans l'enquête pénale, qui concerne les champs de l'enquête menée par le parquet et par le juge d'instruction.

La question des équilibres de l'enquête pénale ne peut être analysée du seul point de vue de l'exercice des droits de la défense, et en limitant la réflexion à l'enquête préliminaire : la réflexion ne peut avoir lieu qu'en ayant une vision d'ensemble des actes d'enquête prévus par la loi pendant l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire, et l'instruction, et des conditions posées par la loi quant à l'autorité à qui elle confie la décision, et aux modalités de cette prise de décision en fonction du caractère plus ou moins coercitif ou intrusif de ces actes.

Dans ces conditions, le Syndicat de la magistrature estime que la mission confiée à la commission doit s'inscrire dans une réflexion globale sur les équilibres des procédures d'enquête, auxquels participent, à côté d'autres protections, les droits de la défense, sans quoi la cohérence d'ensemble des dispositions ne pourrait être assurée.

C'est la raison pour laquelle le délai qui nous est fixé par la commission, depuis qu'elle nous a donné connaissance de la mission qui lui est précisément confiée, pour lui remettre une contribution (environ quinze jours), alors que le terme initial fixé par le garde des Sceaux pour lui rendre ses travaux est déjà dépassé, paraît bien insuffisant au regard de l'importance de ces enjeux et de l'ampleur du travail à réaliser.

Il importe ainsi de souligner d'emblée que la commission, en se concentrant sur le seul exercice des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire sans interroger plus globalement, dans le questionnaire qui nous a été adressé, les équilibres de la procédure pénale, pourrait largement manquer son but : améliorer la procédure d'enquête pour qu'elle corresponde au mieux aux exigences du procès équitable, tout en lui conservant son

effectivité dans la mise au jour des infractions pénales. Un raisonnement sur les seuls droits de la défense pourrait par ailleurs conduire à proposer des évolutions déconnectées des autres conditions posées par la loi, alors que les équilibres à trouver doivent être globalement cohérents, à chaque étape de la procédure.

Malgré le temps réduit imparti, le Syndicat de la magistrature s'est attaché à replacer le questionnement spécifique sur les droits de la défense dans le contexte des autres « variables » fondamentales ayant un impact sur les équilibres de la procédure. Les éléments structurels (statut du parquet, moyens, organisation de la police judiciaire, modalité d'interventions du JLD, périmètre du TTR) extérieurs aux dispositions précises du code de procédure pénale relatives à l'enquête préliminaire seront ainsi évoqués dans une première partie (I).

Alors que ces pré-requis essentiels pour la conduite des enquêtes n'existent toujours pas, le législateur n'a cessé de faire évoluer les dispositions du code de procédure pénale, pour permettre, pendant l'enquête de flagrance et préliminaire, des actes de plus en plus coercitifs et intrusifs sous le contrôle du JLD, sans cohérence ni vision d'ensemble. Comme le préconisait déjà le rapport déposé par Jacques Beaume en 2014, c'est ainsi à une véritable remise à plat des conditions posées pour chaque acte d'enquête (autorité compétente, délai, voie de recours...) que devrait aujourd'hui se livrer le législateur. Le Syndicat de la magistrature a d'ailleurs esquissé des pistes de travail sur ce point. La réflexion sur les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire devrait ainsi avoir lieu à partir d'un examen minutieux des conditions à poser pour autoriser chaque type d'investigation, en fonction de son caractère plus ou moins attentatoire aux droits, le syndicat proposant dans cette perspective une fusion des enquêtes préliminaires et de flagrance et la création d'un régime spécifique d'actes d'enquête dont le champ serait limité aux réelles urgences (II).

En l'absence d'évolution sur les réformes structurelles nécessaires à la conduite des enquêtes préliminaires (I) et de remise en perspective globale des différents actes d'enquête et du niveau de garanties exigées pour procéder à chacun d'eux (II), il n'est pas envisageable de transposer l'ensemble des droits exercés pendant la procédure d'instruction à l'enquête préliminaire. Le développement des droits de la défense et du contradictoire pendant l'enquête préliminaire ne peut être plaqué sans référence à la cohérence globale de la procédure d'enquête, telle qu'elle existe par ailleurs à l'instruction, dans laquelle les droits de la défense sont d'ailleurs ouverts uniquement à compter du moment où des soupçons suffisamment précis sont portés à l'encontre de la ou des personnes visées par l'enquête. Les évolutions proposées tendent ainsi principalement à ouvrir des fenêtres permettant un contrôle juridictionnel de la durée de l'enquête préliminaire au regard des actes coercitifs ou intrusifs qui ont pu être conduits, et à proposer que les actes les plus attentatoires aux droits ne puissent être décidés que dans le cadre d'une instruction, seule procédure dans laquelle un contrôle juridictionnel par l'exercice de voies de recours peut être exercé sur eux avant l'audience (III).

Enfin, la dernière partie abordera les questions spécifiques posées par la commission concernant la protection du secret professionnel des avocats (IV).

I. Les pré-requis structurels à l'évolution des équilibres procéduraux

1 - Le statut du parquet

Le rapport sur la procédure pénale rendu par Jacques Beaume en 2014 débutait par ces mots : « *le groupe de réflexion a clairement fait connaître à Mme la Garde des Sceaux, que cette réflexion sur la répartition des pouvoirs de contrôle de l'enquête entre parquet et juge du siège ne pouvait utilement s'ouvrir, à la suite des récentes décisions européennes, qu'à l'unique condition préalable que la réforme, y compris constitutionnelle, du statut du parquet soit menée à son terme* ». Il se terminait par ces mots : la mission « *souhaite avec beaucoup d'insistance et de solennité, rappeler la nécessité absolue de la réforme constitutionnelle relative au statut du parquet, à défaut de laquelle une part très large de ses observations et de ses propositions deviendrait à court terme dénuée de toute pertinence* ».

Sept ans plus tard, aucune réforme constitutionnelle n'est intervenue, et la procédure pénale a été modifiée à de nombreuses reprises sans tenir compte de ce préalable que la mission avait posé comme une condition « absolue ».

Le Syndicat de la magistrature raisonnera ainsi en tenant compte du statut actuel des magistrats du parquet, les garanties de leur indépendance étant insuffisantes en raison notamment de leurs conditions de nomination, de leur régime disciplinaire et de l'absence de définition claire de l'articulation du principe hiérarchique interne au service avec l'autonomie des membres du parquet, reconnue par la Cour de cassation.

Cette situation est d'autant plus intenable et dangereuse au regard de la jurisprudence européenne qu'en parallèle, les pouvoirs du parquet n'ont cessé de s'accroître. La France est en effet aujourd'hui le pays européen dans lequel la distorsion entre l'importance des pouvoirs conférés au ministère public et la fragilité du statut est la plus élevée. Les autres pays ont, pour la plupart, fait un choix : là où le parquet détient d'importantes prérogatives attentatoires aux libertés publiques, son indépendance est entièrement garantie statutairement. À l'inverse, là où le ministère public est étroitement subordonné au pouvoir exécutif, ses pouvoirs sont drastiquement limités.

Mireille Delmas-Marty, dans une tribune publiée en 2009 intitulée « Le parquet, enjeu de la réforme pénale », soulignait déjà ce déséquilibre en indiquant que « *les pouvoirs du parquet (s'étaient) considérablement développés, aggravant la confusion des pouvoirs, car le parquet jou(ait) tantôt le rôle d'un juge d'instruction, tantôt, par le jeu des alternatives aux poursuites et des procédures simplifiées, celui d'une quasi juridiction de jugement* », et que, « *malgré cette extension de ses pouvoirs, les garanties statutaires du parquet (n'avaient) guère progressé* ». Cette situation, totalement atypique en Europe, ne peut perdurer.

La nomination et la gestion de la carrière de l'ensemble des magistrats du siège et du parquet devra donc être confiée à un CSM rénové, notamment quant aux modalités de désignation de ses membres extérieurs, auquel seraient rattachés les services qui

constituent actuellement la sous-direction de la magistrature. A tout le moins, les conditions de nomination des magistrats du parquet devront être alignées sur celles prévalant pour le siège, ce que ne prévoit même pas l'actuel projet de réforme constitutionnelle, qui laisse la nomination des chefs de parquet à l'initiative de l'exécutif.

S'agissant du disciplinaire, la formation parquet devra statuer comme conseil de discipline. Le CSM devra se voir rattacher l'Inspection générale des services judiciaires pour que la procédure disciplinaire respecte de bout en bout les principes du contradictoire et les droits de la défense et ne puisse plus être utilisée comme moyen de pression sur les magistrats.

Il est par ailleurs urgent de consacrer le principe de l'inamovibilité des magistrats du parquet, afin qu'il soit mis fin à la pratique des mutations d'office.

L'autonomie de décision des magistrats du parquet devra par ailleurs être protégée par une réorganisation des parquets permettant la mise en place de mécanismes objectifs d'attribution des services et des dossiers, l'Inspection générale de la Justice (IGJ) ayant elle-même préconisé cette réflexion dans son rapport sur l'attractivité des fonctions de magistrat du ministère public rendu en octobre 2018.

Dans ces conditions, à supposer qu'il serait, matériellement et au regard du flux de procédures traitées par le parquet, envisageable et souhaitable d'introduire dans l'enquête dirigée par le parquet les dispositions existant à l'instruction pour garantir les droits de la défense et le contradictoire, il ne serait pas possible de considérer que ces procédures apportent le même niveau de garantie, en l'état du statut des magistrats du parquet, qui est par ailleurs autorité de poursuite.

C'est une des raisons pour lesquelles la question de la progression et du renforcement des droits de la défense pendant l'enquête menée par le parquet est indissociable d'une réflexion concernant les actes d'enquête qui, par leur caractère particulièrement attentatoire aux droits, ne doivent être autorisés qu'au cours d'une instruction, et ce, à plus forte raison, en l'état des modes d'organisation actuels des parquets et des JLD, et des moyens dont ils disposent pour remplir leurs missions.

2 - La nécessaire augmentation du nombre de greffiers et magistrats

Il est bien évident que la durée généralement excessive des enquêtes, à laquelle le garde des Sceaux demande à la commission de répondre par des propositions procédurales, résulte principalement d'un nombre de magistrats et de greffiers insuffisant pour traiter les affaires. Il convient à cet égard de rappeler que le budget de la justice française est très en deçà de celui de ses voisins européens.

L'édition 2020 du rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), portant sur les données de l'année 2018, décrit le système judiciaire français comme l'un des plus mal dotés parmi les Etats du Conseil de l'Europe, tant en termes de budget consacré à la justice que d'effectifs de magistrats.

En 2018, la France allouait 0,20% de son PIB au système judiciaire (comprenant le budget de fonctionnement des juridictions, du ministère public ainsi que l'aide judiciaire), bien en

dessous de la moyenne (0,33%) des 44 pays étudiés par la CEPEJ. Si l'on pourrait arguer que la situation a évolué depuis, il n'en est rien en réalité puisque le budget consacré en 2019 aux programmes services judiciaires et accès au droit, correspondant peu ou prou à ce qui est étudié par la CEPEJ dans la catégorie « systèmes judiciaires », s'élevait au total à 4,02 milliards d'euros, soit 0,16 % du PIB de 2019 (qui était de 2,425 milliards d'euros selon l'INSEE).

Par ailleurs, en 2018, la justice française comptait 10,9 juges professionnels, 3 procureurs et magistrats et 34,1 « personnels non juges » pour 100 000 habitants, là encore très en deçà de la médiane européenne (respectivement 17,7, 11,2 et 60,9). En tout état de cause, alors que le chiffre de créations d'emplois pour l'année 2020 était présenté comme un effort considérable, nous avons relevé qu'au rythme de 100 créations de postes de magistrats par an, il faudrait plus d'un siècle à la France pour rejoindre la médiane des Etats du Conseil de l'Europe. Or cette année, les créations de postes de magistrats ne seront que de 50, ce qui ralentit encore le rattrapage attendu.

Chaque année, le Syndicat de la magistrature a pu revendiquer d'être associé à l'élaboration de la circulaire de localisation des emplois, document établi par la chancellerie et qui devrait correspondre non pas au nombre de postes budgétés mais aux besoins des juridictions. En pratique, les syndicats ne sont pas sollicités au moment des dialogues de gestion mais de manière séparée, sans disposer de l'ensemble des données nécessaires pour rendre un avis utile.

La Cour des comptes a, dans son rapport du mois de décembre 2018 proposant une approche méthodologique des coûts de la justice, fustigé l'incapacité de la direction des services judiciaires (DSJ) à objectiver les besoins d'emploi des juridictions, la circulaire de localisation des emplois n'apparaissant pas un outil pertinent. La Cour a pu même aller jusqu'à questionner l'existence même de cette circulaire de localisation des emplois, celle-ci ne reflétant ni les besoins des juridictions, ni la réalité des plafonds d'emplois autorisés, lesquels ne sont d'ailleurs jamais atteints, la DSJ ne semblant pas parvenir à prévoir de manière fine les entrées et les sorties. S'appuyant sur ce rapport, la DSJ s'est donc attachée à progressivement permettre une correspondance entre la circulaire de localisation des emplois et les plafonds d'emplois autorisés, ce qui n'a en rien résolu la question de l'objectivation des besoins.

Ainsi, les besoins sont chaque année largement sous évalués et, depuis le début du quinquennat jusqu'à l'an dernier, la politique a été de ne pas augmenter le nombre de postes localisés, en dépit des besoins exprimés, et ce pour ne pas mettre en évidence l'écart criant entre les besoins réels des juridictions et les plafonds d'emplois autorisés et éviter, dit-on, d'aggraver le phénomène de turn-over dans les juridictions. Ce n'est qu'en 2020 que la circulaire de localisation des emplois de magistrats a été revue à la hausse (+118 postes uniquement, soit bien moins que nécessaire), ce qui n'a pas été le cas en revanche de la circulaire de localisation des emplois du greffe, qui diminue toujours d'année en année.

Parallèlement, malgré des travaux en cours depuis maintenant plusieurs années, la DSJ n'a pour le moment abouti à aucun référentiel pour évaluer la charge de travail des magistrats et l'activité des juridictions. Ce n'est que sous l'impulsion de ce rapport de la Cour des comptes que des travaux en ce sens ont été relancés à l'été 2019, initialement sur une

méthodologie que les syndicats et associations professionnelles de magistrats ont unanimement dénoncée, qui consistait à avaliser et légèrement actualiser les chiffres retenus, mais jamais officialisés, en 2014, en dépit des évolutions notables pour l'ensemble des fonctions depuis lors (à commencer par l'extension des attributions des juges des libertés et de la détention, fonction d'ailleurs non étudiée spécifiquement en 2014 puisqu'elle n'existait pas en tant que telle, ou encore la création des juges des contentieux de la protection). Depuis le début de l'année 2020, nos revendications ont pu être entendues et des travaux sérieux ont débuté, malheureusement rapidement interrompus du fait de la crise sanitaire. Nous espérons que ces travaux puissent reprendre à un rythme soutenu mais craignons d'ores et déjà, si la direction des services judiciaires n'y met pas les moyens, que ceux-ci n'aboutissent pas à temps pour l'élaboration de la prochaine planification quinquennale du budget.

Dans l'attente, il n'existe ainsi aucun référentiel à ce jour validé par la chancellerie pour le parquet, malgré l'existence d'un rapport rendu par un groupe de travail en 2018 qui listait de manière exhaustive les tâches des magistrats du parquet et le temps nécessaire à leur accomplissement. Le rapport précité de l'IGJ, rendu en octobre 2018, rappelle opportunément que les référentiels élaborés dans ce rapport doivent servir d'outil de travail pour la DSJ afin d'évaluer les besoins réels des juridictions. Le parquet présente en effet une situation spécifique en matière de moyens humains. Si le siège connaît une situation extrêmement dégradée, avec un nombre de magistrats pour 100 000 habitants un peu moins de deux fois inférieur à la moyenne des Etats de l'Union européenne, sa position apparaît enviable en comparaison de celle du parquet, qui ne peut compter que trois magistrats pour 100 000 habitants soit près de quatre fois moins que la moyenne des Etats de l'Union européenne.

Pour la fonction JLD, il n'existe tout simplement aucun référentiel permettant de répertorier leurs tâches, qui se sont développées et diversifiées de manière considérable ces dernières années. Cela signifie que, aussi bien pour le parquet que pour le JLD, toutes les évolutions législatives réalisées ces dernières années ont eu lieu sans que la chancellerie soit en mesure de fournir au législateur une étude d'impact sérieuse, permettant d'évaluer le nombre de magistrats nécessaires pour mener à bien de nouvelles missions. En l'occurrence, si votre commission décidait de confier aux JLD de nouvelles prérogatives dans le cadre d'un examen des dossiers d'enquête préliminaire, il y a fort à parier que, comme précédemment, le nombre de magistrats supplémentaires nécessaires pour remplir ces nouvelles tâches ne sera ni évalué, ni porté dans la circulaire de localisation des emplois : prévoir des évolutions procédurales à moyens constants relativise ainsi grandement l'intérêt de ces garanties, qui risquent de rester principalement formelles.

L'enquête sur la charge de travail des magistrats que le Syndicat de la magistrature a réalisée au cours de l'année 2019, « l'envers du décor », objective de manière criante une sous-évaluation chronique des besoins en personnel et en matériel des juridictions, au point d'ailleurs de créer une réelle souffrance chez les personnels des services judiciaires (http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/l_envers_du_decor.pdf).

Des constats encore plus pessimistes doivent être faits concernant les services de greffe. En effet, ceux-ci sont exsangues dans la très grande majorité des juridictions et le taux de vacance des emplois reste encore important, la DSJ n'étant pas prête de la résorber,

puisqu'elle met en oeuvre chaque année une politique de réduction de la circulaire de localisation des emplois, comme si le fait de casser le thermomètre pouvait suffire à faire tomber la fièvre. Ainsi, sur la circulaire de localisation des emplois de 2020, ce sont pas moins de 127 emplois localisés (mais certes non pourvus) qui ont été supprimés. En 2021, la création de 130 emplois de greffiers et directeurs de greffe, annoncée par le ministre lors de sa présentation du budget 2021 aux syndicats du ministère, ne suffira pourtant toujours pas à résorber la vacance de postes malgré ces tours de passe-passe, et ce d'autant plus qu'une part de ces créations résulte en réalité de la poursuite du transfert d'agents du ministère de la santé et des solidarités vers le ministère de la justice dans le cadre de la transformation des TASS et TCI en Pôles sociaux.

Dans ce contexte, alors qu'une garantie procédurale essentielle à tous les stades de la procédure est la collégialité, elle ne fait que reculer dans les réformes successivement entreprises.

S'agissant de l'instruction, la loi du 5 mars 2007, votée à l'unanimité après le traumatisme de l'affaire dite « d'Outreau », a instauré la collégialité de l'instruction en prévoyant que chaque information judiciaire devait être suivie par trois juges d'instruction. Elle n'a cependant jamais été mise en place, et a fait l'objet de reports successifs que nous avons vivement critiqués.

Il conviendrait de mettre en place une collégialité de l'instruction valable pour toute la procédure, obligatoire pour les infractions les plus graves, et facultative pour les autres, et de supprimer les co-saisines, afin d'éviter de rendre définitivement illisible un système judiciaire déjà complexe. Il est également possible d'engager une réflexion sur les actes relevant obligatoirement de la collégialité, et ceux pouvant être accomplis par un seul des juges d'instruction saisis.

En parallèle, il est indispensable d'engager une réflexion similaire pour le JLD, les décisions qu'il est amené à prendre seul étant parmi les plus attentatoires aux libertés.

3 - La constitution de cabinets de JLD

Au regard de l'importance de ses attributions, et dans la perspective d'un élargissement de ses prérogatives, il est indispensable que le JLD se voie confier les dossiers à la manière d'un juge de cabinet, afin de consacrer les conditions d'une véritable indépendance vis-à-vis des acteurs de l'enquête, et d'assurer ainsi un contrôle réel et efficace des investigations. Le risque d'en faire un juge « alibi », pointé par la CNCDH dans un avis de 2010, serait ainsi écarté : *« Isolé, avec un contentieux hétérogène, sollicité en urgence et de façon intermittente, il risque de n'avoir qu'une vision incomplète, fragmentée et superficielle du dossier et de n'avoir, en pratique, qu'un accès limité au dossier de la procédure. Le juge de l'enquête et des libertés sera donc contraint le plus souvent à ne faire qu'enregistrer les actes du parquet »* (Avis de la CNCDH sur « L'indépendance de la justice » en 2010).

Et bien sûr, il faudra renforcer significativement les moyens consacrés aux JLD pour qu'ils puissent exercer pleinement leur rôle.

4 - La redéfinition du périmètre du traitement en temps réel (TTR) et la mise en oeuvre des préconisations du rapport de l'IGJ en octobre 2018 sur l'attractivité des fonctions de magistrat du ministère public

Le rapport précité de l'Inspection générale de la Justice sur l'attractivité des fonctions du ministère public, rendu en octobre 2018, comporte, outre le rappel de la nécessaire évolution du statut des magistrats du parquet une analyse très juste et des recommandations précieuses, notamment sur l'organisation des parquets et le mode de traitement des enquêtes.

Sous le titre « une mise en oeuvre de l'action publique insatisfaisante », l'Inspection décrit « un modèle en crise », mettant en parallèle le délaissement de certains contentieux (civils et commerciaux notamment) ou certains partenariats et la place démesurée prise par un traitement en temps réel « à bout de souffle ». La critique du TTR est sévère, les effets en sont très justement décrits : « *l'action publique définie par le procureur de la République est de plus en plus difficile à maîtriser. Les parquets subissent les appels des services enquêteurs plus qu'ils ne dirigent et orientent les investigations* », la « *possibilité de réponse immédiate même aux affaires les moins graves et aux contentieux de masse (...) pose la question du sens d'une réponse quasi-systématique* » et la charge de travail à la permanence rend la mission de contrôle de la qualité des procédures et du travail de la police judiciaire « *particulièrement compliquée* ». Les correctifs organisationnels successifs n'ont pas permis d'endiguer ces évolutions délétères. L'IGJ préconise ainsi de redéfinir le périmètre d'activité et les modalités de mise en oeuvre du traitement en temps réel. Le rapport ajoute au constat celui de l'inflation législative en matière pénale et de l'accroissement des pouvoirs du parquet qui « *assume seul plus de 98% des enquêtes pénales avant tout jugement et 41 % des réponses sans recours à un juge* », outre son rôle dans l'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Poursuivant ce constat très juste, le Syndicat de la magistrature estime indispensable que la réflexion porte tant sur l'organisation des parquets, la rupture avec un TTR maltraitant et qui affaiblit l'institution judiciaire, que sur les impasses d'une pénalisation à outrance, à la fois socialement inégalitaire, souvent inefficace - un puits sans fond pour les professionnels - et parfois contre-productive, comme c'est le cas en matière d'infractions à la législation sur les stupéfiants. Nous sommes enfin convaincus de l'urgence de revenir sur les missions de quasi-jugement dévolues aux magistrats du parquet pour ne conserver que ses fonctions traditionnelles : la direction d'enquête et la représentation de l'intérêt général dans les procédures.

La redéfinition du périmètre du TTR est donc nécessaire afin de permettre aux parquets de retrouver la maîtrise de la direction d'enquête, qui constitue une autre condition de la maîtrise des délais de l'enquête.

Constamment confronté à la nécessité de choisir entre bâcler et se noyer, le magistrat du parquet est contraint d'opérer des choix, qui se traduisent généralement par l'exercice de ses fonctions en « mode dégradé ». Le TTR devient trop souvent une machine folle dans

laquelle le magistrat est soumis au feu roulant des appels des enquêteurs, sommé d'accorder des autorisations ou d'opérer des choix de poursuite en quelques minutes, sur la seule foi d'un compte rendu oral sommaire. Le fait de se faire communiquer par courriel les pièces essentielles de la procédure, démarche qui devrait être une modalité habituelle de travail, finit par être considéré comme un luxe à réserver aux dossiers les plus sensibles ou les plus complexes.

Dans le traitement du courrier, qu'il soit physique ou électronique, la nécessité d'évacuer des flux entrants quotidiens massifs contraint également le magistrat, dans le cadre de ce mode dégradé subi, à une lecture superficielle et à une réponse systématisée. Dans de nombreux services, une semaine de congés, une session de quelques jours de formation continue ou une délégation aux assises confrontent le magistrat à son retour à une masse physiquement spectaculaire de courrier, le flux constant ne se tarissant pas en son absence.

Dans les contentieux dans lesquels l'intervention active et approfondie du parquet n'est pas absolument impérative au suivi du cours de la procédure, le mode dégradé imposé par le sous-effectif conduit très souvent à une désertion de fait de secteurs pourtant essentiels. Ainsi, dans de nombreux parquets, un contrôle formel et superficiel est exercé dans des secteurs aussi essentiels que le service commercial, le service civil ou le contrôle des lieux d'enfermement.

Il convient ainsi d'engager une révision de la doctrine d'emploi du TTR, dont la généralisation actuelle et l'emballage sont les facteurs d'une justice de mauvaise qualité, d'un contrôle insuffisant sur les enquêtes et de conditions de travail dégradées. Le traitement en temps réel doit être réservé aux situations qui présentent une urgence caractérisée. Les autres procédures doivent donner lieu à un traitement permettant un examen du dossier, transmis le cas échéant par la voie électronique. Cette dichotomie, c'est du gagnant-gagnant : d'un côté, les procédures ne seront pas traitées de manière industrielle et seront envisagées de façon plus apaisées, sans la pression de la masse des appels avec une appréciation centrée sur les spécificités propres aux enquêtes respectives ; de l'autre, le contrôle des droits des parties et de la régularité des procédures pourra être effectif de même que les échanges avec les enquêteurs plus nourris et plus respectueux des attentes de chacun.

Sur ce point comme sur les autres préconisations de l'IGJ précitées, la chancellerie ne s'est pas saisie de ce rapport pour engager une véritable réforme de l'organisation des parquets. De nos demandes répétées auprès de la précédente garde des Sceaux, et notre entretien avec l'inspecteur chargé du suivi du rapport, il ressort que seules cinq préconisations de l'IGJ ont été retenues, laissant de côté la plus grosse part des recommandations effectuées. L'évolution de l'enquête préliminaire ne peut cependant avoir lieu en modifiant le code de procédure pénale sans toucher à ces questions de fond qui demeurent, à ce stade, irrésolues.

5 - Le nécessaire rattachement de la police judiciaire à l'autorité judiciaire

La question des relations avec les services enquêteurs constitue également un élément fort de dégradation des conditions d'exercice des fonctions de magistrat du ministère public.

Le magistrat du parquet est confronté, tant au TTR que dans le cadre du suivi d'enquêtes au plus long cours, à une absence de maîtrise sur l'activité de la police judiciaire. S'il est censé diriger l'activité judiciaire de la police, il n'a aucune prise sur l'allocation de ses moyens et la définition de ses priorités. Il n'est que très difficilement en mesure de passer outre la réticence des services enquêteurs à s'investir dans un dossier ou dans un contentieux.

Par ailleurs, du fait de l'organisation actuelle des services enquêteurs de proximité dévalorisant l'activité judiciaire, le magistrat du parquet se retrouve contraint d'exercer, en plus de ses fonctions propres, des fonctions qui sont désinvesties par la hiérarchie intermédiaire de la police et de la gendarmerie. Paradoxalement, alors qu'il n'a aucune maîtrise fonctionnelle véritable sur les officiers de police judiciaire, il doit parfois donner les orientations d'enquête les plus évidentes et contrôler la réalisation des actes d'enquêtes les plus basiques, pour ne pas se voir retourner des procédures incomplètes. A cet égard, il n'est pas anecdotique de constater qu'il n'existe quasiment plus de "procéduriers" dans les services de police, à savoir des enquêteurs plus spécifiquement chargés de mettre en état et d'articuler la procédure et de vérifier au fil des investigations leur régularité, tâches qui ne sont d'ailleurs pas sans conséquence sur les stratégies à privilégier au gré de l'enquête.

Enfin, dans les affaires sensibles, la conduite indépendante des enquêtes peut être mise à mal par le contrôle que le pouvoir exécutif exerce sur les unités de police judiciaire. Il a aujourd'hui les moyens, en dehors de tout cadre procédural, d'orienter les investigations, d'être informé de leur évolution avant même les magistrats ou encore d'affecter les moyens d'enquête au gré de ses intérêts. Il est ainsi arrivé que des juges d'instruction en charge de dossiers économiques et financiers soient privés d'assistance pendant les perquisitions...

L'ensemble de ces facteurs impose au magistrat du parquet des conditions de travail dégradées qui ne lui permettent pas de réaliser un travail de qualité et le conduisent à se sentir responsable, voire à être considéré comme responsable, d'éléments sur lesquels il n'a de fait qu'une très faible prise. Le magistrat du parquet est confronté à la crainte constante de voir le traitement dégradé des procédures imposé par ses conditions de travail aboutir à un dysfonctionnement. Il doit assumer à l'audience des procédures dont il ne peut que constater la mauvaise qualité, sans avoir les moyens de faire mieux. Il doit rendre à sa hiérarchie et/ou au justiciable des comptes sur l'avancement de procédures sur lesquelles il a peu de moyens de passer outre l'inertie des services enquêteurs.

De manière structurelle, cette organisation conduit à ce que la politique pénale soit *in fine* conduite par le ministère de l'intérieur, en fonction des contentieux pour lesquels les interpellations sont prioritairement demandées, et de la répartition des enquêteurs dans les services, principalement au bénéfice de la lutte contre la délinquance de voie publique et au détriment de la criminalité économique et financière et organisée. Elle conduit aussi à une maîtrise toute relative des délais d'enquête, hors les cas où un bureau des enquêtes ou une section spécialisée ont pu être mises en place au sein du parquet, par la priorisation du traitement des flagrants délits au détriment du suivi des enquêtes complexes et de leur durée.

Le Syndicat de la magistrat préconise ainsi le rattachement fonctionnel de la police judiciaire à l'autorité judiciaire, afin de donner aux magistrats du parquet une autorité effective sur la conduite d'une enquête judiciaire dont ils sont les responsables.

Les dernières réformes intervenues, notamment la loi de programmation et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, ont au contraire signé la volonté de relâcher encore le contrôle du parquet sur la police judiciaire.

La mise en place par cette loi d'une habilitation unique en qualité d'officier de police judiciaire, délivrée de manière définitive au moment de l'entrée en fonction a pour effet de retirer à l'autorité judiciaire l'une de ses principales modalités de contrôle et de surveillance de la police judiciaire. De manière très symptomatique de sa logique générale, le projet de loi répond à l'engorgement de certains parquets généraux dans l'exercice de cette mission, non pas par l'allocation des moyens nécessaires, mais par l'organisation du rationnement et le sacrifice d'une mission essentielle.

Cette disposition renforce encore le poids déjà largement disproportionné de la hiérarchie administrative sur les missions de police judiciaire.

De même, alors que la réalisation d'actes d'enquête sur l'ensemble du territoire national nécessitait une autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, la loi du 23 mars 2019 prévoit de se contenter d'une simple information. On sait quelle forme peut prendre la simple information du parquet, à laquelle il sera satisfait par le simple envoi d'un mail rapidement classé dans la procédure. Ce changement, conduit en cohérence totale avec la philosophie générale de la loi, vise à amoindrir le contrôle du magistrat sur l'enquête. La demande d'autorisation impliquait que l'officier de police judiciaire rende compte de l'avancée de l'enquête auprès du magistrat. Cette exigence procédurale posait un jalon pour le suivi des enquêtes par l'autorité judiciaire, et sa suppression tend à consacrer un affaiblissement de celle-ci dans la direction des enquêtes.

II. Une nécessaire réflexion d'ensemble sur les équilibres de la procédure pénale et leur cohérence, incluant les enquêtes de flagrance, préliminaire, et l'instruction

1 - Un travail dont la nécessité a déjà été soulignée

Le travail sur les équilibres de la procédure pénale ne peut faire l'économie d'une remise à plat, pour chaque acte d'enquête coercitif ou qui correspond à une intrusion dans la vie privée, du contrôle réalisé par l'autorité judiciaire, de ses modalités, et des éventuelles voies de recours. Cela passe par une nécessaire réflexion sur le cadre juridique des enquêtes et l'articulation des rôles entre enquêteurs, procureurs et magistrats du siège.

La cohérence d'ensemble des dispositions sur ce point est en effet devenue parfaitement illisible au gré des réformes confiant de plus en plus de prérogatives au parquet.

Dans ces conditions, ouvrir ponctuellement le contradictoire et permettre l'exercice des droits de la défense sans mener parallèlement cette réflexion reviendrait à appliquer un

pansement sur une jambe de bois, ou encore, si le respect des équilibres de l'enquête à chaque stade de la procédure n'était pas interrogé, à introduire des dispositions nuisant à l'enquête.

La mission ayant rédigé le rapport Beaume appelait déjà de ses vœux un tel travail en... 2014, tout en indiquant ne pas avoir matériellement le temps de le faire dans le délai qui lui était imparti pour rendre ses conclusions.

Sans proposer à ce stade, et dans les délais contraints qui nous sont imposés, une analyse de chaque mesure, le Syndicat de la magistrature a identifié des pistes de réflexion dans le cadre d'une unification des régimes d'enquête de flagrance et d'enquête préliminaire, ainsi que par le biais du retour de certaines mesures dans le seul régime de l'instruction (cf, pour ces dernières mesures partie IV).

2 - La fusion des régimes de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire

La question se pose en effet de la pertinence du maintien de la distinction actuelle entre enquête préliminaire et enquête de flagrance, dont il faut rappeler que les réformes successives ont augmenté la durée, provoquant un nouveau déséquilibre dans l'enquête entre efficacité et droits fondamentaux.

On oppose traditionnellement l'enquête préliminaire, au domaine d'application large et au régime non coercitif, à l'enquête de flagrance, au domaine d'application restreint et au régime coercitif. Le régime de l'enquête de flagrance confère aux enquêteurs un pouvoir étendu permettant la réalisation de mesures coercitives dans un cadre juridique moins contrôlé (arrestation sans autorisation judiciaire préalable, possibilité de perquisition sans autorisation judiciaire préalable et sans assentiment de la personne concernée, délivrance de réquisitions sans autorisation judiciaire préalable...) lorsqu'un crime ou un délit est constaté dans un temps très voisin de l'action. L'émergence des procédures d'enquête dérogatoires a largement nuancé cette distinction, de même que les possibilités ouvertes, même dans le cadre de l'enquête préliminaire de « droit commun », de procéder à certains actes sans l'assentiment des personnes, par exemple des perquisitions, visites domiciliaires, saisies. Dans le même ordre d'idée, l'extension de la coercition dans le domaine de l'enquête préliminaire a été accrue par la possibilité ouverte par l'article 78 de contraindre les personnes à comparaître par la force publique, avec l'autorisation du procureur de la République, non seulement en cas d'absence à une convocation mais également lorsqu'« on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation ».

Finalement, l'enquête préliminaire s'est peu à peu rapprochée de l'enquête de flagrance, à la seule différence – qui n'est pas anodine dans la réflexion actuelle – que certains actes coercitifs sont subordonnés en préliminaire à l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

Au regard de ces évolutions, on peut envisager d'unifier le régime de l'enquête. Le respect d'un équilibre entre libertés individuelles et efficacité de l'enquête commande alors d'étendre le champ des actes dans lesquels une autorisation doit être donnée par le

procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention (selon le degré d'urgence et/ou d'autonomie statutaire du ministère public).

Il existerait ainsi un seul régime d'enquête : un régime « unifié » dont le cadre se rapprocherait de celui de l'enquête préliminaire mais qui serait assorti d'exceptions en cas d'urgence caractérisée. La notion d'urgence pourrait être définie, en s'inspirant de la directive du 22 octobre 2013 relative au « droit d'accès à un avocat » comme la nécessité de « prévenir des atteintes graves à la vie, à la liberté ou à l'intégrité d'une personne », ou comme la nécessité « d'agir immédiatement pour éviter qu'une enquête ne soit sérieusement compromise par la destruction ou l'altération de preuves, l'interférence avec des témoins ». L'hypothèse de l'urgence serait donc plus restreinte que la notion de flagrance, laquelle a sans cesse ces dernières années été galvaudée à force d'être étendue et renforcée au détriment d'un juste équilibre des droits des parties.

C'est une évolution inverse qu'ont voulu, en 2019, le législateur et le gouvernement. En effet, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi du 23 mars 2019 visant à étendre encore dans le temps le régime de la flagrance.

Les délais actuels de l'enquête de flagrance, tels qu'ils résultent de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, excèdent très largement la notion d'intervention immédiate en urgence, la flagrance pouvant se prolonger pendant une durée de 8 jours, renouvelable pour une nouvelle durée de 8 jours par décision du procureur de la République lorsque les investigations sur un crime ou un délit puni de 5 ans d'emprisonnement le justifient.

Alors qu'à tout le moins, à défaut de fusion des régimes d'enquête, une réflexion sur la restriction de ce régime dérogatoire à une durée strictement limitée à l'urgence serait nécessaire, le projet de loi prévoyait au contraire son extension et sa banalisation par une extension de la durée de la flagrance à 16 jours lorsque la procédure porte sur un crime de droit commun ou sur une infraction prévue par les articles 706-73 et 706-73-1 CPP (criminalité organisée), et par l'extension de la possibilité de prolongation à l'ensemble des infractions punies de 3 ans d'emprisonnement. Le Syndicat de la magistrature s'est opposé, y compris dans la contribution qu'il a adressé au Conseil constitutionnel, à ces dispositions qui étendent au-delà de toute nécessité un régime qui réduit sensiblement le contrôle de l'autorité judiciaire sur les atteintes aux libertés individuelles.

Dans ces conditions, et indépendamment des raisons ponctuelles qui ont conduit le garde des Sceaux à saisir votre commission d'un seul sujet, celui des droits de la défense, dans celui plus global des équilibres de la procédure pénale, il apparaît nécessaire que l'analyse de la commission ne fasse pas l'économie d'un examen méthodique des différentes techniques d'enquête et de leur cadre.

Pour donner un exemple, la décision de placement en garde à vue revient actuellement à l'officier de police judiciaire, sous le contrôle du procureur qui peut lever la mesure à tout moment. Pourtant, cet acte d'enquête parmi les plus attentatoires aux libertés ne fait bien souvent pas l'objet, en raison de la charge de la permanence, d'un contrôle par le parquet avant le premier compte rendu de l'OPJ, soit après plusieurs heures, voire à la fin de la première période de la garde à vue. L'information du procureur de la République dans

l'heure de la garde à vue est en effet généralement réalisée, sauf cas particulier, par mail. Il est permis de questionner les raisons pour lesquelles la validation de cet acte d'enquête par le parquet a lieu *a posteriori*, et dans les faits relativement tardivement, au regard de son caractère coercitif, et du rôle de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle. Il pourrait ainsi être envisagé de confier la décision sur la garde à vue au procureur, d'autant que l'article 75-2 du code de procédure pénale prévoit déjà que l'OPJ avise le parquet dès lors dès qu'une personne à l'encontre de laquelle existent des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction est identifiée. Une procédure particulière pourrait être prévue en cas d'interpellation dans des cas urgents (défini comme précédemment), avec une validation par le parquet dans un délai à déterminer après compte rendu de l'affaire par l'OPJ.

III. Les propositions sur le sujet précis des droits de la défense pendant l'enquête

1 - Le principe de la contradiction dans le droit positif selon les différents régimes d'enquête

Un principe explicatif traditionnellement mis en avant est celui de la distinction de la phase d'enquête, soumise au magistrat, avec la phase juridictionnelle, soumise au contradictoire. Par définition, certains actes d'enquête ne peuvent en effet être soumis au contradictoire alors qu'ils ne peuvent avoir une efficacité que s'ils sont ignorés par la personne visée ou si elle n'en est pas préalablement avisée (écoutes téléphoniques, perquisition...).

Par ailleurs, on oppose traditionnellement l'instruction, contradictoire, avec l'enquête préliminaire, qui ne l'est pas ou quasiment pas, des dispositions permettant, dans des conditions limitées, un accès au dossier de l'enquête préliminaire ayant été introduites par la loi du 3 juin 2016.

Ces présentations ne permettent cependant pas de saisir réellement dans quelles conditions est mis en oeuvre le principe de la contradiction dans le droit positif : à l'instruction, il existe une phase d'enquête secrète, si l'information est ouverte contre personne non dénommée, tant que des indices ne sont pas rassemblés contre une personne dans des conditions de nature à l'entendre sous le statut de témoin assisté ou à la mettre en examen.

A partir du moment où une personne est mise en examen, elle dispose de toute la panoplie offerte par le principe de la contradiction, notamment pour faire des demandes d'acte, d'expertise, et peut par ailleurs exercer des recours juridictionnels contre les décisions du juge d'instruction portant sur l'enquête, ainsi que soumettre à la chambre de l'instruction la validité des actes d'enquêtes versés au dossier.

Cependant, même à ce stade, une partie de l'enquête demeure ou peut demeurer secrète pour le mis en examen et la partie civile, puisque les actes d'enquête en cours sont versés à la procédure une fois qu'un lot d'investigations a été réalisé. Les parties pourront néanmoins en prendre connaissance avant leur interrogatoire ou audition, une fois qu'ils auront été versés au dossier, mais pourront aussi être entendues pendant que ces actes sont menés et alors qu'elles n'en n'ont pas connaissance.

Ainsi, pendant la procédure d'instruction, le principe de la contradiction est mis en oeuvre selon un équilibre permettant la poursuite des investigations de manière effective, et, surtout, il ne l'est véritablement à l'égard de la personne visée par l'enquête qu'à compter du moment où des indices graves ou concordants existent contre elle. C'est aussi ce qui justifie que lorsque l'instruction est ouverte contre personne dénommée, y compris si elle n'a jamais fait l'objet d'une garde à vue, elle ne peut être entendue par le juge d'instruction que sous le statut de témoin assisté ou en vue de sa mise en examen, ce qui ouvre l'accès à la procédure et à l'exercice de droits, d'ailleurs bien plus restreints dans le premier cas que dans le second. En revanche, pendant la phase préalable de recueil des preuves, et notamment la garde à vue de la personne, les droits de la défense ne sont pas différents pendant l'instruction que pendant une enquête préliminaire.

L'ouverture d'une information comporte cette différence fondamentale avec l'enquête préliminaire que les actes d'enquêtes versés au dossier, peuvent être soumis à un recours juridictionnel par les parties avant le jugement de l'affaire. Dans ce cadre, les actes d'enquête attentatoires aux droits éventuellement mis en oeuvre peuvent faire l'objet d'un contrôle de leur proportionnalité et de leur régularité soumis à la chambre de l'instruction.

Il convient ainsi d'avoir à l'esprit que l'étendue de l'exercice des droits de la défense pendant l'instruction dépend largement de la gravité des soupçons qui pèsent sur la personne. Ils ne dépendent en revanche d'aucun délai fixé de manière systématique, l'instruction étant susceptible de se poursuivre sans accès au dossier de la personne mise en cause pendant des mois voire des années, à deux correctifs près :

- le juge d'instruction ne peut entendre une personne sans lui octroyer le statut de témoin assisté ou de mis en examen lorsque les indices réunis contre elle le justifient ; ce principe peut être sanctionné par une nullité de procédure soulevée devant la chambre de l'instruction, et permet de ne pas repousser outre-mesure le moment de l'ouverture des droits de la défense ;
- le juge d'instruction doit prendre une ordonnance motivée justifiant la poursuite de l'information deux ans après son ouverture ; cette formalité n'est cependant assortie d'aucune sanction.

A partir de ces constats, il est possible de proposer des évolutions pour mieux assurer les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire.

2 - Faire progresser les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

L'article 77-2 du code de procédure pénale prévoit qu'un an après le début de l'enquête préliminaire, lorsqu'une garde à vue ou une audition libre a eu lieu, l'accès au dossier est ouvert à la personne qui le demande qui peut formuler des observations. Cette demande ouvre par la suite pour la personne un droit à une phase contradictoire pendant un mois, avec la possibilité de demander des actes, au moment où le procureur décide d'engager des poursuites.

Enfin, dans tous les cas, le parquet peut ouvrir l'accès au dossier et recueillir les observations et demandes d'actes de la personne pendant l'enquête préliminaire s'il le souhaite.

L'article 706-105, entré en vigueur au 1er janvier 2020, prévoit des dispositions spécifiques en matière de criminalité organisée :

Lorsque, au cours de l'enquête, il a été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95, la personne ayant été placée en garde à vue six mois auparavant et qui n'a pas fait l'objet de poursuites peut interroger le procureur de la République dans le ressort duquel la garde à vue s'est déroulée sur la suite donnée ou susceptible d'être donnée à l'enquête. Cette demande est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Lorsque le procureur de la République décide de poursuivre l'enquête préliminaire et qu'il envisage de procéder à une nouvelle audition ou à un nouvel interrogatoire de la personne au cours de cette enquête, cette personne est informée, dans les deux mois suivant la réception de sa demande, qu'elle peut demander qu'un avocat désigné par elle ou commis d'office à sa demande par le bâtonnier puisse consulter le dossier de la procédure. Le dossier est alors mis à la disposition de l'avocat au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la demande et avant, le cas échéant, toute nouvelle audition ou tout nouvel interrogatoire de la personne.

Lorsque le procureur de la République a décidé de classer l'affaire en ce qui concerne la personne, il l'informe dans les deux mois suivant la réception de sa demande.

Dans les autres cas, le procureur de la République n'est pas tenu de répondre à la personne. Il en est de même lorsqu'il n'a pas été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95 au cours de l'enquête.

Ainsi, le législateur ouvre un droit à la contradiction durant l'enquête préliminaire dont le régime dépend de la nature des infractions visées, selon qu'elles relèvent de la criminalité organisée ou pas. Prenant acte du fait que les techniques d'enquête permises sous le régime de la criminalité organisée sont plus attentatoires aux droits, la phase contradictoire est prévue dans un délai potentiellement moins long qu'en droit commun. Lorsqu'une victime a déposé plainte, l'exercice de ses droits par le mis en cause conduit le procureur de la République à lui ouvrir également l'accès au dossier et le droit de formuler des observations et demandes d'actes.

Ces dispositions appellent d'emblée deux objections. D'une part, il ne paraît pas équitable de subordonner l'accès au dossier de la procédure à la seule démarche de la personne visée par l'enquête, ce qui place les mis en cause dans une situation d'inégalité selon leur degré de connaissance de leurs droits. D'autre part, il apparaît insuffisant que l'ouverture de la contradiction reste placée sous l'égide du parquet, aucun juge du siège n'exerçant un contrôle préalable sur l'enquête avant l'audience de jugement.

S'il n'est pas question de placer le parquet sous la houlette d'un juge qui porterait une appréciation sur l'opportunité de conduire tel ou tel acte d'enquête, le procureur étant le directeur d'enquête dans les régimes préliminaires et de flagrance, il convient qu'un contrôle systématique puisse être exercé par un juge du siège pour déterminer, en fonction de la durée de l'enquête, du caractère coercitif ou intrusif des actes intervenus, et en fonction des charges qui pèsent sur la personne visée, si la continuation de l'enquête sous la forme préliminaire fait échec aux droits de la défense. Il s'avère que ce contrôle, qui n'aurait lieu qu'au regard de la protection des droits et libertés de la personne visée par l'enquête, entre parfaitement dans les attributions et le champ de compétence actuel du JLD.

Un tel contrôle serait de nature à permettre, non pas la réduction des durées moyennes des enquêtes, un tel objectif ne pouvant être atteint que par le recrutement de magistrats du parquet, du siège et d'enquêteurs (notamment dans les contentieux complexes et de manière cruciale en matière économique et financière) en nombre suffisant (cf infra, partie I), mais de vérifier que la poursuite de l'enquête préliminaire n'a pas pour conséquence d'empêcher la personne de faire valoir ses droits dans des délais raisonnables, en retardant son accès à la procédure.

Il serait ainsi totalement inadapté de prévoir des délais butoirs au-delà desquels l'enquête préliminaire ne pourrait se poursuivre, obligeant le procureur de la République à engager des poursuites ou à classer sans suite : la durée d'une enquête peut ne pas constituer, en soi, une atteinte aux droits. C'est notamment le cas lorsqu'aucune technique d'enquête coercitive ou intrusive n'a été employée, qu'il n'existe pas d'indice grave contre une personne, et que l'enquête se poursuit, même avec peu d'investigations en cours, afin de ne pas laisser se prescrire une infraction dont le procureur estime nécessaire de continuer à rechercher les auteurs et/ou à faire cesser le trouble engendré. Cette situation se retrouve d'ailleurs à l'instruction, notamment en cas d'homicide, lorsque l'auteur n'a pu être rapidement confondu. A cet égard, le caractère purement indicatif du délai prévu à l'article 75-1, fixé par le procureur à l'OPJ pour mettre en oeuvre l'enquête, ne doit pas être modifié. Il serait purement illusoire, en l'état des effectifs des magistrats, greffiers et enquêteurs, de penser pouvoir régler la question des délais de traitement des affaires par des délais contraints fixés par le code de procédure pénale, qui n'auraient par ailleurs, dans certains cas d'enquêtes « dormantes » pour des raisons légitimes, pas de sens.

Il apparaît en revanche qu'aucun recours juridictionnel n'est actuellement prévu pendant l'enquête préliminaire concernant la régularité de la procédure, les décisions du JLD dans ce cadre n'étant pas susceptible de recours. Devant le constat que l'instauration de tels possibilités de recours serait extrêmement lourde dans l'organisation actuelle des services du parquet et du JLD (cf infra, partie I), d'autant que la délivrance de copies de la procédure est rendue difficile, en l'absence de cotation, le Syndicat de la magistrature estime qu'un certain nombre d'actes d'enquêtes, les plus attentatoires aux droits, devraient ne pouvoir être mis en oeuvre qu'au cours d'une instruction, afin de permettre le contrôle de leur régularité avant l'audience. Le report du contrôle, par un juge du siège, de la régularité de l'enquête au moment de l'audience ne paraît en effet pas satisfaisant s'agissant de ces techniques d'enquêtes spécifiques. Tous les arguments développés par ailleurs dans la première partie (cf I. Les pré-requis) plaident en faveur d'un ré-aiguillage des dossiers les plus lourds, en terme d'atteintes aux droits, à l'instruction, en réservant les techniques d'enquête les plus attentatoires aux droits à l'instruction comme c'était le cas avant les lois Perben. Par ailleurs, le contrôle du JLD pendant l'enquête préliminaire permettra d'orienter la procédure vers une ouverture d'instruction si le JLD estime, au regard de la nature des actes d'enquête accomplis, que les droits permis par le principe du contradictoire doivent être ouverts.

Ces propositions, en l'absence d'instauration d'une phase contradictoire systématique ouverte à la fin de l'enquête préliminaire, doivent cependant être complétées par des propositions spécifiques pour les comparutions immédiates, et une attention particulière concernant les procédures de poursuite simplifiées et d'alternatives aux poursuites.

En effet, les dossiers examinés en comparution immédiates sont susceptibles d'échapper à l'examen systématique de la procédure après un certain délai par un JLD que nous proposons d'instaurer, beaucoup de procédures orientées en CI étant terminées dans des délais très courts après la commission des faits. Le Syndicat de la magistrature revendique depuis longtemps que cette procédure, peu respectueuse des droits de la défense et des victimes, et grande pourvoyeuse de peines d'emprisonnement trop rapidement prononcées, ainsi que la CRPC sur déferrement, soient supprimées : une juridiction collégiale pourrait être saisie en urgence par le parquet, à charge pour elle, à l'issue d'une audience de mise en état, de valider ou de modifier l'orientation rapide retenue par le parquet, d'ordonner le cas échéant un supplément d'information, de fixer la date de l'audience de jugement et de statuer sur une éventuelle mesure de sûreté dans l'attente de son jugement. Dans le cadre de cette mise en état, les éventuelles nullités de procédure pourraient ainsi être examinées par la formation collégiale.

Concernant les procédures simplifiées et les alternatives aux poursuites, elles ne seront tout simplement jamais portées devant un juge susceptible de statuer sur les nullités de procédure, alors même que les réformes successives, et notamment la loi du 23 mars 2019, ainsi que la proposition de loi pour la justice de proximité n'ont cessé d'élargir les peines susceptibles d'être prononcées dans le cadre des procédures simplifiées, et les quasi peines qui tiennent aujourd'hui lieu de mesures alternatives. Le Syndicat de la magistrature s'il est favorable à la possibilité pour le parquet de décider de mesures alternatives aux poursuites, dans une perspective de décroissance pénale et carcérale, est en revanche totalement opposé au mouvement qui s'intensifie ces dernières années consistant à transformer la décision judiciaire en ersatz dans le but d'atteindre le graal d'une réponse pénale à 100%. Les mesures alternatives aux poursuites figurant à l'article 41-1 du CPP et surtout celles prévues dans la proposition de loi sur la justice de proximité, qui est soutenue par le gouvernement, n'ont rien d'anodin : interdiction d'aller dans certains lieux, abondamment utilisée lors des interpellations de manifestants ces derniers mois, interdiction d'entrer en contact avec la victime, 3500 euros de contribution citoyenne etc... Le Syndicat de la magistrature s'est opposé à l'extension sans fin des mesures susceptibles d'être prononcées dans le cadre de ces procédures alternatives aux poursuites et simplifiées. L'absence de contrôle, à aucun moment, de la régularité de la procédure par un juge du siège est un argument supplémentaire pour mettre un terme à cette prolifération.

Au regard de l'ensemble de ces observations, le Syndicat de la magistrature formule les propositions suivantes :

A - Instaurer un examen systématique de la procédure d'enquête préliminaire par un JLD un an après l'ouverture de l'enquête, puis tous les ans et, dans le cas où une audition libre, une garde à vue (cas de l'actuel article 77-2 du CPP), un acte d'enquête avec autorisation du JLD, ont eu lieu, six mois au maximum après ces actes : le JLD pourrait autoriser la prolongation de l'enquête préliminaire, et s'il ne le fait pas, le parquet devrait alors, dans le délai d'un mois, soit ouvrir une information judiciaire, soit prendre une décision sur l'action publique. Le JLD pourrait motiver sa décision de refus d'autoriser la poursuite de l'enquête préliminaire par la nécessité que l'enquête se poursuive sous la forme d'une instruction, en s'appuyant notamment sur la nécessité de permettre l'exercice des droits de la défense dans

le cadre protecteur de l'instruction (recours juridictionnel sur les nullités de procédure, accès au dossier, demandes d'actes...), et/ou sur le constat qu'il existe, d'ores et déjà, des indices contre la personne justifiant qu'il puisse faire usage des droits de la défense. Le parquet demeurerait cependant libre de classer l'affaire sans suite ou d'engager des poursuites ou alternatives aux poursuites. Cette analyse de proportionnalité réalisée par le JLD ne préjugera en rien de ce qui sera décidé ensuite, le cas échéant, par le juge d'instruction, lequel conservera toute sa latitude d'action mais sur la base d'une procédure consolidée par ce double-regard.

Dans le cas où le JLD autorise la poursuite de l'enquête préliminaire, il pourra décider que le parquet doit mettre le dossier à la disposition de la personne mise en cause, si celle-ci a déjà fait l'objet d'une audition. Les droits actuellement prévus par l'article 77-2 (notamment pour la fin de l'enquête) seraient dans ce cas de figure ouverts à la personne visée et au plaignant.

Il convient d'estimer à sa juste mesure la charge qui résulterait d'un tel contrôle pour les magistrats du parquet (qui devront tenir à jour un calendrier des enquêtes préliminaires en cours) et surtout pour les JLD. Ce constat ne fait que rendre plus urgent encore la nécessité d'élaborer les référentiels sur la charge de travail de ces magistrats, afin de pouvoir évaluer l'impact que représenterait cette charge nouvelle, qui ne saurait être décidée à moyens constants.

Il convient de relever que le principe de l'intervention du JLD, après un certain délai et/ou la mise en oeuvre de certaines mesures, pour autoriser la poursuite de l'enquête préliminaire a été précédemment proposé dans le rapport sur la procédure pénale de Jacques Beaume en juillet 2014, et plus récemment dans le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les obstacles à l'indépendance de la Justice rendu le 2 septembre 2020.

Le système proposé ici n'est pas entièrement satisfaisant : ces délais prévus de manière uniforme ne correspondent pas forcément au moment où la procédure fera apparaître des indices graves contre une personne, et la fin de ces délais pourra arriver, selon les cas, trop tôt ou trop tard. C'est la raison pour laquelle le Syndicat de la magistrature estime qu'il convient de favoriser le cadre de l'instruction, lorsqu'une enquête au long cours est menée en utilisant des techniques d'enquêtes particulièrement attentatoires aux droits, car cette procédure est la seule dans laquelle un juge apprécie tout au long de l'enquête la nécessité d'ouvrir toutes la panoplie des droits de la défense à la personne suspectée lorsque les charges contre elle le justifient. Quelles que soient les avancées qui peuvent être proposées pour l'enquête préliminaire, les garanties prévues dans la procédure de l'instruction ne sont actuellement pas transposables à l'enquête menée par le parquet.

B - Revenir sur la possibilité pour le parquet d'utiliser certaines techniques d'enquête sous le contrôle du JLD, afin que ces mesures plus attentatoires aux droits ne soient ordonnées que dans le cadre de l'instruction, permettant l'exercice des droits de la défense lorsque la procédure comporte contre la personne des indices graves et concordants, et la possibilité de soulever la nullité des actes d'enquête avant l'audience de jugement.

A minima, le Syndicat revendique que les techniques spéciales d'enquête qui peuvent être ordonnées, en matière de criminalité organisée, par le JLD saisi par le parquet pendant

l'enquête préliminaire ne puissent plus être ordonnées que par un juge d'instruction. Là encore, la loi du 23 mars 2019 allait en sens exactement inverse, en étendant cette possibilité aux crimes, disposition que le Conseil constitutionnel a censurée. Le Syndicat de la magistrature rappelle ainsi son opposition à ce que des mesures de surveillance de masse (les IMSI-catcher) ou très intrusives (les sonorisations) puissent être mises en œuvre dans le cadre des enquêtes préliminaires et de flagrance. Ces techniques doivent non seulement être strictement encadrées mais réservées aux procédures d'informations judiciaires et aux crimes ou délits les plus graves.

Plus largement, le Syndicat de la magistrature estime que la possibilité d'interceptions téléphoniques dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de flagrance, introduite par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, étendue par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, et réservée à une liste déterminée d'infractions spécifiquement caractérisées par leur complexité, mérite d'être questionnée.

Le caractère dérogatoire de la procédure d'écoute doit être rappelé. En effet, le contrôle opéré par le juge des libertés et de la détention est très loin de présenter les mêmes garanties que le contrôle réalisé par le juge d'instruction dans le cadre de l'information. Contrairement à celui-ci, et comme évoqué dans notre première partie, le juge des libertés et de la détention n'assure pas un suivi continu de l'enquête, ne dispose pas nécessairement de l'entier dossier de la procédure, ne peut pas donner d'instructions sur les orientations de l'enquête, ne peut pas interrompre une écoute en cours, et ne réalise qu'un contrôle *a posteriori*, formel et sans portée effective. Comme dans le cas des techniques spéciales d'enquête (cf. infra), l'intervention du juge des libertés et de la détention est, en l'état de l'organisation des services, principalement prévue pour rendre le dispositif formellement admissible aux yeux du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Se sont ainsi répandues des pratiques juridictionnelles dans lesquelles les enquêtes, en matière de délinquance organisée ou de trafics de stupéfiants, sont menées en préliminaire, de bout en bout dans le secret, avant le placement en garde-à-vue et le déferrement, avec renvoi immédiat devant une juridiction de comparution immédiate. L'exercice des droits de la défense est retardé d'autant.

La brèche ouverte par ces textes aurait pu encore s'élargir, puisque le législateur avait adopté une disposition dans la loi du 23 mars 2019 pour étendre les écoutes pendant l'enquête préliminaire à tous les faits punis de 3 ans d'emprisonnement, disposition là encore heureusement censurée par le Conseil constitutionnel. Il conviendrait de réaliser un état des lieux du nombre de procédures d'enquête préliminaire dans lesquelles les écoutes sont autorisées, et de déterminer dans quelles proportions ces affaires sont ensuite confiées à un juge d'instruction - l'intérêt de confier cette technique d'enquête au parquet devant être considéré comme limité s'il s'avérait que ces affaires sont en réalité majoritairement suivies par une instruction. Si le Syndicat de la magistrature estime que, dans la configuration actuelle, les droits des personnes seraient mieux garantis en confiant les écoutes au seul juge d'instruction, le JLD n'étant pas en mesure d'assurer un suivi de la mesure dans les mêmes conditions, il convient d'examiner d'un peu plus près la réalité de leur utilisation, et de leur utilité, avant de proposer une évolution radicale. Autrement dit, il

s'agirait de réaliser une étude d'impact. Dans l'attente, il pourrait être opportun de prévoir que le JLD statue sur la poursuite de l'enquête préliminaire dans un délai plus court lorsqu'il a ordonné des écoutes, par exemple trois mois après la première décision de mettre en place des écoutes.

D'autres dispositions de la loi du 23 mars 2019, qui conduisent directement à marginaliser la procédure d'instruction, doivent être abrogées : il en est ainsi de l'abaissement de 5 ans à 3 ans du seuil de peine encourue à partir duquel il peut être fait recours à la perquisition sans assentiment en matière d'enquête préliminaire selon les modalités prévues à l'article 76 CPP.

Il convient de rappeler que le rapport rédigé par Jacques Beaume et Franck Natali dans le cadre des « chantiers de la justice » avait considéré que le principe de proportionnalité imposait de fixer le seuil de la perquisition sans assentiment, des écoutes téléphoniques en enquête préliminaire et de la prolongation de flagrance à 5 ans et non à 3 ans. En effet, la notion de peine encourue inférieure ou égale à 3 ans inclut la quasi-totalité de la masse de la délinquance de droit commun non routière, si bien qu'il devient presque inconvenant de parler de seuil.

De manière plus générale, il paraît opportun d'engager une réflexion sur les délais écoulés avant l'ouverture d'une information : même en matière criminelle, pour laquelle l'instruction est obligatoire, aucun délai n'est fixé au procureur de la République qui peut poursuivre l'enquête préliminaire sans limitation avant de saisir le juge. Il en résulte depuis plusieurs années, et notamment depuis que certains actes peuvent être décidés par le procureur comme les écoutes, des délais de plus en plus long avant l'ouverture de l'information judiciaire. Cette manière de procéder vide la procédure d'instruction de sa substance et retarde encore le moment où les dispositions plus protectrices de l'instruction sont mises en oeuvre au regard des droits de la défense.

C - Renforcer les droits de la défense et les garanties procédurales pendant la garde à vue

Les seules pièces de procédure dont l'avocat peut actuellement prendre connaissance durant la garde-à-vue sont limitativement énumérées par l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale. Ces documents ne concernent en rien les éléments de fond du dossier et ne permettent donc pas à l'avocat « d'assister » effectivement son client durant l'enquête.

La loi de transposition de la directive du 22 mai 2012 n'étend pas ce droit aux pièces de fond, au prétexte que la directive laisserait une marge d'appréciation quant au délai dans lequel la mise à disposition du dossier doit intervenir (« en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et au plus tard lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer »). L'accès au dossier est donc refusé, tant au cours de la garde-à-vue que de l'audition libre.

L'accès au contenu du dossier est une condition indispensable de l'exercice des droits fondamentaux. Les auditions, ainsi que les éléments recueillis à l'occasion des investigations menées pendant ce laps de temps, ont en effet un poids important dans le dossier, encore aujourd'hui. Il s'agit donc d'un moment où la défense a un rôle primordial à jouer et où la

communication des éléments à charge et à décharge permettra « l'exercice effectif des droits de la défense ». Cette évolution, qui a été retardée, apparaît nécessaire en l'état de la jurisprudence et des textes européens.

Dans ce contexte, il paraît équilibré de permettre le recueil de la version initiale du mis en cause avant de lui donner connaissance des pièces de la procédure, en présence de son avocat, s'il ne souhaite pas faire valoir son droit au silence, avant d'avoir pris connaissance des pièces de la procédure : cette première version serait utile à la manifestation de la vérité et serait susceptible d'aller dans le sens de la défense de la personne mise en cause, en ce qu'elle pourrait mettre à jour que le mis en cause, sans avoir connaissance des éléments qui figurent dans le dossier, présente une version concordante avec les éléments factuels déjà recueillis. Cette mise en oeuvre progressive de l'accès aux éléments de la procédure au cours de la garde à vue ne ferait pas obstacle au droit à ne pas s'auto-incriminer dans la mesure où le gardé à vue peut choisir de garder le silence. Par la suite, il pourrait être prévu que dès lors que l'OPJ, dans le cadre de chaque nouvelle audition, s'appuie sur des témoignages ou éléments résultant des pièces de la procédure, il ne peut les évoquer sans mettre les pièces en question à la disposition de l'avocat, en permettant à ce dernier un nouvel entretien avec son client avant l'audition.

Il convient par ailleurs de revenir sur une autre disposition de la loi du 23 mars 2019 : alors que la prolongation de la garde à vue au-delà de 24 heures impliquait avant cette loi une présentation de la personne devant le magistrat, sauf dérogation à titre exceptionnel, le texte renverse ce principe et prévoit que la personne ne soit présentée au magistrat que sur demande de celui-ci.

La présentation de la personne gardée à vue est aujourd'hui un effort auquel enquêteurs et magistrats doivent s'astreindre dans un contexte de moyens insuffisants. Elle demeure une modalité importante du contrôle de la garde à vue par l'autorité judiciaire et une garantie du respect de la liberté individuelle. Elle est notamment l'occasion pour la personne gardée à vue de signaler des difficultés, doléances ou incidents, et pour le magistrat de contrôler concrètement les conditions d'exercice de la mesure. La disparition de fait de cette « fenêtre » judiciaire, motivée par des considérations purement gestionnaires, s'inscrit à rebours de l'évolution contemporaine du droit européen, qui tend à exiger un renforcement du contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de privations de libertés.

D - Revenir sur le développement tout azimuth des procédures simplifiées, renoncer aux mesures prévues dans la proposition de loi pour la justice de proximité, et supprimer l'amende forfaitaire délictuelle

Comme indiqué plus haut, les procédures simplifiées qui pouvaient se concevoir pour des délits très simples (infractions routières, vol à l'étalage) deviennent en soi un mode de traitement de masse du contentieux, assorti de la possibilité de prononcer des peines de plus en plus lourde alors qu'aucun débat judiciaire réel ne préside au choix de la peine. Par ailleurs, après le recul de la collégialité, puis le recul de l'audience, le juge étant appelé à homologuer des décisions du parquet sans voir la personne mise en cause, c'est aujourd'hui le juge lui-même qui se trouve exclu de la décision par l'extension sans fin des mesures susceptibles d'être prononcées par le seul parquet, dans le cadre du TTR, par la voie des

alternatives aux poursuites. Ce millefeuille de procédures doit être réexaminé afin de revenir à l'esprit initial qui avait présidé à l'introduction de ces mesures.

La loi du 23 mars 2019 a par ailleurs étendu la possibilité, auparavant réservée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 aux infractions de défaut de permis de conduire et de défaut d'assurance, de délivrer une amende forfaitaire délictuelle à plusieurs nouveaux délits, et notamment l'usage de stupéfiants.

L'amende forfaitaire délictuelle, sous couvert d'un objectif productiviste assumé et d'une volonté de poursuite systématique, est le point d'aboutissement de la multiplication des procédures simplifiées, mises en oeuvre dans le but d'afficher un taux de réponse pénale à 100%. Elle réduit l'acte de juger à l'application déshumanisée d'un « tarif », en négation du principe d'individualisation de la peine, à la seule appréciation des forces de l'ordre et sans intervention préalable d'un magistrat.

Par ailleurs, le dispositif donne aux agents interpellateurs la possibilité de s'approprier l'opportunité des poursuites dévolue par la loi au procureur de la République, en choisissant de manière totalement discrétionnaire, en amont, les usagers de stupéfiants qui feraient l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire et ceux qui feraient l'objet d'un compte-rendu au parquet.

Il est d'ailleurs à noter que le rapport consacré aux « chantiers de la justice » a considéré que d'une manière générale, la forfaitisation n'était pas adaptée à la matière délictuelle, et que ce dispositif devait par ailleurs spécifiquement être écarté en matière de stupéfiants, en raison des enjeux sanitaires de ce contentieux.

Les rapporteurs de la Commission des lois de l'Assemblée nationale auteur d'un rapport rendu le 25 janvier 2018 relatif à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants, dont un appartient à la majorité, se montraient eux-mêmes très circonspects quant à la mise en oeuvre cette mesure.

Il convient purement et simplement de supprimer cette anomalie de notre procédure pénale.

IV. Le secret professionnel de l'avocat

1 - Les perquisitions

Il convient de souligner, à titre liminaire, que la proposition de l'expérimentation de l'avocat en entreprise soulèverait d'inextricables difficultés au regard du régime actuellement en vigueur protégeant le secret professionnel de l'avocat. L'application de ce régime dans la perspective où les documents concernant les sociétés visées par l'enquête, utiles à la manifestation de la vérité, seraient conservés par des avocats, constituerait un obstacle important à la progression des enquêtes en matière économique et financière. Si actuellement, les magistrats s'attachent à ne procéder à des perquisitions dans les cabinets d'avocats que lorsque ces investigations sont absolument indispensables à l'enquête - en

pratique très peu de cas -, elles seraient appelées à se multiplier en engendrant un risque d'engorgement, dans la mesure où seul un magistrat peut procéder lui-même à la perquisition, sans pouvoir se faire assister d'un OPJ, et où le JLD est appelé à statuer sur toutes les contestations de saisies faites par le bâtonnier, en pratique de manière assez systématique.

Par ailleurs, l'avant projet de loi publié par la presse comporte le principe selon lequel c'est le chef d'entreprise, et non le bâtonnier, qui pourrait s'opposer à la saisie des documents pour l'avocat en entreprise. On voudrait définitivement torpiller la justice économique et financière qu'on ne s'y prendrait pas autrement.

Le régime de la perquisition chez un avocat comporte d'ores et déjà des modalités très protectrices, et dérogatoires, celles-ci ne pouvant être menées que par un magistrat, en présence du bâtonnier, et la loi interdisant la saisie de documents relevant de l'exercice des droits de la défense, sauf lorsque l'avocat est lui-même mis en cause à travers ce document.

Concernant les objets et documents saisis, la distinction résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation paraît équilibrée : le secret professionnel de l'avocat, en dehors de l'exercice des droits de la défense, ne justifie pas qu'une protection plus importante lui soit accordée par rapport aux autres secrets professionnels - à savoir une protection susceptible d'empêcher la saisie de documents utiles à la manifestation de la vérité. Ce sont les relations d'un avocat avec son client dans le cadre de sa défense qui justifient qu'un niveau supplémentaire de protection soit appliqué, pour garantir l'effectivité des droits de la défense. Dès lors que le document comporte en revanche des éléments relatifs à l'exercice des droits de la défense, il ne peut être saisi que s'il est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à l'infraction ou s'il contient, de manière intrinsèque, un indice de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction poursuivie.

Au regard de l'atteinte à la confidentialité des échanges entre l'avocat et ses clients, indispensable à l'exercice des droits de la défense, que constituent les opérations de perquisition pendant le déroulement de l'acte - bien que limitée à la seule personne qui mène la perquisition et prendra connaissance des documents, le magistrat - le Syndicat de la magistrat estime que la décision d'y procéder, justifiée par les nécessités de l'enquête, pourrait être prise par le JLD saisi par le procureur de la République en enquête préliminaire et par le juge d'instruction pendant l'instruction, dans les cadres respectifs de l'enquête préliminaire et de l'instruction. Par ailleurs, le principe selon lequel le magistrat mène la perquisition permet de concilier l'efficacité de l'enquête, ce dernier étant le seul à pouvoir déterminer quels documents intéressent son enquête, et la protection du secret, seul le magistrat procédant aux opérations, et non les OPJ, étant susceptible d'en prendre connaissance.

En cohérence avec cette évolution plus protectrice, il convient de prévoir que la chambre de l'instruction, statuant naturellement sur la décision du magistrat instructeur lorsque celle-ci est contestée, soit compétente pour se prononcer sur les contestations de saisie réalisée par le bâtonnier au cours d'une procédure d'instruction.

Enfin, le Syndicat de la magistrature s'est interrogé sur l'opportunité de conditionner la perquisition chez l'avocat au seul cas dans lequel il serait visé par l'enquête : nous avons cependant écarté cette condition. En effet, une telle disposition ferait échec, par exemple, à la perquisition menée chez un avocat, domicile d'un membre de sa famille qui serait visé par l'enquête. Il n'apparaît pas possible de sanctuariser le domicile d'un avocat de telle sorte que d'éventuels mis en cause pourraient l'utiliser, y compris à son insu, pour y cacher des indices d'infractions commises.

2 - Les écoutes

Au regard de l'atteinte au secret professionnel lié à l'exercice des droits de la défense que constitue le placement sur écoute de la ligne téléphonique d'un avocat, le Syndicat de la magistrature propose, en cohérence avec le régime proposé pour la perquisition, que la décision soit confiée au JLD sur saisine du juge d'instruction. En cohérence avec les précédentes observations sur les écoutes téléphoniques, il convient de réserver cet acte d'enquête à la procédure d'instruction.

Contrairement à ce qui a été dit pour les perquisitions, il apparaît opportun de conditionner le placement de la ligne d'un avocat sur écoute à l'existence d'indices ou de raisons plausibles laissant penser qu'il a pu participer à l'infraction objet de l'enquête. Il n'apparaît pas que cette condition posée puisse constituer un obstacle à la manifestation de la vérité, et cette condition paraît, au regard de la gravité de l'atteinte, justifiée.

En revanche, le Syndicat de la magistrature considère que l'avis donné au bâtonnier ne se justifie en rien : ce dernier n'étant pas au fait du contenu de l'enquête, il ne peut porter aucun avis utile sur la proportionnalité de l'acte et ne dispose, dans les faits, d'aucun moyen d'intervenir sur la mise en oeuvre de la mesure. Afin de permettre au bâtonnier d'avoir *in fine* connaissance de la réalité - dans les faits très modeste - de la mise en oeuvre d'écoutes sur les avocats de son barreau, un document comportant le nombre et la durée des mesures terminées pourrait lui être annuellement adressé par le procureur de la République et le doyen des juges d'instruction.

Le Syndicat de la magistrature propose par ailleurs, dans le cas où une conversation avec un avocat est écoutée de manière accidentelle dans le cadre d'une écoute classique, que sa transcription soit réalisée sous le contrôle du juge d'instruction.

3 - Les fadettes

Les réquisitions aux fins d'obtenir les relevés détaillés des communications de l'avocat porte atteinte au secret professionnel dans des proportions moindres que la perquisition et les écoutes, le contenu des échanges n'étant pas révélé. Néanmoins, l'identification de ses contacts peut contenir la liste des clients qu'il assiste dans le cadre des droits de la défense, bien que la simple consultation des contacts ne permette pas de distinguer ces clients, des autres clients consultant l'avocat dans le cadre d'une activité de conseil ou encore de ses autres liens amicaux ou familiaux.

Le Syndicat de la magistrature estime ainsi que la protection du secret professionnel devrait être renforcé par le biais d'une autorisation écrite du JLD, saisi par le parquet, ou d'une décision écrite du juge d'instruction. Au regard de la nature des informations révélées par les fadettes, il n'apparaît pas utile, pour que la mesure soit proportionnée, que cette mesure d'enquête soit conditionnée à l'existence d'indices contre l'avocat.

L'exigence de motivation de la décision, au regard de la nécessité de l'acte d'enquête, et le fait de la confier à un magistrat du siège sont de nature à garantir la proportionnalité de la mesure.

A titre conservatoire, sur le secret des sources, secret de l'enquête

Bien que le questionnaire de la commission ne porte pas sur ce sujet, nous renvoyons en tant que de besoin à nos observations développées devant la mission parlementaire en 2019 (http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/observations_secret_de_l_enquete.pdf).

Le Syndicat de la magistrature souhaite évoquer, en lien avec ce sujet, l'idée, lancée ces derniers jours par un député et reprise par le garde des Sceaux devant l'Assemblée nationale, de rendre immédiatement contradictoire l'intégralité de l'enquête pour les personnes qu'elle concerne dès lors qu'une fuite sur la procédure apparaîtrait dans la presse. N'étant pas en mesure de déterminer s'il s'agit d'une facétie ou d'une proposition sérieuse, nous préférons indiquer clairement à la commission qu'une telle disposition constituerait un réel danger pour la conduite des enquêtes : il suffirait aux personnes visées par une enquête, dont certaines, précisément dans les affaires à fort retentissement médiatique, disposent de contacts et relais au sein de l'appareil d'Etat et parfois au plus haut niveau, d'organiser des fuites pour avoir immédiatement accès à l'intégralité de l'enquête les concernant. Il est assez singulier que cette idée ait émergé au moment d'un débat en séance publique sur le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur les obstacles à l'indépendance de la Justice.

Conclusion

Au-delà des propositions contenues dans ces observations, nous voudrions faire part à votre commission de la grande lassitude - voire du désespoir - des professionnels de justice dans un contexte marqué par des réformes incessantes, erratiques, dictées par l'actualité et des considérations politiciennes, si bien que le gouvernement est capable, sous la même mandature présidentielle et avec la même majorité, de faire puis défaire sans aucune cohérence, sans aucune colonne vertébrale, sans aucune vision et perspective pour la Justice.

En 2018 et 2019, nous avons ardemment combattu, aux côtés de nombreuses autres organisations, ce qui devait devenir les loi du 23 mars 2019 : outre la destruction de la justice de proximité à travers la fusion TI/TGI, avant sa réincarnation fallacieuse cette année sous la forme d'une résurgence du thème de la lutte contre les incivilités, nous avons dénoncé,

notamment dans un document appelé « la grande braderie des libertés », les reculs des garanties et des droits de la défense contenus dans les modifications du code de procédure pénale envisagées puis votées. Le Conseil constitutionnel a, fort heureusement, censuré une bonne partie des dispositions les plus attentatoires aux principes fondamentaux. Aujourd'hui votre commission est chargée de réfléchir aux évolutions nécessaires pour mieux garantir les droits de la défense, à partir du prisme extrêmement limité d'une affaire pénale particulière qui a fait pousser, pour reprendre une expression qu'affectionne notre garde des Sceaux, des cris d'orfraie, alors qu'elle n'était que l'illustration de l'application de la loi.

Est-il raisonnable d'attendre une prochaine actualité pour réformer par petits bouts notre procédure pénale, quitte à lui faire perdre toute cohérence, et à opérer sans cesse des allers et retours en l'absence de vision claire des équilibres qui doivent présider à la conciliation de la protection des libertés et de la vie privée et de l'efficacité de l'enquête?

La Plate-forme nationale de protection du secret professionnel.

1. L'ARTICLE 100 CODE DE PROCEDURE PENALE EVOQUE LES CONDITIONS DANS LESQUELLES UN JUGE D'INSTRUCTION PEUT PRESCRIRE L'INTERCEPTION, L'ENREGISTREMENT ET LA TRANSCRIPTION DE CORRESPONDANCES EMISES PAR LA VOIE DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES.

Il s'agit donc, pour le souligner, d'un triptyque, interception, enregistrement et transcription.

L'article 100 - 5 du code de procédure pénale vise de façon limitative les avocats et les droits de la défense ainsi que les journalistes.

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier.

Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense.

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Ce texte prohibe la transcription mais ne dit rien sur l'interception et l'enregistrement qui peuvent échapper à la connaissance de l'avocat.

Par ailleurs, l'exercice des droits de la défense est aujourd'hui une notion qui fait l'objet de remises en cause, ce qui place le secret de l'avocat dans une insécurité juridique, secret qui faut-il le rappeler est prévu au profit des clients de l'avocat.

2. L'ARTICLE 100 - 7 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, PREMIER ALINEA, INTERDIT L'INTERCEPTION D'UN DEPUTE OU D'UN SENATEUR SANS QUE LE PRESIDENT DE L'ASSEMBLEE A LAQUELLE IL APPARTIENT EN SOIT INFORME PAR LE JUGE D'INSTRUCTION.

Le second alinéa vise le cabinet d'un avocat, son domicile et l'obligation d'informer le bâtonnier.

Le 3e alinéa vise le cabinet d'un magistrat, son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où ils résident soient informés.

Ces dispositions sont prescrites à peine de nullité selon le dernier alinéa.

L'information n'est faite qu'à posteriori.

3. POUR LES ARTICLES 706-95 ET SUIVANTS DU CODE DE PROCEDURE PENAL QUI VISENT LA CRIMINALITE ORGANISEE ENTRANT DANS LE CHAMP D'APPLICATION DES ARTICLES 706-73 ET 706-73-1ET EN CAS DE FLAGRANCE, LE JUGE DES LIBERTES SAISIES PAR LE PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE PAR UNE REQUETE PEUT AUTORISER L'INTERCEPTION, L'ENREGISTREMENT ET LA TRANSCRIPTION DE CORRESPONDANCES EMISES PAR LA VOIE DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES SELON LES MODALITES DE L'ARTICLE 102E ALINEA, SANS -1 ET 100 - 3 A 100 - 7 DU CODE DE PROCEDURE PENALE.

4. ENFIN, L'ARTICLE 66-5 DE LA LOI N° 71-1130 DU 31 DECEMBRE 1971 PORTANT REFORME DE CERTAINES PROFESSIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES MODIFIE PAR LA LOI DU 4 JANVIER 1993 ET CELLE DU 28 MARS 2011 PREVOIT QUE :

*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**.*

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à [l'article L. 222-7](#) du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à [l'article L. 222-18](#) du même code.

Le premier alinéa se présente notamment comme une protection générale des « correspondances » de l'avocat amis sans autre forme de précision.

5. ON VOIT DONC QUE LE SECRET PROFESSIONNEL EST AU PLAN PRATIQUE TRES MAL PROTEGE.

La seule responsabilité du magistrat ordonnant la mesure n'est pas un rempart suffisant à l'écoute téléphonique, aux investigations sur les lignes et sur les factures des avocats qui s'effectuent selon deux modes opératoires.

Dans un cas, l'avocat est la cible de l'investigation désirée de sa *correspondance*.

Dans ce cas, sous la responsabilité du magistrat, une décision est prise et exécutée sur la base d'éléments de fait et de droit.

Le bâtonnier est informé à posteriori et dans des conditions insatisfaisantes.

Dans un second cas, c'est incidemment que l'avocat apparaît à l'occasion d'une conversation initiée par son client ou un tiers lesquels font l'objet d'investigations sur leur ligne.

Dans cette seconde hypothèse, le bâtonnier n'a pas à être prévenu.

Ainsi, la protection de la correspondance d'un avocat sous toutes ses formes n'est pas sérieusement assurée.

6. IL FAUT RELIRE LES TRAVAUX D'UN COLLOQUE ORGANISE PAR LE BARREAU DE PARIS.

Extrait du rapport conjoint du Barreau de Paris, du Cercles des Nations américaines et de l'Association Françaises des docteurs en droit, 11 juin 2017, <https://france-ameriques.org/wp-content/uploads/2017/06/Document-entier.pdf>

4/ L'interprétation de la cour de cassation

Selon l'indication qu'en donne la jurisprudence de la Cour de cassation, tel que rappelé par cette dernière dans son refus de transmettre une QPC (cass. crim. 06 avril 2016 n°15-86-043) la règle jurisprudentielle est la suivante : « les dispositions de l'article 100 du code de procédure pénale n'excluent pas la possibilité d'une interception inopinée d'une conversation entre un avocat avec son client, à l'occasion d'une écoute d'une ligne dont l'avocat n'est pas titulaire, sa transcription ne peut être réalisée qu'à titre exceptionnel s'il existe contre l'avocat des indices de participation liée à une infraction, l'annulation des actes de transcription devant être prononcée en l'absence de tels indices ». Il faut donc comprendre de l'ensemble de ces règles et de cette jurisprudence que s'agissant de l'interception, voire de la transcription, de conversations qu'un avocat tient avec son client, qui serait interceptée depuis les lignes de l'avocat, il suffit juste que le bâtonnier en ait été avisé sans que ce dernier ne puisse rien faire, pour empêcher ces écoutes, sauf abus manifeste. S'agissant des écoutes « inopinées » des conversations entre un avocat et son client depuis les lignes de ce dernier, elles ne sont pas interdites, mais leur transcription n'est possible que si elles révéleraient que l'avocat lui-même a participé aux infractions. Bref, en tous les cas on peut écouter ce qu'un avocat dit à son client, mais on ne peut s'en servir que si ces écoutes révéleraient que l'avocat sort de son rôle pour devenir une forme de complice. Rappelons enfin la jurisprudence : ! « Le pouvoir du juge d'instruction trouve sa limite dans le respect des droits de la défense, qui commande notamment la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen. Il

ne peut être dérogé à ce principe qu'à titre exceptionnel, s'il existe entre l'avocat des indices de participation à une infraction » (Crim. 15 janvier 1997 bull. crim. n°14). ! « La liberté de communication entre l'avocat et son client qui entraîne l'interdiction d'intercepter les correspondances ou les communications téléphoniques qu'ils échangent, ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction, après avoir placé sous écoute téléphonique le domicile d'un proche d'une personne mise en examen, intercepte les communications de ce dernier avec l'avocat de la personne » (Crim 30 septembre 1997 Bull. Crim. n° 243) ! « La captation et la transcription de conversations téléphoniques échangées entre un avocat et son client sont régulières dès lors que le contenu de celles-ci est de nature à faire présumer de la participation de cet avocat à une infraction, les droits de la défense n'étant pas alors en cause » (Crim. 14 novembre 2001 Bull. Crim. n°238) ! « Aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement, et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers. Le texte qui interdit l'interception de correspondance ou de communication téléphonique échangées entre eux, ne fait pas obstacle à l'interception des communications d'un proche de cette personne avec l'avocat de celui-ci » (Crim. 10 mai 1994 Bull. Crim n°180) « sauf si l'avocat est aussi le défenseur de ce proche en l'occurrence le père des mis en examen » (Crim. 18 janvier 2006) Sur cette règle on peut considérer que limiter à la seule personne mise en examen laquelle est quelquefois détenue préventivement les relations tenant à l'exercice des droits de la défense est contestable. Le plus souvent on échange avec ses proches pour l'organisation de sa défense dans des conditions de confidentialité identiques sur le terrain de l'obligation de secret professionnel de l'avocat ; lequel qui devrait pareillement s'imposer aux juges, car ils s'inscrivent effectivement et strictement dans l'exercice des droits de la défense. ! « Le juge d'instruction peut ordonner la captation et la transcription des conversations téléphoniques d'un avocat et de son client, dès lors que le contenu des conversations transcrites était de nature à contribuer à la manifestation de la vérité sur la participation de l'avocat aux infractions qui lui étaient reprochées et que les droits de la défense n'étaient pas en cause. » (Crim. 14 novembre 2001 Bull : Crim. n°238) ! Et enfin « Le principe de confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne saurait s'opposer à la transcription de certaines d'entre elles dès lors qu'il est établi que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction ; tel est le cas lorsque les propos tenus par l'avocat étaient partie propre à faire présumer la commission par ce dernier de la violation du secret professionnel et pour les autres pouvait constituer une outrage à magistrat » (Crim. 1er octobre 2003 Bull. Crim n°177). ! Enfin, le dernier arrêt qui a statué sur cette question a été rendu par la Chambre criminelle le 15 juin 2016. Il est plutôt plus rassurant que ses prédécesseurs, la Cour de cassation casse un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel qui avait refusé d'annuler certains actes d'enquête « notamment le procès-verbal relatif à la surveillance mise en place devant le cabinet de l'avocat, alors qu'elle a prononcé l'annulation des procès-verbaux de transcription des conversations téléphoniques entre l'avocat et son client, comme ne révélant pas de contenu de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction ». En effet, « le contenu des conversations litigieuses procédait de l'élaboration d'une stratégie de défense et ne révélait pas au moment de l'écoute, des indices de nature à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction, l'existence de ceux-ci ne pouvant se déduire d'éléments postérieurs ». (Cass. Crim. 15 juin 2016 n° 15-86.043). ***

7. POUR REpondre A CE QUI SE PREsENTE COMME UNE PREOCCUPATION RAPPELEE NOTAMMENT PAR LE RAPPORT PERBEN, ET QUI EST CELLE DE LA COMMISSION PRESIDEE PAR ME MATTEI, IL NOUS FAUT DONC PENSER A UNE PROTECTION ABSOLUE A PRIORI, EN AMONT DE TOUTE INVESTIGATION.

La solution pourrait être alors de mettre en place une structure qui serait être dénommée « Plate-forme nationale de protection du secret professionnel » qui permettrait aux avocats mais aussi, pourquoi pas, au professionnels soumis au secret ou bénéficiant de celui-ci (notaires, journalistes, parlementaires...) de faire enregistrer sur cette plate-forme leurs numéros de téléphone filaire et portable, professionnel ou personnel, leurs adresses électroniques.... dans la perspective de déclarer officiellement et expressément que ces lignes et adresses relèvent du secret professionnel.

Limitée aux avocats, cette plate-forme pourrait être gérée par le Conseil National des Barreaux.

Si elle devait être étendue aux autres professions soumises au secret, ce serait un organe administratif.

Suivant les nécessités d'une enquête, *l'opérateur* saisi à peine de nullité par *le juge d'instruction* ou *le juge des libertés de la détention* désireux de procéder à des investigations sur un moyen de communication d'un avocat, devrait préalablement interroger la plate-forme pour savoir si la ligne visée ou apparue inopinément est une ligne déclarée et protégée.

En cas d'enregistrement de protection de l'avocat sur cette dernière, la mesure qu'elle soit ciblée ou qu'elle soit envisagée par révélation sur une ligne d'un tiers, ne pourrait être opérée à peine de nullité sans que le bâtonnier de l'ordre auquel appartient l'avocat soit préalablement informé pour formuler, après accès au dossier du juge d'instruction ou de la requête et des pièces jointes présentées au juge des libertés, des observations avant que le juge d'instruction ou le juge des libertés décide par une ordonnance motivée de poursuivre ses investigations sur *le moyen de communication*.

Ce ne serait plus ainsi que la seule *transcription* qui serait soumise à la protection du secret professionnel mais aussi *l'interception et l'enregistrement*, le tout placé sous un contrôle du bâtonnier en amont.

Pour le rappeler ici, en l'état les écoutes et les enregistrements d'un avocat ne sont pas prohibés pas plus que sa communication dématérialisée, les rapprochements de factures ne sont pas protégés, pas plus que les intrusions ou les géolocalisations.

Observations de la Commission Libertés et Droits de l'Homme du Conseil national des barreaux relatives aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat.

La présente note fait suite à l'audition de la Commission Libertés et droits de l'Homme du Conseil national des barreaux par la Commission Mattei le 20 janvier 2021.

Ayant pris connaissance du questionnaire relative « aux droits de la défense dans l'enquête pénale » et « au secret professionnel de l'avocat » la Commission exprime l'avis et les propositions suivants.

1. SUR L'ELARGISSEMENT DES DROITS DE LA DEFENSE PENDANT L'ENQUETE PRELIMINAIRE

1.1 Préambule et constat

La discussion sur les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire n'est pas nouvelle et peut s'appuyer sur les travaux précédents concernant la mise en état des affaires pénales et notamment les rapports des commissions Delmas-Marty (Rapport sur la mise en état des affaires pénales, 1990), Léger (Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, 2009), Baume (Rapport sur la procédure pénale, 2014) et Baume et Natali (Chantiers de la justice – Rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure pénale, 2018).

Le Conseil national des barreaux a accompagné ces travaux par la production de plusieurs rapports et sa participation à des auditions. Au cours de son audition du 6 janvier 2016 devant l'Assemblée nationale dans le cadre de la réforme de la procédure pénale débattue à la suite du rapport Baume, le Conseil national des barreaux a présenté plusieurs propositions sur les droits de la défense et l'enquête préliminaire.

En résumé, il s'est exprimé en faveur d'un renforcement des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire tout en apportant des réserves sur la tentation de mettre en place un régime d'instruction bis allégé moins favorable à la défense que celui de l'instruction.

Il s'est de nouveau prononcé sur l'enquête préliminaire dans son rapport d'étape sur les Chantiers de la justice 2018 présenté à l'assemblée générale du 15 décembre 2017 avec les préconisations suivantes :

- Mise en place d'une véritable procédure contradictoire dans le cadre de l'enquête préliminaire imposant au parquet de donner connaissance de l'enquête aux personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction punie d'une peine privative de liberté.

- Possibilité pour la personne visée par une telle enquête de faire le choix d'un conseil et d'avoir accès à la totalité de la procédure, à tout le moins avant toute mesure d'audition libre, de garde à vue ou de perquisition.
- Possibilité, dès cet instant, de former des demandes d'actes, des observations tendant à voir constater la prescription, la nullité de certains actes de procédure, discuter la qualification ou l'existence de l'infraction pénale devant le juge des libertés et de la détention ou à charge de recours devant ce juge.

A ce jour aucune de ces propositions n'a jamais été retenue alors même que l'érosion continue des dossiers ouverts dans le cadre d'une information et l'extension du mécanisme de l'enquête préliminaire à des affaires d'une complexité croissante amène la défense, dans la très grande partie des dossiers correctionnels, au point où elle en était dans le cadre de l'instruction il y a plus de vingt ans.

La « *fenêtre de contradictoire* » de l'article 77-2 du CPP instaurée dans le cadre de l'enquête préliminaire par la loi du 16 juin 2016 ne constitue qu'un maigre palliatif à cette situation.

Les limites qui sont imparties à la commission Mattei ne doivent cependant pas l'empêcher d'avoir à l'esprit que toute réforme de l'enquête préliminaire s'inscrit dans le cadre du système global de la mise en état des affaires pénales se divisant en trois régimes d'enquête qui peut être conduite, depuis la loi du 24 décembre 2020 sur le parquet européen, par trois acteurs différents: en flagrance ou en préliminaire pour les délits sous la direction du procureur ou du procureur européen délégué (article 696-113 CPP) ; en instruction sous la direction soit du juge d'instruction pour les crimes et pour les délits en cas d'ouverture d'une information judiciaire par le ministère public soit du procureur européen délégué pour les délits relevant de la compétence du parquet européen (article 696-114 CPP).

Une modification du régime de l'enquête préliminaire doit donc prendre en compte les effets qu'elle aura sur les autres types de régime de mise en état des affaires pénales.

A cet égard, il n'est pas inutile de se rappeler la mise en garde contre les tentations des demi-mesures dans la conclusion du rapport consacré à la phase de mise en état des affaires pénales de la commission Justice pénale et droits de l'homme (1989-90) présidée par Madame le professeur Mireille Delmas-Marty : « *le malaise actuel tient moins à l'indifférence du législateur qu'à l'accumulation de réformes ponctuelles, partielles, ajoutant toujours de nouvelles formalités, de nouvelles règles techniques qui ne s'accompagnent ni des moyens adéquats, ni d'une réflexion d'ensemble sur la cohérence du système pénal. C'est ce rapiéçage, parfois même ce bégaiement législatif, qui paraît irréaliste et néfaste dès lors que l'on prend conscience du fait que les difficultés actuelles ne peuvent être résolues par des demi-mesures* ». ¹

Aussi louable que soit la volonté d'améliorer les droits de la défense dans l'enquête préliminaire, nous sommes d'avis qu'il serait nécessaire d'inclure cette réforme dans le cadre d'une réforme globale de la mise en état des affaires pénales et du statut du Ministère Public.

Cette mise en garde étant rappelée, il convient de faire les constats suivants :

¹ Commission Justice pénale et droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991, p. 233.

- La mise en état des affaires pénales dans le cadre de l’instruction sous la direction du juge d’instruction a trouvé un équilibre, encore perfectible mais effectif, entre les moyens de la poursuite et les droits de la défense qui n’existe pas dans le régime de l’enquête préliminaire.
- La plupart des délits, mêmes ceux qui sont complexes, font l’objet d’une enquête préliminaire avant renvoi devant le tribunal correctionnel ; le parquet peut être tenté soit d’écarter quand cela lui est possible, soit de retarder l’ouverture d’une information judiciaire afin de restreindre l’exercice des droits de la défense.
- Les services de police sont les véritables maîtres d’œuvre et acteurs des enquêtes préliminaires et la question se pose du contrôle effectif ou de la direction réelle de ces enquêtes par le procureur faute de moyens suffisants accordés aux magistrats.
- Les juges des libertés et de la détention, faute d’être en nombre suffisant, sont dépassés par la masse des contentieux dont ils sont chargés. Il est de plus en plus difficile pour eux d’examiner véritablement les dossiers qui leur sont soumis.
- La « fenêtre du contradictoire » prévue par l’article 77-2 CPP, à la discrétion du procureur après la garde à vue ou l’audition libre ou obligatoire à l’issue de l’enquête préliminaire uniquement si le mis en cause a exprimé au préalable sa volonté de consulter le dossier est une lucarne exiguë , souvent méconnue et difficile à mettre en œuvre, qui ne permet pas au mis en cause d’exercer de manière effective les droits de la défense dans l’enquête préliminaire laquelle peut, en réalité, facilement rester secrète pour une durée non limitée avant la décision d’orientation du Ministère Public.
- L’intervention de l’avocat des mis en cause ainsi que l’exercice des droits élémentaires de la défense (accès au dossier, possibilité de contester des actes ou d’en demander) sont perçus, à tort, comme un danger pour l’efficacité de l’enquête préliminaire alors qu’ils sont acceptés et intégrés dans les enquêtes sur les infractions les plus graves dans le cadre des instructions pour les crimes ou les délits ayant donné lieu à l’ouverture d’une information judiciaire.
- La loi du 24 décembre 2020 sur le parquet européen attribue à un même magistrat du Ministère Public rattaché au parquet européen les pouvoirs du procureur de la République, du procureur général près la cour d’appel et ceux du juge d’instruction pour les enquêtes relevant de la compétence du parquet européen. Ces nouvelles attributions pour un magistrat du Ministère Public sont un pas de plus vers la suppression du juge d’instruction et ne manque pas de susciter déjà chez les procureurs français la revendication de se voir attribuer également les pouvoirs du juge d’instruction.

Sur ce point, il n’est pas inutile de se rappeler la réflexion de Cambacérès qui a fait prévaloir la séparation de la poursuite et de l’instruction lors de la l’adoption du Code de l’instruction criminelle : « *On se méfie de l’impartialité des procureurs impériaux ; on observe qu’ils sont bien choisis...le remède est de placer auprès du procureur impérial un magistrat qui n’étant pas la partie adverse du prévenu, conserve toute son impartialité. Tous les citoyens trembleraient s’ils voyaient dans le même homme le pouvoir de les accuser et celui de recueillir ce qui peut justifier son accusation* »², de même celle de Charles Morizot-Thibault : « *La règle qui divise les rôles de ces deux magistrats (le procureur de la République et le juge d’instruction) dont l’un poursuit et l’autre recueille les preuves constitue l’une des garanties les plus considérables de notre droit*

² Séance du Conseil d’État des 4 et 7 juin 1808

criminel. Cette division est si nécessaire qu'elle naquit au début même de la procédure inquisitoire... qui pourrait affirmer que l'accusateur ayant engagé la poursuite ne sera jamais porté à recueillir de préférence les preuves propices à la soutenir... »³.

Le maintien de la disparité de l'étendue des droits de la défense dans les trois régimes d'enquêtes, selon qu'elle est conduite par un juge d'instruction, un procureur européen délégué ou un procureur de la République manifeste une rupture d'égalité des citoyens devant la loi. Or il n'est pas acceptable que cette rupture d'égalité perdure alors qu'une harmonisation des régimes d'enquête est possible en prenant pour modèle celui de l'instruction.

La réforme souhaitée de l'élargissement des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire par la Commission Libertés et Droits de l'Homme du Conseil national des barreaux doit donc avoir pour effet de donner au suspect sur lequel pèse des indices graves et concordants de participation, comme auteur ou complice, à une infraction, les mêmes droits de la défense que ceux dont bénéficie le mis en examen ou le témoin assisté dans le cadre de l'instruction avec les garanties du statut du juge d'instruction.

Cette réforme devrait donc être indivisiblement liée avec un statut des magistrats du Ministère Public leur garantissant plus d'indépendance envers le pouvoir exécutif, une séparation des statuts entre magistrats du parquet et magistrat du siège et un rattachement exclusif de la police judiciaire sous l'autorité du Ministère Public et des juges d'instruction.

A défaut d'une telle évolution législative et constitutionnelle, des mesures d'amélioration et de rationalisation doivent à tout le moins permettre un rééquilibrage des droits des parties rendu d'autant plus nécessaire par l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 2020 sur le parquet européen dont l'activité doit être exercée dans le respect total des droits procéduraux des suspects et personnes poursuivies qui sont consacrés par la charte et prévus dans le droit de l'Union, comme le droit à l'information et l'accès au dossier.

Le questionnaire élaboré par votre Commission révèle que les tous acteurs ont conscience de la réalité du problème et de la nécessité de le traiter.

Nous préconisons que l'enquête préliminaire soit réformée de telle manière qu'elle soit mieux contrôlée dans sa durée et qu'elle permette un meilleur exercice des droits de la défense dès lors qu'un magistrat du siège dispose des pouvoirs et des moyens de contrôler les investigations du procureur ainsi que de renvoyer le dossier à l'instruction en cas de durée excessive de l'enquête ou de non-respect de l'exercice des droits de la défense par le procureur.

2.2 Nos Propositions

➤ **Un encadrement strict de la durée de l'enquête préliminaire**

L'enquête préliminaire doit être nécessairement limitée à la durée d'un an prolongé des délais de recours éventuels lorsque le suspect ou le plaignant éventuel auront exercé des recours contre un refus de demande d'acte ou le suspect une demande de nullité d'un acte. A l'issue de ce délai, faute pour le procureur de classer sans suite ou de prendre une décision de renvoi devant un juridiction

³ *De l'instruction préparatoire : étude critique du code d'instruction criminelle*, LGDJ, 1906, P.83 et s.

de jugement ou une mesure alternative aux poursuites, une information judiciaire doit être ouverte. Les délais actuellement prévus par les articles 75-1 et 75-2 du Code de Procédure pénale ne sont assortis d'aucune sanction ni d'aucune réalité effective. Seule la limitation de la durée de l'enquête peut répondre à la problématique. La durée constitue un indicateur objectif et l'automatisme de l'ouverture de l'information est préférable à un contrôle de la durée par un juge du siège qui nous semble illusoire faute de moyens et peu réaliste eu égard au risque de résistance des magistrats du parquet.

➤ **L'accès au dossier par le suspect et son avocat au stade de la garde à vue ou de l'audition libre**

Avant la garde à vue ou l'audition libre, le suspect (la personne sur laquelle pèse des indices graves et concordants d'avoir participé, comme auteur ou complice, à une infraction) et son avocat doivent pouvoir accéder au dossier de l'enquête (expurgé éventuellement des éléments devant rester secrets dans l'attente de la fin d'investigations en cours ne pouvant être connus que des enquêteurs) afin que le suspect puisse avoir la meilleure connaissance possible à ce stade de l'enquête des charges et indices qui pèsent sur lui.

Dans l'hypothèse d'une convocation en vue d'une audition libre ou d'une garde à vue le dossier doit être mis à la disposition de l'avocat du suspect au moins 5 jours avant l'audition.

Le suspect et son avocat doivent avoir connaissance au dossier de l'enquête actualisé tout au long de l'enquête préliminaire. L'avocat du suspect doit pouvoir disposer d'une copie du dossier et la transmettre au suspect sous réserve de l'autorisation préalable du procureur de la République.

Les droits du suspect pendant l'enquête préliminaire doivent lui être notifiés au début de son audition libre ou de sa garde à vue.

➤ **L'accès au dossier par le plaignant éventuel et son avocat au bout d'un délai de 6 mois**

Le plaignant éventuel et son avocat doivent pouvoir accéder au dossier au bout d'un délai de 6 mois après le début de l'enquête préliminaire.

Le plaignant et son avocat doivent avoir connaissance au dossier de l'enquête actualisé. L'avocat du plaignant doit pouvoir disposer d'une copie du dossier et la transmettre au plaignant sous réserve de l'autorisation préalable du procureur de la République.

➤ **La possibilité de présenter des observations, des demandes d'actes et des requêtes en nullité**

Le suspect et son avocat doivent pouvoir présenter des observations et des demandes d'actes au procureur de la République pendant l'enquête préliminaire. En cas de refus, un recours doit être prévu auprès du juge des libertés et de la détention avec appel possible devant la chambre de l'instruction.

Les mêmes droits doivent être accordés au plaignant éventuel et son avocat après qu'ils ont pu avoir accès au dossier.

Le suspect et son avocat doivent aussi avoir la possibilité de présenter des demandes de nullité d'actes devant le juge des libertés et de la détention avec appel possible devant la chambre de l'instruction.

La chambre de l'instruction doit avoir la possibilité de décider du renvoi du dossier devant un juge d'instruction. Loin de constituer un obstacle à la simplification des procédures, ce mécanisme permettrait, outre le rééquilibrage nécessaire des droits de la défense, d'éviter de conduire jusqu'en phase de jugement des infractions prescrites ou non caractérisées, des procédures manifestement mal dirigées, ou dans lesquelles des actes à décharge ou des vérifications indispensables n'ont pas été accomplis.

➤ **La fin de l'enquête préliminaire et ses effets devant la juridiction de jugement**

Lorsqu'il estimera l'enquête préliminaire terminée le procureur notifiera au suspect et au plaignant éventuel ainsi qu'à leurs avocats une décision de clôture de l'enquête avec accès au dossier complet de l'enquête pour le suspect, le plaignant éventuel et leurs avocats. Cette notification fera courir un délai de deux mois au cours duquel le procureur recevra le suspect, le plaignant éventuel et leurs avocats pour un entretien à leur demande et recueillera leurs observations écrites et demandes d'actes éventuelles avant toute décision d'orientation du dossier.

En cas de refus d'une demande d'acte, un recours doit être prévu auprès du juge des libertés et de la détention avec appel possible devant la chambre de l'instruction.

La chambre de l'instruction doit avoir le pouvoir de décider du renvoi du dossier devant un juge d'instruction.

L'expiration du délai de clôture de l'enquête n'aura pas pour effet de purger les nullités éventuelles dont sera juge la juridiction de jugement éventuellement saisie sauf pour les actes dont la validité aura déjà été contestée par le suspect pendant l'enquête et confirmée par la chambre de l'instruction.

En cas de renvoi devant le tribunal correctionnel, le prévenu et la partie civile ne seront pas privés du droit de demander au tribunal des actes d'informations supplémentaires si des éléments nouveaux depuis la fin de l'enquête préliminaire sont apparus.

En réponse au questionnaire de la Commission, nous sommes d'avis que :

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres et gardes à vue, ainsi que celles de l'article 77-2 du CPP n'apportent pas un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions.

Sur ce point, il est nécessaire de faire évoluer les mentalités et d'accepter que l'exercice des droits de la défense n'est pas une entrave à l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions.

La réforme souhaitée de l'enquête préliminaire est celle de l'adoption d'un régime identique à celui de l'instruction couplée avec une indépendance accrue du Ministère Public et un rattachement exclusif de la police judiciaire sous l'autorité du Ministère Public et des juges d'instruction.

A défaut d'une telle réforme, nous sommes d'avis que les mesures proposées ci-dessus pour renforcer les droits de la défense dans l'enquête préliminaire et mieux contrôler sa durée soient adoptées.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP ainsi que celles de l'article 77-2 doivent être modifiées dans le sens des propositions présentées ci-dessus.
3. Le renforcement des droits de la défense doit résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et d'une augmentation du contradictoire dès la garde à vue ou l'audition libre du mis en cause.
4. Le droit d'accès à la procédure d'enquête doit être ouvert pour le suspect dès la phase de garde à vue ou de l'audition libre.
5. La durée de l'enquête préliminaire doit être directement contrôlée par un magistrat du siège.
6. Les propositions présentées ci-dessus répondent à cette question.
7. En ce qui concerne nos autres propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires, nous recommandons d'une part une augmentation significative des moyens alloués aux magistrats, notamment en terme d'effectif, afin que les procureurs puissent exercer une meilleure direction des enquêtes et d'autre part un meilleur dialogue entre les avocats des personnes mises en cause et les procureurs afin que des discussions contradictoires puissent réduire le risque d'erreur judiciaire ou de prise de mesures attentatoires aux libertés individuelles disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis.

II. Sur le renforcement des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

Dans son rapport sur la « protection du secret professionnel » présenté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2020 le CNB constate que si le secret professionnel de l'avocat est par principe, absolu, général et illimité dans le temps, depuis plusieurs années, il fait l'objet d'attaques par les pouvoirs publics et parfois au sein même de l'institution judiciaire. Or le secret professionnel n'est pas un privilège pour l'avocat, il est un principe essentiel de l'Etat de droit et de la démocratie. L'avocat ne saurait remplir son rôle tant en matière de conseil que de défense s'il n'existe pas, entre lui et son client, un lien de confiance permettant la confiance.

L'avis de la Commission Libertés et Droits de l'Homme du Conseil national des barreaux repose sur quatre principes :

1. Tout échange entre l'avocat et son client et entre l'avocat et ses confrères, donc y compris le bâtonnier, toute donnée ou tout document de l'avocat, en lien avec l'exercice de son métier,

en quelque domaine que ce soit, du conseil ou de la défense, est couvert par le secret professionnel opposable aux autorités de poursuites et d'enquêtes.

2. La seule raison de permettre aux autorités de poursuites et d'enquêtes d'écouter, de consulter, de recueillir des données, de retranscrire un échange entre l'avocat et son client ou entre l'avocat et ses confrères, de saisir un document en possession de l'avocat, est l'existence d'indices préexistants à cette écoute, consultation, collecte, retranscription, saisie, de la participation de l'avocat à une infraction.
3. Seul le juge des libertés et de la détention a le pouvoir d'autoriser cette mesure intrusive, après un débat sur le sérieux de l'existence d'indices préexistants de l'avocat à une infraction avec le magistrat saisissant ou souhaitant procéder à une interception, en présence du bâtonnier qui peut présenter des observations.
4. Le non-respect de ces principes par une autorité de poursuite ou d'enquête dans le cadre d'un acte d'investigation doit être sanctionné par une nullité d'ordre public.

Pour la Commission Libertés et droits de l'Homme du Conseil national des barreaux le renforcement des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat impose des modifications législatives.

En premier lieu, il est nécessaire d'une part de conforter l'opposabilité du secret professionnel de l'avocat aux autorités de poursuites et d'enquêtes tant en matière de conseil que de défense et d'autre part de préciser que les autorités de poursuites et d'enquêtes ne peuvent prendre connaissance et saisir un document ou une information en possession d'un avocat dans le cadre de son activité professionnel qu'après avoir obtenu une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention au vu d'indices précis et préexistants de participation de l'avocat à une infraction pénale.

En second lieu, il conviendrait de renforcer le droit d'information du bâtonnier avant la mesure de perquisition ou d'interception téléphonique ou électronique ; de prévoir un recours contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention sur la contestation de la saisie ; de faire bénéficier l'élève avocat perquisitionné des mêmes dispositions protectrices que celles concernant l'avocat et de permettre l'assistance d'un avocat aux cotés de l'avocat ou de l'élève avocat perquisitionné.

Le rapport PERBEN (Rapport sur l'avenir de la profession d'avocat, 2020) fait état de propositions de modifications législatives nécessaires pour renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat. Toutefois, elles peuvent être complétées par d'autres modifications tout aussi nécessaires.

2. SUR L'ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Le premier alinéa de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 prévoit qu'« **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.** »

Le domaine du conseil, en quelque matière que ce soit, est couvert par le secret professionnel.

Le domaine de la défense, que le client soit mis en examen ou non, est couvert par le secret professionnel.

Malheureusement, certaines jurisprudences ont pris des libertés avec le secret professionnel de l'avocat pour permettre la prise de connaissance et la saisie de correspondances et d'échanges téléphoniques entre l'avocat et son client ou de documents de travail de l'avocat et ce même en l'absence d'indice de participation de l'avocat à une infraction pénale.

1.1 Sur l'activité de conseil

- a. *L'exclusion inadmissible des activités de conseil du secret professionnel de l'avocat opposable aux autorités de poursuites et d'enquêtes en l'absence d'indice de participation de l'avocat à une infraction*

Bien que la jurisprudence des décisions des juges des libertés et de la détention sur les contestations de saisies de documents en possession d'un avocat pour l'exercice de son métier ne soit pas unifiée en raison de l'absence d'appel puis de pourvoi possible contre ces décisions, l'analyse de celles-ci montre que certains juges des libertés et de la détention sont enclins à valider la saisie par le Ministère Public ou des juges d'instruction de documents de l'avocat concernant ses activités de conseil au motif que seule l'activité de défense d'un avocat serait couverte par un secret professionnel opposable aux autorités de poursuites et d'enquêtes. Des saisies de documents relatifs à l'activité de conseil sont donc validées sans même l'existence d'indices de participation de l'avocat à une infraction.

Cette dérive jurisprudentielle est contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Toutefois, elle peut s'appuyer sur une interprétation *a contrario* de l'article 100-5 du Code de procédure pénale qui prévoit en ses alinéas 1 et 3 les dispositions suivantes :

« Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier.

...

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense. »

Par l'interprétation *a contrario* de cet article et extension en matière de saisie, des juges des libertés et de la détention ont cru pouvoir autoriser la saisie de correspondances entre un avocat et son client ou de documents de travail ou de consultation qui ne relèvent pas de l'exercice des droits de la défense dès lors qu'ils sont utiles à la manifestation de la vérité.

Cette interprétation supprime le secret professionnel de l'avocat dans ses activités de conseil et ce même en l'absence d'indice de participation de l'avocat à une infraction.

Une modification de l'article 100-5 du Code de procédure pénale s'impose afin de mettre un terme à la dérive jurisprudentielle contraire à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Par ailleurs, les conventions d'honoraires, les factures de frais et d'honoraires ainsi que leurs justificatifs de paiement sont aussi couverts par le secret professionnel. Toutefois, parce qu'ils suscitent également la curiosité illégitime des autorités de poursuites et d'enquête en cas d'absence d'indice de participation de l'avocat à une infraction, il est nécessaire de faire référence à ces documents couverts par le secret professionnel dans l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1974.

Enfin, l'avant-projet de loi sur l'avocat en entreprise, s'il est présenté au parlement puis adopté, ne doit pas avoir pour effet de mettre en place deux régimes différents de secret professionnel de l'avocat. Le régime du secret professionnel de l'avocat en entreprise doit être identique à celui de l'avocat exerçant en cabinet et bénéficier des mêmes garanties procédurales de protection.

1.2 Sur l'activité de défense

L'activité de défense n'est pas non plus totalement protégée de la curiosité des autorités de poursuites et d'enquêtes.

Par un arrêt du 22 mars 2016, la chambre criminelle de la cour de cassation a validé la captation, l'enregistrement et la transcription des propos téléphoniques entre un avocat et son client placé sur écoute dès lors que « *comme en l'espèce, en premier lieu, cet 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, et, en second lieu, ses propos, seraient-ils échangés avec un client habituel, dont le contenu est étranger à tout exercice des droits de la défense dans ladite procédure ou dans toute autre, révèlent des indices de sa participation à des faits susceptibles de qualification pénale* ».

Indépendamment du critère de l'indice de la participation de l'avocat à une infraction pour valider la captation, l'enregistrement la transcription d'une écoute entre l'avocat et son client, la chambre criminelle pose comme condition à la reconnaissance d'une activité de défense d'un avocat envers son client la nécessité que ce dernier soit mis en examen ou témoin assisté ou ait été placé en garde en vue.

Cette condition supplémentaire n'est pas prévue par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

Or, il est évident que l'activité de défense (qui doit être entendue au sens large, c'est-à-dire au sens d'assistance d'un avocat pour un client engagé dans une procédure, ou préparant une procédure, pénale ou civile, en demande ou en défense *stricto sensu*) d'un avocat envers son client concerne tous les cas où celui-ci est plaignant ou mis en cause, ou pourrait être plaignant ou mis en cause, quel que soit son statut dans la procédure et ce même s'il n'a pas fait l'objet d'une garde à vue. En tout état de cause, tout échange entre un avocat et son client, même s'il n'est pas du domaine de la défense relève du domaine du conseil également couvert par le secret professionnel.

Contre les dérives de ces jurisprudences, il est nécessaire que la loi précise que le secret professionnel de l'avocat est opposable à toute autorité de poursuite et d'enquête et ne permet aucune prise de connaissance ou de saisie des échanges entre un avocat ou son client ou des échanges entre un avocat et ses confrères, ou des documents de travail de l'avocat, que ce soit dans son activité de conseil, en tout domaine, ou dans celle de défense, quel que soit le statut procédural du client, sauf à disposer,

avant la prise de connaissance, l'interception ou la perquisition, sur autorisation du juge des libertés de la détention, d'indices préexistants impliquant l'avocat dans la participation d'une infraction.

➤ **Proposition n°1**

Notre Commission propose donc de modifier les articles 226-13 du Code pénal, 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 et 100-5 du Code de procédure pénale dans les termes suivants (modifications surlignées en gras).

Article 226-13 du Code pénal (reprise d'une proposition du rapport PERBEN 2020) :

*Créer un alinéa 2 à l'article 226-13 du Code pénal : « **Le secret professionnel de l'avocat est défini par l'article 66-5 de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971. Il est d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps** »*

Article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 :

*« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, **quel que soit le statut procédural de son client, y compris avant toute mise en cause ou tout procès**, 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 de travail**, les **conventions d'honoraires, les factures de frais et d'honoraires, leurs justificatifs de paiement quel qu'en soit le mode** et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.*

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L. 222-7 du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L. 222-18 du même code. » Article 100-5 du code de procédure pénale (reprise d'une proposition du rapport PERBEN 2020) :

*L'alinéa 3 de l'article 100-5 du Code de procédure pénale : « **A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat visées à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971** »*

2. SUR LES GARANTIES PROCEDURALES DE LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

2.1 En préalable, la commission Libertés et Droits de l'Homme du Conseil national des Barreaux est d'avis d'inclure dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale le principe selon lequel nul ne peut être poursuivi ou condamné pour des propos ou écrits échangés avec son avocat.

➤ Proposition n°2

Article préliminaire du Code de procédure pénale

« I. - La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.

Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.

II. - L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.

III. - Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur.

Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.

Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.

Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.

En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.

Nul ne peut être poursuivi ou condamné pour des propos ou écrits échangés avec son avocat. »

2.2. Sur les mesures de perquisitions et saisies, d'interceptions ou de réquisitions

La commission Libertés et Droits de l'Homme du Conseil national des Barreaux est d'avis d'adopter les propositions de modification des articles 77-1-1 CPP, 99-3 CPP, 100 CPP, 709-95-2 CPP et 802-2 CPP incluses dans le rapport PERBEN ainsi que de modifier les articles 56-1, 100-7 et 60-1 du code de procédure pénale dans les termes suivants :

- a) **En ce qui concerne les perquisitions, article 56-1 du code de procédure pénale (reprise avec des ajouts de la proposition du rapport PERBEN pour la modification de cet article, modifications surlignées en gras) :**

➤ **Proposition n°3**

*« Les perquisitions dans le cabinet **ou le domicile** d'un avocat ~~ou à son~~ **au domicile d'un élève-avocat** ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par **un juge des libertés et de la détention saisie à la requête de ce magistrat. Le dossier de la procédure est mis à la disposition du juge des libertés et de la détention qui statue après une audience en présence du magistrat requérant et du bâtonnier ou de son délégué. A peine de nullité, le contenu de sa décision,** qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations **et précise les indices précis, préexistants de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction ou des infractions** ~~les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de~~ Cette décision est portée dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué **et de l'avocat ou de l'élève avocat perquisitionné** par le magistrat **avec la requête initiale. Celui-ci** Le magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.*

*Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat **que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense.***

L'avocat ou l'élève avocat perquisitionné peut recourir à un avocat pour l'assister au cours de la perquisition.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours.

*A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat **ou l'élève avocat** perquisitionné, ~~son avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée~~ et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.*

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.

La décision du juge des libertés et de la détention peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel, dans les cinq jours de son prononcé, par le bâtonnier ou son délégué, l'avocat ou l'élève avocat perquisitionné, le magistrat saisissant ou le ministère public. L'ordonnance du premier président peut faire l'objet d'un pourvoi dans les trois jours de son prononcé.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal judiciaire qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité d'ordre public. »

b) En ce qui concerne les interceptions, article 100-7 du code de procédure pénale :

La simple information du bâtonnier de l'existence d'une interception sur la ligne téléphonique d'un avocat ou d'un élève avocat ne protège pas suffisamment le secret professionnel. Il est nécessaire de mettre en œuvre un régime d'autorisation préalable par le juge des libertés et de la détention similaire à celui qui existe pour les perquisitions à l'article 56-1 du code de procédure pénale.

➤ **Proposition n°4**

« Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction sans une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention.

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 sans une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé sans une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité d'ordre public. »

Ce même article ou un article différent devrait préciser les conditions dans lesquelles le juge des libertés et de la détention pourrait autoriser une interception dans ces trois cas. Pour les avocats, ces conditions devraient suivre le même régime que celui prévu par l'article 56-1 modifié pour les perquisitions : informations du bâtonnier et présence de celui-ci au cours du débat avec le juge des libertés et de la détention, nécessité de l'existence précis et préexistants d'indice de participation de l'avocat à une infraction comme condition d'autorisation. Le rapport PERBEN propose un régime d'autorisation préalable que nous approuvons sous réserve que le bâtonnier puisse être présent au cours du débat devant le juge des libertés et de la détention.

Le même régime de contrôle du juge des libertés et de la détention devrait exister pour les interceptions de messages électroniques ainsi que pour la collecte à distance d'informations et de données en possession de l'avocat pour l'exercice de son métier.

Par ailleurs, pour éviter les écoutes des conversations entre un avocat et son client lorsque ce dernier est placé sur écoute, il pourrait être mis en place un système de référencement des numéros de téléphone des avocats afin que lorsqu'un client appelle son avocat sur son numéro référencé, le système d'interception et d'enregistrement de l'échange téléphonique soit automatiquement coupé. Cette méthode est la seule qui garantisse que la conversation téléphonique entre un avocat et son client ne soit pas écoutée.

Cette structure qui pourrait être dénommée « Plateforme nationale de protection du secret professionnel » permettrait aux avocats mais aussi, pourquoi pas, aux professionnels soumis au secret ou bénéficiant de celui-ci (notaires, journalistes, parlementaires...) de faire enregistrer sur cette plateforme leurs numéros de téléphone filaire et portable, professionnel ou personnel, leurs adresses électroniques....dans la perspective de déclarer officiellement et expressément que ces lignes et adresses relèvent du secret professionnel.

Suivant les nécessités d'une enquête, l'opérateur requis par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention désireux de procéder à des investigations sur un moyen de communication d'un avocat, devrait, à peine de nullité d'ordre public, préalablement interroger la plateforme pour savoir si la ligne visée ou apparue inopinément est une ligne déclarée et protégée.

En cas d'enregistrement de l'avocat sur cette dernière, la mesure qu'elle soit ciblée ou qu'elle soit envisagée par révélation sur une ligne d'un tiers, ne pourrait être opérée à peine de nullité sans que le bâtonnier de l'ordre auquel appartient l'avocat soit préalablement informé pour formuler, après accès au dossier du juge d'instruction ou de la requête et des pièces jointes présentées au juge des libertés et de la détention, des observations avant que ce dernier décide par une ordonnance motivée, relevant l'existence d'indices de participation de l'avocat à une infraction, de procéder à des investigations sur le moyen de communication.

Ce ne serait plus ainsi que la seule transcription qui serait soumise à la protection du secret professionnel mais aussi l'interception, l'écoute et l'enregistrement, le tout placé sous un contrôle du bâtonnier et du juge des libertés et de la détention en amont.

c) En ce qui concerne les réquisitions, articles 77-1-1, 99-3 et 60-1 du code de procédure pénale :

Si la réquisition concerne un avocat dans le cadre de son activité professionnelle, le bâtonnier doit être immédiatement prévenu avant qu'elle ne soit réalisée. S'il l'estime utile, le bâtonnier doit pouvoir discuter avec l'avocat requis de la possibilité de transmettre ou non les informations demandées par rapport à l'étendue du secret professionnel ainsi que d'assister l'avocat en cas d'audition éventuelle.

La même disposition protectrice du secret des sources pour les journalistes doit être adoptée pour les éléments couverts par le secret professionnel de l'avocat. Dès lors l'article 60-1 du Code de procédure pénal peut être modifié de la manière suivante :

➤ **Proposition n° 5**

« Le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de ce dernier, l'agent de police judiciaire peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces informations, notamment sous forme numérique, le cas échéant selon des normes fixées par voie réglementaire, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-5, la remise des informations ne peut intervenir qu'avec leur accord.

A l'exception des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-5, le fait de s'abstenir de répondre à cette réquisition dans les meilleurs délais et s'il y a lieu selon les normes exigées est puni d'une amende de 3 750 euros.

*A peine de nullité **d'ordre public**, ne peuvent être versés au dossier les éléments obtenus par une réquisition prise en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse **ou du secret professionnel de l'avocat tel que défini par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1975.** »*

Paris, le 24 janvier 2021

Maître Jérôme
DIROU

Avocat à la Cour

*Ancien Bâtonnier de
l'Ordre*

*Spécialiste en Droit de la
Famille, des Personnes et
de leur Patrimoine*

En collaboration avec :

Maître Camille
SELVA

Avocat à la Cour

8, Rue Elisée Reclus
33000 BORDEAUX

Secrétariat :
9h – 12h
14h – 19h

Tél. 05 56 44 01 61
Fax 05 56 01 09 28

Email :
jerome.dirou@orange.fr

Monsieur Dominique MATTEI
Président de la Commission sur le
secret professionnel

Bordeaux, le 20 janvier 2021

Monsieur le Président,

Je vous prie de trouver, ci-joint, la contribution écrite que j'ai développée devant vous.

Je vous prie, Monsieur le Président, d'accepter mes salutations très distinguées.


Jérôme DIROU

LE SECRET PROFESSIONNEL DES AVOCATS

Le secret professionnel des avocats est aujourd'hui en danger.

Il est désormais urgent que le législateur reprenne en main le dispositif législatif de protection du secret professionnel des avocats.

D'abord, parce qu'il faut toujours rappeler que le secret professionnel de l'avocat n'est pas et n'a jamais été la protection de l'avocat contre la loi ou les poursuites, mais la protection de son client qui se confie à lui et qui a droit, plus que tout autre à ne pas s'auto accuser, au respect de la présomption d'innocence et plus généralement d'une défense intangible forte et sanctuarisée pour que cette mission puisse être réalisée de manière pleine et entière.

Le secret professionnel et le droit de la défense sont donc, aujourd'hui, deux notions très liées dont l'une ne va jamais sans l'autre.

- Il n'est pas acceptable de voir se multiplier les perquisitions dans les cabinets d'avocats, sous prétexte qu'à l'occasion d'un acte métier leurs noms apparaissent dans une procédure.
- Il n'est pas normal qu'un avocat, sans que son bâtonnier soit informé, soit convoqué devant un juge ou un officier de police judiciaire pour s'expliquer sur des actes métiers sans être accompagné de son bâtonnier et sans pouvoir opposer le secret professionnel.
- Il n'est pas normal que la violation du secret professionnel soit sur-pénalisée par un texte qui, dans certaines situations, peut aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement avec risque de détention provisoire pour l'avocat.
- Il n'est pas normal, enfin, qu'un avocat intervenant dans le domaine fiscal soit dans l'obligation de dénoncer ou de révéler, voire risque d'être jugé pour des faits de fraude fiscale au même titre que son client.
- Il n'est pas normal, non plus, que des avocats soient écoutés, géolocalisés, tracés, avec des techniques numériques beaucoup plus proches des techniques de renseignements que d'enquêtes proportionnées aux faits que l'on veut poursuivre ou instruire.

Il faut donc impérativement, aujourd'hui, que soit intégré dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale sur les droits fondamentaux, le principe selon lequel :

« Une personne ne peut être poursuivie ou condamnée pour des propos qu'elle aura tenus avec son avocat dans le cadre des droits de la défense ».

Il faut aujourd'hui, lorsqu'un avocat est convoqué devant un juge d'instruction, que son bâtonnier soit immédiatement prévenu et que celui-ci puisse l'assister dans cette audition dès lors que cette convocation se rattache à l'exercice de son métier.

Il est aujourd'hui plus que nécessaire qu'en matière de perquisition, lorsque le juge a statué sur l'opposition du bâtonnier, sa décision soit susceptible de recours immédiat devant une juridiction d'appel sous contrôle de la Cour de cassation.


Il est aujourd'hui nécessaire que lorsqu'un bâtonnier est prévenu d'une écoute téléphonique, il soit en capacité de former un recours contre cette décision devant un juge, là aussi, décision de ce juge susceptible d'appel pour faire lever l'écoute.

Il faut aussi réfléchir en matière d'atteinte du secret professionnel qui vient d'être évoquée, qu'elle soit peut-être confiée à un juge qui serait un juge civiliste, peut-être le Président de la juridiction avec un recours devant le Premier Président de la Cour d'appel, afin de redonner au contentieux du secret professionnel le prisme de la protection du secret plutôt que celui de l'enquête.

Il faut aussi que ce régime de défense du secret professionnel concerne l'intervention des bâtonniers en matière de déclaration de soupçon, celui de l'avocat fiscaliste qui ne doit pas être celui qui dénonce ou informe, puisqu'il est là pour conseiller et protéger le contribuable.

Il faut ainsi en finir avec cette sur-pénalisation des violations du secret professionnel de l'avocat et redonner aux bâtonniers et conseils de discipline la compétence qu'ils n'auraient jamais dû perdre sur ces questions au profit des juridictions pénales.

Tel est le chantier de demain qui aujourd'hui est une nécessité, car il n'y a pas de défense sans défense de la défense.


Jérôme DIROU

Proposition de
modifications des
textes existants en
matière de
protection du
secret professionnel
d'avocat

Jérôme DIROU
19/01/2021

Article 66-5 (Loi n° 97-308 du 7 avr. 1997, art 4)

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

(Ln° 2004-130 du 11 février 2004, art 34) « 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.

(Ord. N° 2009-112 du 30 janv. 2009, art. 9, en vigueur le 1^{ER} févr. 2009) « ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un constat de confiance, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention « officielle », adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité ». (L n° 2011.331 du 28 mars 2011, art. 4-1-3°) « Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L 222-2 du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L 222-18 du même code ».

Proposition de modification

Ajout entre l'alinéa 2 et l'alinéa 3 :

Les correspondances échangées entre un avocat et son bâtonnier sont couvertes par le secret professionnel, sauf si ces lettres portent la mention « officielle ».

Les notes d'entretien et, plus généralement, les pièces du dossier ordinal de l'avocat sont couvertes par le secret professionnel, sauf nécessité administrative.

Loi de 1971

Proposition d'ajout d'un texte concernant la géolocalisation

Ajout :

Géolocalisation de l'avocat

L'avocat est libre d'assurer son ministère en quelque endroit que ce soit sur le territoire national.

Il ne peut être, à cette occasion, ni être écouté, ni être géolocalisé et/ou tracé numériquement par quelque procédé que ce soit, sans son consentement express préalable

Art. préliminaire (L. n° 2000-516, 15 juin 2000). – I. – La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. II. – L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale. III. – Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi. Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur. (L. n° 2013-711, 5 août 2013) Si cette personne ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code. (Al. mod., L. n° 2013-711, 5 août 2013) Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable. Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction. (L. n° 2011-392, 14 avr. 2011 en vigueur le 1er juin 2011) En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.

Proposition d'ajout :

Ne peut être poursuivi ou condamné pour des propos ou écrits qu'il aurait échangés avec son avocat dans l'exercice des droits de sa défense.

Article 56-1

Modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 - art. 35 (VD)

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours.

A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal judiciaire qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa.

Deux modifications :

1 – Remplacer le Juge des libertés et de la détention par le Président du Tribunal Judiciaire.

2 – Ajout d'un nouvel alinéa :

La décision du Président du Tribunal ou du Juge des libertés et de la détention sera susceptible d'un recours dans un délai de dix jours devant Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel, Monsieur le Président de la Chambre d'instruction.

La décision du Premier Président ou du Président de la Chambre d'Instruction étant susceptible d'un pourvoi en cassation dans le délai de cinq jours.

Article 77-1-1

Modifié par LOI n°2020-1672 du 24 décembre 2020 - art. 26

Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire, peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des informations intéressant l'enquête, y compris celles issues d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces informations, notamment sous forme numérique, le cas échéant selon des normes fixées par voie réglementaire, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-5, la remise des informations ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En cas d'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du second alinéa de l'article 60-1 sont applicables.

Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable.

Le procureur de la République peut, par la voie d'instructions générales prises en application de l'article 39-3, autoriser les officiers ou agents de police judiciaire, pour des catégories d'infractions qu'il détermine, à requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique, de leur remettre des informations intéressant l'enquête qui sont issues d'un système de vidéoprotection. Le procureur est avisé sans délai de ces réquisitions. Ces instructions générales ont une durée qui ne peut excéder six mois. Elles peuvent être renouvelées.

Article 99-3

Modifié par LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 58

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire par lui commis peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'instruction, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme

Modifications :**Par ajout :**

1 –

Si l'audition concerne un avocat dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, le Bâtonnier doit être immédiatement prévenu de cette audition et en tout état de cause, avant qu'elle soit réalisée.

Le Bâtonnier, s'il l'estime utile, pouvant assister l'avocat entendu lors de l'audition.

2 –

L'avocat est libre de ne pas répondre au regard des dispositions du secret professionnel

numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 et à l'article 56-5, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En l'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 60-1 sont applicables.

Le dernier alinéa de l'article 60-1 est également applicable.

Article 109

Modifié par Loi n°2000-1354 du 30 décembre 2000 - art. 8 () JORF 31 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001

Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal.

Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine.

Si le témoin ne comparaît pas ou refuse de comparaître, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur de la République, l'y contraindre par la force publique.

Article 100-3**Modifié par LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 57**

Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des communications électroniques ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de communications électroniques autorisé, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.

Modifications :

Lorsque le dispositif d'interception concerne le cabinet d'un avocat ou son domicile personnel, le Bâtonnier sera informé sans délai par le Juge d'instruction ou l'Officier de police judiciaire commis.

Le Bâtonnier pouvant dans un délai de 5 jours saisir le JLD ou le Président du Tribunal d'un recours aux fins de voir lever le dispositif

Article 100-5

Modifié par Loi n°2005-149 du 12 décembre 2005
- art. 38 - (1), JOBF. 13 décembre 2005

Alinéa 1 ...

Alinéa 2 ...

A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense.

Modifications :**Par ajout :**

Y compris celle retranscrite par tous tiers à l'enquête et cela quelle que soit la forme de la retranscription.

Article 100-7
Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 5 ()
JORF 10 mars 2004

Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction.

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.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile sans que le premier président ou le procureur général de la juridiction où il réside en soit informé.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité.

Modifications :

Alinéa à rajouter entre le 2 et le 3

Dès qu'il a été informé, le Bâtonnier peut, s'il estime qu'il y a une violation du secret professionnel dans cette interception, saisir le Juge des libertés et de la détention ou le Président du Tribunal judiciaire, qui doit procéder comme il est prévu à l'article 56-1, dans un délai de cinq jours à compter de cette saisine pour statuer sur la contestation du Bâtonnier.

Dans l'hypothèse où le Président du Tribunal judiciaire ou du JLD fait droit à la contestation, le Juge d'instruction doit procéder immédiatement à la mainlevée de l'interception et procéder à la destruction de tous les enregistrements qui auraient été captés depuis la mise en place de cette interception.

La décision du Président ou du JLD bénéficie de l'exécution provisoire.

Elle est susceptible d'appel devant le Premier Président de la Cour ou devant le Président de la Chambre de l'instruction dans un délai de dix jours.

La décision du Premier Président ou du Président de la Chambre de l'instruction est elle-même susceptible d'un pourvoi dans le délai de cinq jours.

Article 434-7-2 du Code Pénal

Modifié par Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 -
art. 36 () JORF 13 décembre 2005

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 euros 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 euros d'amende.

Abrogation totale de l'article 434-7-2

Le régime processuel et la pénalité est totalement disproportionnés et suffisamment réprimés par les dispositions restantes sur la violation du secret professionnel

Mission de la commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Intervention du colonel Alexandre Malo
commandant le groupement de gendarmerie départementale du Var
le 20 janvier 2021

Introduction – Activité judiciaire de la gendarmerie dans le Var

- La gendarmerie assure la sécurité de 46 % de la population du département sur 89 % du territoire.
- Elle constate chaque année près de 25 000 crimes et délits (baisse générale liée à la COVID en 2020) dont :
 - 10 à 12 000 atteintes aux biens
 - 4 000 atteintes aux personnes
 - 4 000 EIEF
 - 2 000 IRAS
- Il faut y ajouter 5 500 délits routiers.
- Le groupement est compétent sur deux parquets (Toulon et Draguignan), ce dernier concentrant 72 % des faits traités.
- 9 000 personnes ont été mises en cause en 2020 dont 2 244 ont fait l'objet d'une GAV (550 prolongées). La plupart des procédures donnent lieu à l'assistance d'un avocat (sauf routier).

La gendarmerie traite l'ensemble du spectre de la délinquance jusqu'à la criminalité organisée et spécialisée (trafic de stupéfiants, proxénétisme, environnement, atteintes à la probité, DPA...) avec parfois la cosaisine de la section de recherches de Marseille. Le taux de résolution s'établit à 46 % et 13 millions d'avois criminels ont été saisis (1^{er} rang national).

En 2020, le groupement du Var a enregistré dans son logiciel de suivi des procédures (PULSAR) : environ 550 CR, 33 400 PVEJ et 15 500 soit-transmis.

Il compte 913 gendarmes dont 450 OPJ répartis sur près de 50 unités.

Cette activité judiciaire sur un contentieux de masse impose une organisation aux différents échelons hiérarchiques pour gérer les flux de procédures en veillant à optimiser l'emploi de la ressource disponible.

I – Élargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres de garde à vue, ainsi

que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

- Les évolutions législatives de ces dernières années ont de manière concrète renforcé l'exercice des droits de la défense avec la présence de l'avocat :
 - lors de la garde à vue, étendue à l'audition libre (loi du 27 mai 2014),
 - lors des reconstitutions, mises en présence avec la victime, séance d'identification de suspects (loi du 3 juin 2016),
 - lors des auditions libres de mineurs (loi du 23 mars 2019) avec possibilité de désignation d'office.

Cette assistance aux personnes mises en cause est assortie d'un pouvoir d'intervention permettant de poser des questions à l'issue des auditions et des confrontations, de faire des observations écrites (article 63-4-2 du CPP). Ce droit est régulièrement exercé sans difficulté.

Ce droit de la défense est renforcé par la possibilité de formuler auprès du procureur de la République des observations ou demandes d'actes versées au dossier de la procédure un an après une garde à vue ou une audition libre (article 77-2 du CPP).

- La conduite des enquêtes n'est pas fragilisée par ces mesures. Au moment de l'entrée en vigueur de ces dispositions nouvelles, les enquêteurs ont pu percevoir ces dernières comme un frein à l'efficacité de leurs investigations redoutant une « juridictionnalisation » de la garde à vue, tandis que certains avocats y ont vu un cadre se rapprochant de l'instruction, leur permettant une capacité de consultation de la procédure et de demande d'actes. Au fil du temps, ces positions se sont en grande partie estompées avec un régime stable préservant la sérénité dans la conduite de l'enquête préliminaire tout en y inscrivant un meilleur respect des droits de la défense.
- La nécessité d'obtenir l'autorisation du JLD pour un certain nombre d'actes jugés plus attentatoires aux libertés individuelles est venue renforcer le contrôle du déroulement de l'enquête préliminaire. Le JLD apporte un double regard sur la procédure. Chaque demande d'acte qui lui est soumis est précédée d'une synthèse des faits et d'une argumentation sur l'opportunité de la mesure sollicitée et un compte rendu sur les résultats obtenus lui est transmis : perquisition sans assentiment, écoutes téléphoniques, ordonnance de saisie, témoignage sous anonymat...

Les dispositions actuelles permettent ainsi de concilier l'intérêt général d'une poursuite efficace de la délinquance et la protection des droits de la défense. Cet équilibre est jugé satisfaisant.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

- La durée des enquêtes est bien encadrée. Les soit-transmis sont assortis d'un délai fixé par le procureur de la République qui peut être prorogé, en général de 3 ou 6 mois, même si le délai n'est pas fixé par le code de procédure pénale (article 75).

Pour les enquêtes engagées d'initiative, les enquêteurs doivent aviser le procureur de la République au terme de 6 mois d'enquête ou dès qu'ils identifient une personne pouvant avoir commis ou tenté de commettre une infraction (article 75-2). Il n'y a pas de délai minimum pour informer le parquet mais cette information intervient naturellement lorsqu'une mesure de coercition est envisagée, qu'une demande d'autorisation au JLD est à motiver ou bien, en cas d'urgence, à travers l'avis de placement en garde à vue.

- Culturellement, ce délai de 6 mois est perçu par les gendarmes comme la norme et un objectif à respecter. Une majorité des enquêtes préliminaires, pour des faits « simples » dépassent très rarement les 6 mois.
- Certaines affaires nécessitent un temps d'enquête plus important pour plusieurs raisons qui peuvent parfois se cumuler :

1 - l'attente d'un résultat nécessaire à la poursuite des investigations (rapport d'expertise, résultats d'analyses, réponses à des réquisitions...). C'est le cas le plus fréquemment observé.

2 - l'absence des mis en cause, la dispersion des témoins, des victimes sur le territoire et parfois la nécessité d'une transmission du dossier vers un autre service pour la poursuite de tout ou partie des investigations (*la mise en œuvre de l'article 41 alinéa 2 du CPP facilitant depuis 2016 les demandes directes d'actes*).

3 - la complexité des investigations à mener par leur nature, notamment en matière économique et financière et la capacité de traitement de l'unité, à l'instant T, au regard de son activité opérationnelle et la charge de chaque enquêteur, nécessitant une priorisation des affaires (les atteintes aux personnes puis les atteintes aux biens). Certaines procédures relevant d'autres contentieux s'en trouvent retardées (urbanisme, environnement, financier).

- Les procédures de plus de 6 mois dans une unité ne dépassent pas 10 % du volume global (3 354 au 1^{er} janvier 2021 tous cadres d'enquête confondus). Des délais de plus de 1 an sont observés à la marge (247) et dans des situations exceptionnelles au-delà de 2 ans (129, essentiellement en CR) notamment pour les dossiers économiques et financiers. Les enquêteurs, comme le parquet, sont aussi tributaires des réponses et des moyens mis à leur disposition comme des

retours aux demandes qu'ils formulent. Ce délai de deux ans peut être jugé long, il reste toutefois moins important qu'à l'instruction où les cabinets traitent prioritairement les dossiers dans lesquels des personnes sont placées en détention provisoire.

- S'agissant de l'article 77-2 (I), il est peu mis en œuvre car les auditions de mis en cause interviennent généralement en fin de procédure avec une décision qui intervient dans la continuité. Les parties sont informées de la suite donnée avant le délai de 1 an.

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

- Ce renforcement peut procéder d'une limitation dans le temps des enquêtes préliminaires sous réserve que cette durée soit bien évaluée et qu'elle ne vienne pas fragiliser la sérénité nécessaire au recueil et à l'analyse des éléments de preuve. On peut imaginer qu'une limite soit imposée mais elle ne devrait pas être inférieure à 2 ans à partir des premiers actes.
- Quant à l'introduction du contradictoire, il ne peut intervenir dans la phase d'enquête au risque de porter préjudice au rassemblement des preuves, à la nécessaire confidentialité de l'enquête comme à la sécurité des victimes et des personnes apparaissant dans la procédure.
- Le renforcement du contradictoire avant ce délai et dans la phase d'enquête aurait par ailleurs mécaniquement pour effet d'allonger le délai de l'enquête préliminaire. La réduction des délais d'enquête et le renforcement du contradictoire paraissent très difficilement conciliables.

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition du suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

- L'article 77-2 (I) prévoit la possibilité de formuler des observations mais aussi de solliciter des actes auprès du procureur un an après la garde à vue ou l'audition libre lorsque ce dernier considère que « l'enquête lui paraît terminée et qu'il envisage de poursuivre ».
- Si cet accès peut être accordé à tout moment par le procureur (II) sans condition de délai, il semble pas dans la pratique applicable tant que l'enquête est en cours. Il faut que la procédure soit suffisamment étayée, complète et finalisée pour que l'introduction du contradictoire ait un sens.
- Il est essentiel de distinguer clairement la phase d'enquête de celle des poursuites. Cette phase d'enquête doit être préservée d'interventions extérieures pour permettre aux enquêteurs d'acter sereinement à charge et à décharge.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

- La garde à vue ou l'audition libre interviennent en fin de procédure et conduisent à une décision du parquet de classement, de renvoi ou d'ouverture d'information.
- Dans certains cas, il peut toutefois y avoir des investigations complémentaires postérieures à la garde à vue : exploitation de supports saisis, expertises ou bien des auditions par vagues espacées dont le résultat ne doit pas être fragilisé par l'introduction d'un examen contradictoire prématuré.
- Au délai nécessaire à ces investigations complémentaires, il faut ajouter le temps du règlement avec parfois la nécessité d'une analyse du magistrat sur la base des pièces transmises (transmission « pour étude »).
- Le délai d'un an minimum paraît pour toutes ces raisons nécessaire et raisonnable.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

- L'enquête préliminaire comme l'enquête sous CR font l'objet de deux contrôles distincts et complémentaires, en l'espèce par le magistrat mandant et la hiérarchie de l'enquêteur. De plus, certains actes de l'enquête préliminaire sont soumis à l'autorisation du JLD.
- Sur le contrôle du parquet, le procureur de la République fixe le délai des enquêtes, contrôle la légalité des moyens mis en œuvre, la proportionnalité des actes d'investigations au regard de la gravité des faits (article 39-3 du CPP). Il est le plus à même d'exercer ce contrôle. Au sein du parquet, il s'effectue souvent à plusieurs niveaux. Le traitement sur site facilite par ailleurs le suivi et des décisions qui contribuent à une meilleure gestion des portefeuilles des unités. Enfin, le respect des délais est un indicateur qui permet au procureur de la République d'évaluer objectivement les OPJ mais aussi d'orienter sa politique pénale.
- La hiérarchie exerce un contrôle vigilant sur la qualité des procédures et leur délai de traitement. Chaque commandant d'unité peut extraire le registre des procédures en cours et isoler les procédures de plus de 6 mois ou 1 an par

exemple. Des contrôles réguliers sont réalisés par le commandement et les retards font l'objet d'avertissements formels aux militaires et conduisent dans certains cas à des sanctions disciplinaires.

- Le parquet général pourrait être un échelon de contrôle approprié en recours aux décisions du procureur de la République.

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

- Un des principaux motifs d'appel des avocats aux parquets porte sur la suite donnée à leurs dossiers. Pour les droits des personnes mises en cause, il pourrait être envisagé qu'elles soit systématiquement avisées de la décision de classement sans suite comme c'est le cas pour la victime.
- La durée des investigations pourrait être limitée à 2 ans à partir du premier acte pour le contentieux courant. Au delà, la prorogation serait soumise à une décision écrite et motivée du procureur de la République.

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

- **Fluidifier les transmissions de procédures**

L'établissement de procédures nativement numériques, leur transmission dématérialisée et leur référencement commun doivent sensiblement réduire les délais d'acheminement et d'archivage, avec la possibilité d'instaurer un meilleur suivi et une traçabilité des dossiers. Les transmissions des procédures en format papier entre juridictions, hors cour d'appel, occasionnent souvent des délais de plusieurs mois (*au sein de la CA d'Aix-en-Provence, les procédures peuvent être envoyées directement entre unités*).

- **Alléger la charge des juridictions et des unités par un recours accru à la médiation**

Le recours à la médiation pénale (article 41-1 du Code de procédure pénale) pour des faits simples, clairement établis et d'une faible gravité évite de déclencher le processus pénal classique. C'est un levier d'allègement important pour juridictions et les unités avec une procédure réduite (uniquement audition victime/mis en cause). Le recours aux délégués du procureur permet une réponse rapide et pertinente tant à l'égard de la victime (désintéressement) que de l'auteur de l'infraction (prévention de la réitération). *Deux protocoles ont été signés dans le Var. Sur le parquet de Draguignan, une première estimation sur les NATINF retenus montre que 5 000 procédures pourraient à terme être concernées chaque année.*

- **Libérer du temps d'enquête pour les OPJ**

- **Le renforcement des pouvoirs d'enquête des APJ** peut permettre aux OPJ de se recentrer sur les investigations plus complexes. Des avancées sont déjà intervenues en 2019 en matière de réquisitions et de dépistages d'alcoolémie et de stupéfiants, évitant ainsi de recourir à un OPJ. Elles pourraient être étendues en les autorisant à réaliser et à acter en procédure toute mesure d'enquête dès lors qu'elle n'est pas coercitive.

- **Les accès directs aux fichiers devraient être étendus.** Dans la plupart des enquêtes, les mêmes fichiers administratifs sont consultés par voie de réquisition. Un accès direct faciliterait la récupération des informations tout en garantissant, avec l'emploi des cartes professionnelles, la traçabilité des consultations (*seulement 21 accès au FICOBA pour 450 OPJ dans le Var*). De nombreux fichiers fiscaux et sociaux sont concernés (FICOVIE, BNPD, FND, RNCPS...).

Les réquisitions bancaires génèrent aussi d'importants délais. La plateforme PEBA (plateforme d'échanges Banques-Administration) permet de récupérer depuis novembre 2020 des relevés sous un format tableur en 24h sur 3 réseaux bancaires. A l'inverse, il faut encore compter 4 à 5 semaines pour obtenir des relevés d'autres établissements avec des fichiers parfois non modifiables dont la reprise est chronophage.

• **Circonscrire les investigations dans les dossiers complexes**

Les soit-transmis ne comportent pas toujours d'instructions précises (« pour enquête ») ce qui laisse le champ pour des enquêteurs non spécialisés à des investigations superflues. Localement, les enquêteurs DEFI apportent un appui aux unités pour les dossiers les plus techniques. Le déploiement d'assistants spécialisés dans toutes les juridictions favoriserait une première analyse des dossiers et un meilleur ciblage des investigations.

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat

1. Dans le cadre des investigations menées dans l'enquête préliminaire, l'enquête de flagrance et l'instruction, le secret professionnel de l'avocat qui est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions et aux interceptions de correspondance ?

La protection du secret professionnel des avocats est bien défini par le code de procédure pénale. Il est entouré de garanties fortes :

- La perquisition est conduite par le procureur en présence du bâtonnier (article 56-1 du CPP). Elle nécessite une décision écrite et motivée indiquant la nature des infractions visées, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

- Aucune saisie de documents se rapportant à d'autres infractions ne peut être réalisée. Le domicile de l'avocat et son cabinet sont protégés au même titre que les locaux de l'ordre des avocats.

- Les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ne peuvent pas être retranscrites (article 100-5 du CPP).
- Le juge d'instruction doit informer le bâtonnier au préalable de toute interception sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile (article 100-7 du CPP).

Ces dispositions sont scrupuleusement respectées par les enquêteurs et par les magistrats.

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l'avocat vous paraît-il devoir être institué pour d'autres actes d'investigations, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent-elles envisageables, dans le cadre de l'enquête et dans celui de l'instruction préparatoire ?

- Les dispositions des articles 77-1-1 et 99-3 du CPP précisent expressément que la remise des informations ou des documents ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'avocat.
- Il serait cohérent d'uniformiser le régime juridique relatif aux autorisations et au contrôle de toutes les mesures intrusives ou coercitives prises à l'encontre d'un avocat avec l'autorisation du JLD sur les mesures prises par le parquet.

**Commission relative aux droits de la défense pendant l'enquête
et au secret professionnel de l'avocat**

Avis des 8 membres suivants : Justine **AUBRIOT** Vice-présidente chargée des fonctions de JLD à LYON, Thierry **AZEMA** président de la chambre de l'instruction à Grenoble, Général Bruno **BRESSON**, inspection générale de la gendarmerie nationale, Nicolas **JACQUET** procureur de la République à Lyon, Vincent **LESCLOUS**, procureur général à Bordeaux, Eric **MATHAIS**, procureur de la République à Dijon, Dominique **PUECHMAILLE** procureur de la République à Evreux, Christian **SAINTE**, Directeur de la police judiciaire à la préfecture de police de Paris.

Avertissement

Doit être regretté le délai extrêmement bref, proche en réalité de l'impossibilité, imparti à la commission pour réaliser ses travaux et rendre un rapport (du 8 janvier au 5 février). Les questions posées mettent pourtant en jeu des thèmes fondamentaux (sans ordre particulier : choix entre des systèmes accusatoire ou inquisitoire, suppression de la fonction de juge d'instruction avec mise en état d'une enquête par le parquet, instauration d'un juge de l'enquête, réforme du statut du parquet, places respectives du parquet et de l'instruction, du procureur et du procureur général, statut procédural de la personne suspecte, compétences respectives des parquetiers, des OPJ et des APJ....) et auraient nécessité des auditions beaucoup plus nombreuses et approfondies, une information statistique, des comparaisons plus étudiées avec les systèmes étrangers... Il aurait notamment fallu pouvoir se pencher sur les travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2000 qui avaient déjà abordé, de façon approfondie, nombre des questions soulevées ici.

Ceci explique à la fois l'objet restreint assigné à la commission (encadrement de la durée des enquêtes préliminaires et ouverture au contradictoire) et le caractère nécessairement limité des propositions qui suivent.

Dès lors on ne peut que souhaiter que des travaux de fond soient poursuivis par une commission à la mission plus ample qui pourra s'entourer de consultations plus nombreuses et approfondies et redonner de la cohérence au système d'enquête et de mise en état des affaires pénales.

Même dans ce cadre restreint, l'absence d'information statistique complète et certifiée a été pénalisante. Le délai imparti a interdit de la réunir de façon exhaustive, même si des membres de la commission ont pu faire bénéficier cette dernière de chiffres intéressants, repris ci dessous. Il n'a donc pas été possible de mesurer, même de façon approximative, l'impact des dispositions nouvelles proposées ni de celles qui ont été en débat.

Une telle mesure est le préalable nécessaire de tout projet.

Il a néanmoins paru indispensable de participer à ces travaux afin d'y assurer, au moins, l'expression des réalités des parquets et des services d'enquête .

Premier point : l'enquête préliminaire

I- Constats

I-A Premier constat: une masse d'enquêtes préliminaires qui relèvent soit d'un traitement quotidien soit d'un traitement complexe

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

En première évaluation, au plan national, cette masse dépasse les 3 millions. Ceci oblige à des priorisations et génère des délais de prise en charge (qui peuvent dépasser l'année) et de traitement.

S'agissant de la police nationale, les procédures d'enquête préliminaire étaient au nombre de 1.870.792 en 2015. Ce chiffre a décliné régulièrement pour arriver à 1.508.083 en 2020. Elles représentent selon les années entre 71 et 69,8% du total des enquêtes en cours (qui comprend les enquêtes de flagrance et sur commission rogatoire).

Les enquêtes de moins de six mois représentent 80,1% du total en 2019 soit et 72,5% en 2020.

Les enquêtes de six mois à un an représentent 11,7% du total en 2019 et 14,4% en 2020.

Les enquêtes de plus de trois ans représentent 3,2% du total soit 49 858 enquêtes. Ce chiffre était de 1,5% en 2019 soit 25 993 affaires.

Autrement dit, 87% des enquêtes confiées à la police nationale sont traitées dans l'année, même si la durée de traitement s'allonge. Le phénomène d'enquêtes d'une durée supérieure à trois ans gagne rapidement en intensité même s'il reste très marginal en pourcentage et il représente tout de même en valeur absolue un nombre important.

Ceci étant, il est évident que l'activité préliminaire de 2020 a été fortement perturbée ce qui peut expliquer une partie du retard apporté au traitement des enquêtes.

S'agissant de la gendarmerie nationale, les procédures préliminaires et de flagrance étaient au nombre de 1.929.324 en 2015. Ce volume est stable jusqu'en 2019 (1.920.052) et diminue en 2020 (1.794.259).

Les enquêtes de moins de 1 an représentaient 82,47 % du stock de procédures en cours au 31/12/2020, et 85,30 % au 31/12/2019. Elles représentaient 88,78 % au 31/12/2015.

Les enquêtes de plus de 2 ans représentaient 3,3 % du stock de procédures en cours en 2020 (soit 17.253 enquêtes), et 2,7 % en 2019 (soit 15.496 enquêtes). Elles représentaient 2,4 % au 31/12/2015 (soit 10.940 enquêtes).

Les enquêtes de plus de 3 ans représentaient 1,8 % du stock des procédures en cours en 2020 (soit 9.480 enquêtes), et 1,6 % en 2019 (soit 9.019 enquêtes). Elles représentaient 1,3 % au 31/12/2015 (soit 5.909 enquêtes).

La durée de traitement des enquêtes a tendance à s'allonger, phénomène aggravé en 2020 par l'engagement des unités dans la crise sanitaire et particulièrement perceptible dans la célérité de traitement des enquêtes de moins d'un an. Les enquêtes de plus de 3 ans, même si leur volume augmente entre 2015 et 2020, restent toutefois contenues à moins de 2 %, ce qui reste marginal.

La conférence des procureurs de la République a interrogé les 168 procureurs de France pour connaître la photographie des chiffres en novembre 2020. 96 procureurs ont répondu : 1.729.073 enquêtes préliminaires étaient en cours au sein des services de police et de gendarmerie de leurs ressorts respectifs en novembre 2020 (219.447 en zone gendarmerie, 604.622 en zone police nationale). Cela représente 60 % des 2.899.569 procédures transmises en 2019 à ces mêmes 96 parquets.

I-B Deuxième constat : un manque de moyens

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

Tous les professionnels entendus ont pointé de façon très crédible et circonstanciée un déficit de moyens administratifs, informatiques et humains (en qualité, en nombre et en stabilité) des services d'investigation et judiciaires pour traiter ces enquêtes. Le comblement de ces déficits nécessite un renforcement des moyens alloués à la police et à la gendarmerie nationales, renforcement qui permettra également d'améliorer la formation et l'évolution professionnelle des enquêteurs affectés dans les services et unités de police judiciaire.

En outre, à l'heure actuelle, les services de police, de gendarmerie et les parquets ne disposent pas d'outils informatiques communs permettant le repérage et le suivi des enquêtes. En revanche, un outil interne de suivi informatique des courriers reçus (et donc des enquêtes préliminaires diligentées suite à soit-transmis) existe dans chaque unité de gendarmerie nationale. Il permet de créer des alertes paramétrables pour les procédures.

Il est évident qu'une plate forme commune devrait réunir services d'enquêtes et parquets, permettant a minima un repérage et une analyse qualitative et quantitative des procédures. Le délai imparti n'a pas permis à la commission de savoir si les évolutions logicielles en cours permettront de satisfaire à cette exigence.

Si de nombreux parquets ont mis sur pied des « bureaux des enquêtes » il s'agit de structures destinées à suivre un faible nombre de dossiers sélectionnés pour leur importance. Mais les parquets ne disposent pas tous de logiciel de gestion de ces bureaux et leur suivi administratif n'est pas pris en compte dans les calculs d'effectifs. En outre, les services de traitement en temps réel (TTR) des parquets sont déjà saturés et ne peuvent constituer un outil de gestion de l'ensemble des procédures préliminaires en cours dans les ressorts. Ainsi les parquets ignorent-ils l'existence de nombreuses procédures ouvertes d'initiative par les services. On doit d'ailleurs souligner qu'au sein de ce manque de moyens commun à tous, il existe un déséquilibre entre les moyens des services d'enquête et ceux des parquets, au détriment de ces derniers qui sont hors d'état de gérer réellement les flux et les stocks d'enquêtes préliminaires.

En réalité, la constitution de véritables structures de gestion des enquêtes préliminaires dans les parquets est un sujet majeur, au même titre que le TTR l'a été. Ces « BDE » devraient être généralisés dans tous les parquets et dotés du logiciel métier de gestion BIE (bureau informatisé des enquêtes), quitte à en adapter les fonctionnalités. Il ne pourra en aller ainsi que si une plate forme commune est créée comme indiqué ci dessus et si des moyens humains de gestion administrative sont accordés.

A terme, la procédure pénale numérique et le nouveau logiciel de rédaction des procédures devraient améliorer la situation. Mais même si grâce à ces outils une gestion devenait possible, le problème des moyens humains pour gérer et traiter demeurerait entier.

Enfin, la masse fait que les parquets ne disposent généralement pas du temps nécessaire pour adresser des instructions précises et détaillées aux services d'enquête.

Ce manque de moyens joint au constat suivant explique le rallongement constaté des délais de traitement.

I-C Troisième constat : une procédure trop complexe, formalisée à l'extrême

Il est possible d'identifier des marges de progrès, afin de mieux fluidifier le travail d'enquête. De multiples pistes méritent d'être creusées parmi lesquelles:

- les conséquences de la procédure pénale numérique (PPN - dont le déploiement est en cours tant au sein de la justice que des services d'enquête) dans la gestion et le suivi des

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

flux de procédures ;

- une meilleure maîtrise des délais de réponse aux réquisitions, un accès direct aux fichiers pour les enquêteurs,
- redonner un pouvoir d'initiative accru aux OPJ...

I-D Quatrième constat : une ouverture partielle de l'enquête au contradictoire déjà effective et un contrôle de durée déjà posé

Doivent être mentionnés les articles:

- 41-4 CPP relatif au contentieux des saisies, placé sous le contrôle de la chambre de l'instruction ;
- 802-2 CPP relatif au contentieux de la régularité des perquisitions placé sous le contrôle du JLD ou de la chambre de l'instruction ;
- 75-1 CPP qui prévoit que le procureur fixe la durée de l'enquête dont il lui est rendu compte au bout de 6 mois ;
- 75-2 CPP qui prévoit que l'officier de police judiciaire doit aviser le parquet en cas de réunion à l'encontre d'une personne d'indices laissant penser qu'elle a pu commettre l'infraction ;
- 63 et suivants relatifs au régime de la garde à vue notamment à la présence de l'avocat en garde à vue ou pendant l'audition libre et l'article 63-4-3 -1 CPP relatif à l'avis à avocat en cas de transport du gardé à vue.
- 77-2-2 CPP qui permet sous certaines conditions et à certains stades de procédure l'accès au contradictoire pour le mis en cause et les victimes;
- 86 CPP qui permet au bénéfice de la victime, au bout d'un délai de trois mois après la plainte ou après notification d'un classement sans suite, de se constituer partie civile devant un juge d'instruction.

II- Principes

Les enjeux de fond doivent être clairement aperçus et les limites posées.

II-A Ne pas remettre en cause les principes d'efficacité et de secret de l'enquête

Le premier axe doit être de ne pas aggraver la charge des parquets et des services d'enquête. La question du coût en temps et en moyens de gestion administrative des innovations est centrale dans la perspective d'un raccourcissement de la durée des enquêtes et aussi de leur efficacité. Il est impératif de respecter le principe de l'efficacité de l'enquête et de rechercher les moyens de mieux y satisfaire, afin d'éviter que ne se recrée une nouvelle « enquête officieuse ».

L'ouverture de l'enquête préliminaire à un contradictoire renforcé repose la question de l'avenir du juge d'instruction déjà fragilisé par la mise en oeuvre d'un système sans juge d'instruction pour le procureur européen. Mais, en l'état, il convient de ne pas aligner le régime contradictoire de l'enquête préliminaire sur celui de l'instruction et de préserver le principe du secret de l'enquête.

La question de la remontée d'informations au Garde des Sceaux a été posée sur la base de l'avis rendu

par le CSM le 15 septembre 2020 mais majoritairement écartée comme n'entrant pas dans le champ de la mission de la commission.

II-B Ne pas remettre en cause les principes d'opportunité des poursuites et de séparation des fonctions de jugement et de poursuite

L'arbitrage éventuel par un juge (JLD) du contradictoire de la durée ou de la pertinence d'une enquête poserait la question d'une remise en cause du système d'opportunité des poursuites qui justifie au plan théorique la maîtrise de l'enquête par le parquet. L'intervention du JLD le mettrait à néant.

Elle conduirait à un véritable bouleversement des équilibres de la procédure pénale et des offices respectifs des magistrats du parquet et des magistrats du siège.

Dans le système qui est le nôtre d'opportunité des poursuites, le procureur doit impérativement, pour faire vivre le système, être le magistrat qui contrôle l'enquête et qui en a la pleine maîtrise.

Il est ainsi actuellement acquis que le procureur de la République est le magistrat en charge du contrôle de la durée de l'enquête (article 75-1 et 75-2 CPP), de la légalité des moyens mis en œuvre par les enquêteurs, de la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, de l'orientation donnée à l'enquête ainsi que de la qualité de celle-ci (article 39-3 CPP). Il doit également veiller à ce que « les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, des plaignants et de la personne suspectée » (article préliminaire et 39-3 du code de CPP).

Il est également acquis que le procureur de la République ne peut recevoir d'injonction de faire de la part des magistrats du siège.

Le JLD, dans les principes et les équilibres globaux du code de procédure pénale, n'est, dans son essence, pas un juge de l'enquête, mais un juge intervenant pour contrôler par une autorisation préalable des pouvoirs supplémentaires, accordés dans le cadre préliminaire, attentatoires à la liberté individuelle. On notera d'ailleurs que les mesures susceptibles de contrôle doivent se situer à un niveau élevé d'intrusion. C'est ainsi que la chambre criminelle a récemment jugé que l'installation d'un système de vidéo surveillance dans un endroit public pouvait se faire sous le seul contrôle du parquet (Cass.crim., 8 déc.2020: n° 2083885).

Non seulement le législateur a-t-il prévu une gradation restreignant les atteintes devant être soumises au contrôle du JLD, mais encore, n'a-t'il jamais entendu en faire un juge de l'opportunité des poursuites.

Si le JLD devenait maître d'un contradictoire renforcé et du contrôle de la durée des enquêtes, il porterait nécessairement une appréciation sur la pertinence de l'enquête dans un état de charges provisoire, ne serait ce que par le biais d'un inéluctable contrôle de proportionnalité.

Le JLD donnerait en outre des instructions au ministère public. Ce serait remettre en cause l'équilibre total de notre procédure pénale et des rôles dévolus respectivement aux magistrats du parquet et du siège.

On passerait alors dans un système de juge de l'enquête. Mais un tel basculement remettrait nécessairement en cause le principe d'opportunité des poursuites, obligerait à revoir l'ensemble du système préparatoire pénal et à s'interroger sur la fonction de juge d'instruction dont l'utilité ne serait plus vraiment perceptible. En l'état, il est impératif de maintenir un équilibre entre les deux fonctions.

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

Au surplus, la création d'un juge de l'enquête obligerait à reconsidérer le statut du parquet afin de mieux garantir l'indépendance des investigations.

Très fugacement, entre le 1er janvier 2001 et le 10 septembre 2002, la loi du 30 décembre 2000 avait créé une première version de l'article 77-2 du CPP qui prévoyait déjà l'interrogation du procureur de la République par une personne ayant fait l'objet d'une garde à vue. Dans le mois suivant la réception de la demande, le procureur devait soit engager des poursuites, soit recourir à l'une des mesures prévues aux articles 41-1 à 41-3, soit notifier le classement sans suite de la procédure, soit enfin, s'il estimait que l'enquête devait se poursuivre, saisir le juge des libertés et de la détention.

Cette disposition a été rapidement modifiée, car elle avait été adoptée à une époque où il existait encore une incertitude sur ce que devait être le JLD : juge de l'enquête ou juge des mesures attentatoires à la liberté.

Le législateur s'est en outre rendu compte du bouleversement total de l'équilibre de la procédure pénale et des offices respectifs des juges du siège et des magistrats du parquet que représentaient ces dispositions.

Il a alors été clairement fait un choix de principe en faveur d'un juge des mesures attentatoires à la liberté.

De surcroît, une évaluation des conséquences non négligeables en charge de travail pour le JLD et son greffe, ainsi que de la lourdeur et de la lenteur ingérables du système initial au regard de la masse des dossiers potentiellement concernés, en avaient démontré le caractère irréaliste.

Dans cette dernière perspective, il faut en outre préciser qu'un contrôle de durée et du contradictoire risquerait d'être purement fictif, le JLD n'ayant absolument aucun moyen de suivre l'enquête comme il se doit et d'apprécier sa durée sur la base d'un simple rapport écrit au terme de X année(s), là où le magistrat du parquet aura reçu des compte-rendus réguliers et instauré un véritable dialogue avec les enquêteurs (peut-être d'ailleurs sur la base d'un calendrier de procédure établi de concert).

En résumé confier un tel contrôle au JLD reviendrait, en plus des inconvénients soulignés précédemment, à fournir une caution à la poursuite de l'enquête qui ne pourra qu'être théorique vu les moyens dont dispose ce magistrat pour se prononcer, moyens qui demeureront constants.

Or, le JLD a vu ses compétences multipliées sans aucune réflexion d'ensemble sur les conditions d'exercice de cette fonction, ni aucune évaluation de sa charge de travail induite par les dernières réformes (qu'il s'agisse de l'accroissement de ses compétences en matière pénale, mais aussi et surtout en matière civile avec la réforme du contentieux des étrangers et plus récemment celle de l'isolement et de la contention ou encore du contrôle de certaines mesures de lutte contre l'épidémie).

D'un point de vue pragmatique, on ne voit pas comment ce magistrat qui empile les compétences et statue dans tous les domaines dans des délais toujours restreints pourrait sérieusement porter un contrôle sur la durée d'une enquête qu'il découvre, alors qu'il n'a pas les moyens ni le temps de l'examiner dans le détail.

On doit souligner enfin que la personne poursuivie après une enquête préliminaire durant laquelle elle se serait vu opposer un refus d'accès au dossier, peut toujours y trouver une source d'annulation ultérieure de la procédure si elle démontre l'existence d'un grief. Il existe donc un contrôle juridictionnel a posteriori qui permet de satisfaire au droit à un recours effectif.

En l'absence de poursuite, on peut songer à instaurer un système d'indemnisation dès lors qu'un préjudice serait démontré ce qui viendrait compléter le dispositif de contrôle juridictionnel.

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

Au demeurant, comme il sera expliqué plus loin, la proposition d'un système reposant sur le ministère public (procureur et procureur général) est susceptible d'être plus effectif, car portant sur un nombre plus important de points et d'enquêtes.

II-C Continuer à apprécier les garanties équitables sur toute la durée de la procédure

Il faut rappeler que dans l'immense majorité des enquêtes préliminaires l'audiencement se fait dans un délai de 3 mois à un an environ. La personne poursuivie a donc largement le temps de prendre connaissance du dossier, de préparer sa défense et, le cas échéant, de demander des investigations complémentaires.

II-D Admettre une ouverture au contradictoire et un contrôle de durée

Dans la mesure où l'enquête préliminaire remplace ou prépare assez largement l'instruction sur certains segments de contentieux comme l'économique et financier, il faut adapter ces garanties. Il faut aussi prendre acte de cette évolution vers une mise en état par le parquet, que préfigure le système du parquet européen, et la précéder par la mise en place d'un contradictoire.

Il doit être souligné que selon les éléments de droit comparé communiqués, l'enquête préliminaire n'est pas enerrée dans des délais en Allemagne, Belgique, Espagne, Pays Bas ou Royaume Uni. Et on peut ajouter que là où des délais existent (Italie), ils sont aisément contournés (le délai est de 6 mois renouvelables, mais il ne commence à courir que de l'inscription du nom du mis en cause dans un registre dit « de garantie » dans lequel il suffit de retarder cette inscription).

III Propositions

La masse croissante des enquêtes préliminaires, le manque de moyens susceptibles d'être affectés à leur traitement comme les enjeux propres aux divers types de contentieux complexes ou non ont amené dans un premier temps à envisager de distinguer deux situations :

- infractions punies d'une peine de moins de cinq ans d'emprisonnement
- infractions punies d'une peine égale ou supérieure à 5 ans.

Mais ce système, proposé au cours des débats, s'avère complexe, incertain dans ses distinctions et difficile à mettre en œuvre.

Il y a donc été renoncé au bénéfice d'un système fondé sur l'encadrement de la durée de l'enquête par le ministère public qui ne crée pas, en lui même, de charge supplémentaire.

Il se complète d'une ouverture au contradictoire au bénéfice du mis en cause.

Il aurait l'avantage, par rapport à un contrôle par le juge des libertés et de la détention, d'une plus grande efficience, car il concernerait l'ensemble des enquêtes menées sous l'autorité du ministère public avec une incitation vertueuse globale à la réduction du délai de celles-ci. En effet un système instaurant un contrôle par le JLD ne peut se concevoir qu'avec un mécanisme de saisine du JLD par la personne souhaitant faire contrôler la durée de l'enquête. De fait, il ne concernerait qu'un nombre plus limité de procédures.

Ce dispositif de limitation de la durée des enquêtes préliminaires et d'ouverture accru du contradictoire constitue objectivement une charge nouvelle pour les services d'enquête et les parquets ayant déjà actuellement beaucoup de difficultés, matérielles et humaines à diligenter, diriger et gérer la masse des enquêtes préliminaires, ainsi qu'à respecter l'ensemble des règles et obligations légales qui s'accroissent sans cesse.

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

Il est absolument impératif que la mise en œuvre effective du système proposé soit précédée d'une étude d'impact et d'une mise à niveau des moyens humains et techniques permettant de le faire.

● L'encadrement de la durée de l'enquête

Il serait possible d'encadrer l'ensemble des enquêtes préliminaires, sans distinction, dans un délai de trois ans prolongeable une fois pour un an par le procureur, sur demande de l'OPJ.

A l'issue, le dossier devrait être retourné au procureur qui devrait y donner suite (ouverture d'information, poursuite alternative aux poursuites, classement). Des exceptions doivent être envisagées, notamment dans le cas où le parquet réouvre une enquête après classement, évidemment dans les limites de la prescription.

Il n'y a pas lieu, s'agissant d'un système d'encadrement de l'enquête, de soumettre la décision du procureur à un délai.

Le délai de trois ans partirait du premier acte d'enquête.

● Un contradictoire au bénéfice du mis en cause

▪ l'ouverture d'un contradictoire

Il conviendrait de modifier l'article 77-2 CPP en supprimant les conditions relatives à la fin de l'enquête et à l'éventualité d'une poursuite.

Le mis en cause pourrait demander l'accès à son dossier à l'issue d'un délai d'un an après son audition qui en constituerait le point de départ.

Le procureur aurait l'obligation de répondre pour accepter ou refuser et indiquer une date prévisionnelle d'ouverture au contradictoire.

A défaut de réponse et en cas de refus, l'intéressé pourrait porter, au bout d'un délai de deux mois, sa demande devant le procureur général par un recours gracieux.

Les motifs de refus du procureur et éventuellement du procureur général, devraient, à ce moment comme dans tous les autres cas, être encadrés par la loi comme ils le sont pour le juge d'instruction (art. 114 CPP). Il faudrait y ajouter le risque de déperissement des preuves ou tout autre motif précis en rapport avec l'intérêt de l'enquête.

Si, à la suite du recours, le procureur général ouvrait le droit au contradictoire, le procureur disposerait d'un délai de deux mois à compter de la réception de la décision du procureur général pour mettre la procédure en état et la communiquer.

Au bout d'un deuxième délai d'un an, après l'audition l'accès au dossier serait de droit sur demande adressée au procureur.

La personne entendue bénéficierait d'un accès au dossier au plus tard deux ans après son audition.

Ce système de recours ne donne pas de prérogatives nouvelles au procureur général dans l'exercice de l'action publique.

Il ne doit pas permettre de nouer un contentieux source de retard et ouverture au dilatoire.

▪ L'audition seul point de départ possible du délai du contradictoire à l'exclusion de la perquisition et de la mise en cause médiatique

Ce contradictoire ne peut concerner que les mis en cause. L'acquisition de la qualité de mis en cause suppose qu'une accusation soit notifiée à la personne. Dès lors, seule l'audition, libre ou en garde à vue, permet de conférer un tel statut.

◦ L'exclusion de la perquisition

La perquisition ne permet pas de conférer le statut de mis en cause. Il faut d'ailleurs répéter que la saisie de biens est susceptible d'être contestée par voie contentieuse (art. 41-4CPP) de même que la régularité d'une perquisition (article 802-2 du CPP, créé récemment par la loi du 23 mars 2019).

On remarquera d'ailleurs que l'article 63-4-3-1 du Code de procédure pénale qui, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, exigeait d'informer l'avocat de la personne gardée à vue de tout transport en un autre lieu, a été restreint par la loi du 23 mars 2019 afin de prévoir que cette information ne devra intervenir que si la personne est transportée dans un autre lieu afin d'être entendue ou de faire l'objet d'un des actes prévus à l'article 61-3 de ce code, à savoir une séance d'identification des suspects ou une reconstitution.

Ces dispositions sont conformes aux exigences résultant de l'article 3 de la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, « relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ». Cette directive prévoit le droit du suspect à l'assistance d'un avocat en cas d'interrogatoire, de confrontation (qui constitue un cas d'interrogatoire), de séances d'identification et de reconstitutions de la scène d'un crime, mais non en cas de perquisition. Ce texte lie clairement les garanties (limitées à la présence de l'avocat sans communication du dossier) à l'audition et exclut l'avis à avocat en cas de perquisition.

Au total la perquisition est déjà entourée de garanties nombreuses y compris contentieuses permettant un accès pertinent au dossier. Aller plus loin alors qu'aucune disposition même récente n'y conduit, remettrait en cause le principe d'efficacité de l'enquête.

◦ L'exclusion de la mise en cause médiatique

La question de la mise en cause médiatique se pose. En effet, pour répondre à une campagne de presse, un mis en cause peut souhaiter avoir accès au dossier. On pourrait songer, dans ce cas, à la possibilité de mettre en œuvre le même système que celui précisé ci après pour les auditions, dans les deux hypothèses envisagées, évidemment sans délai préalable.

Il semble néanmoins que cela reviendrait à médiatiser l'enquête sur la base d'un événement purement factuel, difficile à apprécier et susceptible de toutes les manipulations. Il serait très facile à tel ou tel acteur d'orchestrer des fuites qui ne seraient, au final, qu'un moyen pour tenter de déposséder le ministère public de la maîtrise de l'enquête.

Cela reviendrait aussi à aligner mise en cause juridique et médiatique. En réalité, il appartient au mis en cause, dont on peut présumer qu'il connaît les tenants et aboutissants de la situation de fond donnant lieu à médiatisation, de se défendre par la communication à ces attaques de communication et pas d'attirer le judiciaire dans l'univers de la bataille médiatique pour l'y dissoudre.

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

En tout état de cause, les dispositions de l'article 11 al. 3 CPP prévoient déjà la possibilité pour le procureur d'intervenir pour mettre fin à la divulgation d'informations inexacts ou parcellaires, à la demande des parties notamment, et ce pour garantir la présomption d'innocence. Et, dans le cadre hiérarchique, un refus du procureur pourrait faire l'objet d'un recours gracieux devant le procureur général.

▪ **l'accès au contenu total ou partiel du dossier**

L'accès au dossier lorsqu'il est accordé pourrait être intégral. A noter toutefois que dans la plupart des pays européens le ministère public (Allemagne, Pays Bas, Belgique, Portugal, Espagne) ou la police (RoyaumeUni) dispose d'un droit de retrait de certaines pièces du dossier ou d'en retarder la communication. Une telle exception devrait être prévue.

▪ **le maintien des dispositions des articles 75-1 et 75-2 CPP**

Il y a lieu de maintenir les dispositions des articles 75-1 et 75-2 CPP qui peuvent continuer à recevoir application sans difficultés.

▪ **l'application dans le temps**

Enfin les évolutions préconisées ne pourraient s'appliquer qu'aux enquêtes nées après l'entrée en vigueur de la loi, ce qui devrait être précisé dans cette dernière. Ce différé législatif paraît possible (Desportes et Le Gunehec Droit pénal § 339 à 341).

▪ **Exclusions**

Doivent être exclues des règles de contradictoire et de durée ci dessus les infractions de terrorisme et de criminalité organisée (ces dernières définies par reprise de la liste des articles 706-73 CPP et suivants).

S'agissant du terrorisme, il faut souligner qu'aucune enquête préliminaire n'est ouverte sans l'autorisation du PNAT qui en effectue la revue tous les 6 mois ce que leur nombre limité permet (180 ouvertures annuelle en moyenne; 250 procédures en cours).

En matière de criminalité organisée, aucune statistique sur le nombre des enquêtes préliminaires n'a été fournie. Néanmoins, par nature ces infractions supposent des investigations longues complexes et internationales. Elles mettent en cause la plupart du temps des organisations criminelles à la logistique et à l'ingénierie financière sophistiquées dont il est complexe d'établir l'organigramme. Les délais ci dessus ne sont proposés qu'à la condition de l'exclusion de la criminalité organisée à laquelle il serait irréaliste de vouloir les appliquer.

– **le contradictoire préalable à la constitution de partie civile**

Il pourrait être envisagé qu'avant de pouvoir se constituer partie civile après classement ou à l'expiration d'un délai de trois mois après sa plainte, la victime ait à nouer un contradictoire devant le procureur afin que lui soient précisées l'état et les perspectives de l'enquête consécutive à sa plainte. Le procureur serait tenu de répondre dans un délai bref, deux mois par exemple, et la victime retrouverait ensuite sa liberté. Ce mécanisme pourrait éviter certaines constitutions de partie civile.

▪ L'ouverture possible d'une mise en état en fin d'enquête

Il pourrait être prévu qu'un contentieux puisse être noué à la fin de l'enquête. Il s'agirait d'une phase partielle de mise en état. Le procureur dès lors qu'il envisagerait une poursuite pourrait communiquer le dossier et les qualifications aux avocats qui disposeraient alors d'un délai fixe (défini par rapport à ceux existant pour l'instruction) pour présenter des observations, auxquelles il devrait être répondu, demander des actes ou soulever une nullité devant le président de la chambre de l'instruction. Le traitement du recours serait enfermé dans un délai. L'opportunité de ce mécanisme, nécessairement non systématique sous peine de paralysie du système, doit rester entre les mains du procureur qui est maître de l'orientation et de la poursuite. A lui de savoir s'il veut purger d'abord les procédures complexes ou sensibles ou prendre le risque d'une audience au fond perturbée par les demandes d'actes ou de nullité et la mise en exergue de lacunes réelles ou supposées. Si le procureur recourt à ce contradictoire, passé le délai, il ne pourrait plus être soulevé de nullité devant la juridiction de jugement. Le procureur lui même pourrait naturellement toujours à ce stade, saisir le président de la chambre de l'instruction en nullité.

Ce système implique une gestion des procédures concernées et pose la question des moyens du parquet et de la chambre de l'instruction, cette dernière juridiction étant déjà au point de rupture en l'état de l'augmentation considérable du contentieux de la liberté et de celui des saisies.

En outre, il faudrait prévoir des règles similaires à celles de la fin de l'instruction de façon à permettre l'audiencement malgré les recours, afin de limiter les effets d'un dilatoire possible.

Ce système postulerait, lorsqu'il serait employé, la non application des articles 388-4 et 388-5 CPP.

Second point : le secret professionnel des avocats

Il convient d'éviter un privilège global de profession que rien ne justifie.

Le secret professionnel n'est pas absolu. Il existe des impératifs d'ordre public qui lui sont supérieurs, au rang desquelles les nécessités de la recherche de la vérité dans le cadre d'une enquête pénale. Ainsi, l'article 56-1 du code de procédure pénale autorise les perquisitions et saisies au cabinet et au domicile d'un avocat, tout en organisant une procédure dont les modalités sont destinées à préserver le secret professionnel.

Le droit au secret professionnel des avocats n'est pas en tant que tel constitutionnellement consacré. Dans sa décision du 24/7/2015 QPC n°2015-478 « Association French Data Network », le Conseil constitutionnel a jugé "qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats".

L'article 56-1 du code de procédure pénale est conforme à la Constitution en ce qu'il prévoit des « garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat ».

C'est ainsi que s'est prononcée la Cour de cassation en refusant de transmettre une QPC au Conseil constitutionnel, estimant la question dépourvue de « caractère sérieux ».

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas non plus considéré que les règles de procédure pénale prévoyant des tempéraments au secret professionnel étaient de nature à lui porter atteinte, qu'il s'agisse de procéder à des perquisitions, des saisies ou encore des interceptions téléphoniques.

I - Modifier le droit des perquisitions ?

Ces affaires sont peu nombreuses et surtout parisiennes (45 saisines du JLD à Paris entre 2015 et 2020). En 2020 pour le barreau de Paris (32.000 avocats), 19 perquisitions ont été diligentées (soit 0,1% des avocats parisiens) et 8 audiences en contestation des documents à saisir ont eu lieu devant le JLD (soit 0,04% des avocats parisiens et 42% des perquisitions). Entre janvier 2015 et novembre 2019, soit sur une période de près de 5 ans, 43 décisions ont été rendues par le JLD du tribunal judiciaire de Paris en matière de contestation de saisies au cabinet ou au domicile d'avocats

De façon générale, la jurisprudence estime que le secret professionnel ne fait pas obstacle à la saisie des pièces lorsque c'est nécessaire à la manifestation de la vérité sans porter atteinte aux droits de la défense (Cass. Crim. 5 juill. 1993 n°93 81275; 30 juin 1999: n° 97_86318.; 13 déc. 2006 n°06 87169). La Cour de cassation considère que la saisie de pièces utiles à la manifestation de la vérité est possible lorsque leur contenu est étranger aux droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (Cass. Crim. 4 octobre 2016, n° 16-82.308). Elle n'exige pas que ces indices soient effectifs ou intrinsèques au document saisi, mais seulement plausible (Cass. Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021).

Ce principe paraît devoir être maintenu. Il n'est pas contraire aux règles et décisions européennes (CEDH Michaud c/ France 6 décembre 2012) qui admet la saisie « lorsque l'avocat se trouve dans « l'exercice d'activités éloignées de la mission de défense ». La jurisprudence de la CEDH n'exige en aucun cas que les indices de commission de l'infraction résultent intrinsèquement des documents saisis. Elle se contente d'exiger des indices plausibles de commission d'une infraction par l'avocat. La CJUE estime que la confidentialité des communications avocats client est liée à l'exercice des droits de la défense et à l'indépendance de l'avocat par rapport au client.

Les principes en matière de saisie de pièces ont été dégagés par un arrêt de la chambre criminelle du 4 octobre 2016 (n° 16-82308) lorsque les pièces sont étrangères à l'exercice des droits de la défense (entendus au sens pénal) ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction.

Lorsque l'avocat n'est pas lui-même soupçonné la jurisprudence distingue selon que l'activité est de conseil ou de défense.

Dans le premier cas la saisie est possible, la nécessité de la recherche de la vérité l'emportant sur le secret professionnel. A l'inverse l'activité de défense fait obstacle à la saisie. Le caractère frauduleux de la participation de l'avocat à l'infraction suspectée ne saurait être appréciée à la lumière d'un indice « intrinsèque à un document », mais sur la base d'un faisceau d'indices tels que la nature de la fraude, les moyens employés, les outils et mécanismes mis en œuvre, autrement dit du contexte de la commission de l'infraction.

Au préalable, il convient de rappeler que le régime des perquisitions dites spéciales est destiné à protéger non des professionnels mais des secrets qu'ils détiennent et que le législateur a considérés particulièrement importants : secret avocat-client, secret du délibéré, secret des sources, secret médical, secret des actes notariés. La protection de ces secrets nécessite la mise en œuvre de garanties procédurales renforcées. La loi distingue ceux de ces secrets qui, par nature, ne doivent pas sortir du lieu d'exercice professionnel (secret du notaire et du médecin) et ceux qui ne s'arrêtent pas à la porte du lieu d'exercice professionnel (avocat, magistrat, journaliste). C'est la raison pour laquelle le domicile de ces professionnels bénéficie également d'une protection particulière. Or, au domicile résident d'autres personnes que les professionnels (parents, enfants, conjoints) qui sont parfois les personnes impliquées dans les faits objets des investigations.

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

Dans le même ordre d'idée, une perquisition dans un cabinet d'avocat peut avoir pour objet, non seulement de rechercher d'éventuels indices de sa participation à une infraction, mais aussi celle de son client, voire d'une personne de son secrétariat. Il paraît donc difficile de subordonner toute autorisation de perquisition au domicile et au cabinet d'un avocat à des critères relatifs à la seule implication de l'avocat lui-même. Présentées ainsi, ces conditions préalables à toute décision de perquisition sont très largement inopérantes. Elles conduiraient à neutraliser la plupart des projets de perquisitions dans les cabinets d'avocats pour rechercher des éléments probatoires concernant leurs seuls clients. Elles conduiraient également à ce que l'entourage professionnel ou personnel de l'avocat bénéficie de la même protection alors même qu'ils ne sont détenteurs d'aucun secret protégé par la loi.

Par ailleurs, une évolution imposant l'existence préalable « d'indices effectifs » notion qui n'est pas juridiquement très intelligible, de telles évolutions ignorerait que l'objectif d'une perquisition n'est pas forcément de rechercher des indices de la commission d'une infraction par l'avocat, ou son client, mais tout élément utile à la manifestation de la vérité dans le cadre de la saisine. Ainsi, la Cour de cassation a considéré qu'une perquisition d'un cabinet d'avocat pouvait avoir pour objet la recherche du mobile d'une infraction, ou la compréhension de son contexte, et son lien entre les protagonistes (Crim. 8 juillet 2015 15-81.179)

En pratique, la motivation qui vient à l'appui, en enquête préliminaire, des décisions de perquisition (ou demande d'autorisations lorsque le parquet souhaite pouvoir perquisitionner sans l'assentiment de l'avocat visé), comprend les éléments de droit, de fait et une argumentation justifiant la perquisition.

La demande d'une autorisation de perquisition sans assentiment est soumise à un contrôle de proportionnalité du JLD qui permet de satisfaire l'équilibre entre les principes qui garantissent le secret professionnel des avocats, les nécessités de l'enquête et plus généralement l'objectif de lutter contre la criminalité ; l'analyse du JLD reposant sur des éléments disponibles dans la procédure qui sont soumis à son appréciation dans la requête présentée par le parquet.

L'examen de la jurisprudence des JLD (essentiellement parisiens) concernant les contestations de saisies montre que les magistrats établissent un raisonnement à trois étages qui est **particulièrement protecteur du secret** :

- 1er étage : documents non couverts par le secret professionnel : ils doivent être utiles à la manifestation de la vérité
- 2ème étage : documents couverts par le secret professionnel, mais non relatifs à l'exercice des droits de la défense : ils doivent être utiles à la manifestation de la vérité et être en lien avec les infractions visées, c'est à dire susceptibles d'apporter la preuve d'une infraction pénale (9 février 1988, bull 63 ; 5 juillet 1993, bull 236 ; 7 mars 1994, bull 87)
- 3ème étage : documents couverts par le secret professionnel et relatifs à l'exercice des droits de la défense : ils doivent être utiles à la manifestation de la vérité et être de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à l'infraction (ou contenir de manière intrinsèque, l'indice de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction poursuivie).

Soumettre l'autorisation de perquisition en cabinet d'avocat à l'existence d'indices préexistants qui devraient être appréciés de manière intrinsèque dans les documents de la procédure n'est ni conforme à l'état de la jurisprudence ni procéduralement et factuellement logique.

S'agissant des perquisitions dans un cabinet d'avocat, la jurisprudence de la CEDH n'est pas aussi limitative. La Cour rappelle :

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

- qu'elles sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre son client et l'avocat (André et autre c. France, no 18603/03).
- que le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans le cabinet d'un avocat à condition qu'elles soient assorties de « garanties spéciales de procédure » ;
- que la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction, ou encore dans le cadre de la lutte contre certaines pratiques, notamment la lutte contre le blanchiment de capitaux, mais il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice ;
- qu'une visite domiciliaire s'accompagne d'une garantie spéciale de procédure lorsqu'elle est exécutée en présence du bâtonnier de l'ordre des avocats et que les observations de ce dernier quant à la préservation du secret professionnel à propos de documents saisis sont consignées dans le PV des opérations (arrêt André et autres c. France).

A ce jour,

- aucune décision n'est venue contester la conventionnalité du régime actuel des perquisitions en cabinet d'avocat, se pose cependant la question du respect du critère du contrôle efficace en l'absence de recours sur la décision du JLD ;
- la jurisprudence de la CEDH n'exige en aucun cas que les indices de commission de l'infraction résultent intrinsèquement des documents saisis
- elle se contente d'exiger des indices plausibles de commission d'une infraction par l'avocat.

En droit interne, la Cour de cassation rappelle que « si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction » (Cass. Crim. 4 octobre 2016, n°16-82.308).

Sur le plan procédural, une telle réforme reviendrait à rapprocher les exigences probatoires pour autoriser la perquisition de celles qui président à la mise en examen. Dans un certain nombre de cas, le juge d'instruction pourrait alors être dans l'obligation de procéder à la mise en examen avant même la perquisition, situation source de confusion dans le rapport logique et chronologique qui existe entre les actes d'investigation et le statut procédural accordé au mis en cause.

Une telle extension serait contraire à l'évolution du droit européen qui exige de cette profession de se plier à une obligation de transparence (cf. l'ordonnance du 12 février 2020 qui a transposé en droit français la 5e directive anti-blanchiment afin de renforcer les obligations des avocats en la matière, tout comme celles des ordres et des Carpa). Il est de même pour les activités judiciaires évaluées par le GAFI ou l'OCDE.

Sur un plan plus pratique, il existe un risque fort que des informations nécessaires à l'établissement de la vérité deviennent inaccessibles, à plus forte raison si les saisies sont circonscrites aux cas, très restrictifs, où le document visé aurait été établi dans le but de commettre une infraction.

Une telle réforme compromettrait la capacité de la justice à appréhender l'ensemble du processus décisionnel préalable à la réalisation par une entreprise, ayant eu recours à un cabinet d'avocat, d'un engagement contractuel ou d'un acte susceptible de caractériser une infraction pénale. Les différents avis rendus par les avocats en matière économique et financière n'ont pas vocation à caractériser la participation de leur auteur à la commission d'une infraction à laquelle ils peuvent d'ailleurs être étrangers (ex : mise en cause du dirigeant qui a confié les mesures de conformité et diligences à l'avocat).

Nous sommes donc favorables au maintien du droit positif et opposés à la subordination d'une telle perquisition à une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

II – Les écoutes téléphoniques

La jurisprudence de la CEDH sur les interceptions téléphoniques entre un avocat et son client est à cet égard très représentative du **souci de la Cour de garantir le secret professionnel tout en préservant la nécessité de lutter contre la criminalité.**

L'arrêt *Versini Campinchi et Crasnianski c. France* du 16 juin 2016, précise les règles et circonstances qui justifient la possibilité d'intercepter et retranscrire des écoutes téléphoniques.

En application de l'article 8 de la DEDH, une écoute téléphonique constitue une ingérence dans la vie privée de la personne écoutée et de son interlocuteur. Elle ne peut donc être admise que si :

- elle est « prévue par la loi »,
- dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de cette disposition
- et qu'elle est « nécessaire » « dans une société démocratique » pour les atteindre.

• Sur la prévisibilité par la loi

La CEDH a jugé à plusieurs reprises que « les articles 100 et suivants du code de procédure pénale répondaient à l'exigence de « qualité de la loi » dès lors qu'ils « pos[ai]ent des règles claires et détaillées et précis[ai]ent, a priori, avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré ».

L'arrêt *Versini Campinchi et Crasnianski c. France* du 16 juin 2016 est venu en effet préciser que :

- l'article 100 du CPP s'appliquait bien aux interceptions réalisées sur une ligne ouverte au nom du client
- s'agissant spécifiquement de propos tenus par un avocat au titulaire de la ligne mise sous écoute, la Cour de cassation avait déjà, à l'époque des faits de la cause, précisé que, par exception, une conversation entre un avocat et son client surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière pouvait être transcrite et versée au dossier de la procédure, lorsqu'il apparaissait que son contenu était de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction (Cass. crim., 8 novembre 2000, n°00-83570, Bulletin criminel 2000, n° 335). Cela vaut également lorsque ces faits sont étrangers à la saisine du juge d'instruction (Cass. Crim., 1er octobre 2003, n° 03-82909). La requérante, professionnelle du droit, pouvait, dans le contexte de l'espèce, prévoir que la ligne téléphonique de son client était susceptible d'être placée sous écoute sur le fondement de ces articles, que ceux des propos qu'elle lui tiendrait sur cette ligne qui seraient de nature à faire présumer sa participation à une infraction pourraient être enregistrés et transcrits malgré sa qualité d'avocate, et qu'elle risquait des poursuites pénales comme disciplinaires à raison de tels

propos.

• **Sur l'existence d'un but légitime**

L'affaire *Versini Campinchi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016 ayant eu lieu dans le cadre d'une procédure criminelle, l'interception, l'enregistrement et la transcription des communications téléphoniques entre un avocat et son client traduisant la commission d'infractions poursuivent l'un des buts légitimes énumérés par le second paragraphe de l'article 8 de la Convention : « **la défense de l'ordre** ».

• **Sur le caractère nécessaire dans une société démocratique de la mesure**

La notion de nécessité, au sens de l'article 8 de la Convention, implique l'existence d'un besoin social impérieux et, en particulier, la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi.

Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence au regard du but légitime poursuivi. Cette marge va cependant de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand celles-ci émanent d'une juridiction indépendante.

Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif, elle dépend, entre autres, du type de recours fourni par le droit interne.

Par conséquent, il y a lieu de rechercher si les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives sont aptes à limiter à ce qui est nécessaire dans une société démocratique l'ingérence résultant de la législation incriminée (voir, notamment, les arrêts, *Lambert* § 31, *Matheron* § 35, et *Pruteanu* § 48).

La Cour va donc s'attacher à vérifier en l'espèce si la requérante a disposé d'un « contrôle efficace » de l'interception, l'enregistrement et la transcription de la communication téléphonique qu'elle a eue avec son client.

Se pose aussi la question du poids à accorder dans **l'évaluation de la nécessité de la transcription de cette conversation au fait qu'elle communiquait ainsi en sa qualité d'avocate.**

Pour la Cour, le contrôle est efficace lorsque :

- la mesure d'interception est ordonnée par un magistrat et réalisée sous son contrôle, circonstance non déterminante mais à laquelle elle accorde une certaine importance ;
- l'avocat écouté est partie à la procédure à l'occasion de laquelle sont réalisées les écoutes, le contrôle réalisé par la chambre de l'instruction constitue « un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit et apte à **limiter l'ingérence litigieuse à ce qui [est] nécessaire dans une société démocratique** » (arrêt *Picard*). La chambre de l'instruction avait en l'espèce annulé une transcription de conversation au motif qu'elle se rapportait à l'exercice des droits de la défense du mis en examen et que son contenu comme sa nature n'étaient pas propres à faire présumer la participation de l'avocat à une infraction. Elle avait refusé d'annuler les autres conversations, jugeant que les propos tenus étaient de nature à révéler une infraction commise par l'avocat.

Sur le fait que l'intéressé communique avec son client en sa qualité d'avocat, **La CEDH a validé expressément (et à l'unanimité) le dispositif législatif français de protection des interceptions**

des conversations entre un avocat et son client, en ce que :

- la loi fait obstacle à la transcription de telles conversations, même lorsqu'elles ont été surprises à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière. Elle n'admet à cette règle qu'une seule exception : **la transcription est possible lorsqu'il est établi que le contenu d'une conversation ainsi surprise est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à des faits constitutifs d'une infraction** ;

- l'article 100-5 CPP interdit à peine de nullité la retranscription des correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ;

- « par exception, le secret professionnel des avocats, qui trouve son fondement dans le respect des droits de la défense du client, ne fait pas obstacle à la transcription d'un échange entre un avocat et son client dans le cadre de l'interception régulière de la ligne du second lorsque le contenu de cet échange est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à une infraction, et dans la mesure où cette transcription n'affecte pas les droits de la défense du client. » « La Cour réitère que ce qui importe avant tout dans ce contexte est que les droits de la défense du client ne soient pas altérés, c'est-à-dire que les propos ainsi transcrits ne soient pas utilisés contre lui dans la procédure dont il est l'objet. »

La Cour écarte expressément deux arguments :

- l'argument selon lequel **une ingérence dans une conversation entre un avocat et son client est en toutes circonstances contraire à l'article 8 de la Convention** dès lors que cela porterait atteinte au principe de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client et au principe de la protection spécifique du secret professionnel des avocats. La Cour indique au contraire que si ce principe est l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique, il n'est pas pour autant intangible et qu'il se décline avant tout en obligations à la charge des avocats (Michaud c. France arrêt du 6 décembre 2012 ; § 119) et que c'est dans la mission de défense dont ils sont chargés qu'il trouve son fondement (ibidem, § 118 et 128).

- l'argument selon lequel **une telle transcription pourrait avoir un effet dissuasif sur la liberté des échanges entre l'avocat et son client et donc sur la défense de ce dernier**. La Cour considère que cette thèse n'est pas défendable dès lors qu'il s'agit de propos tenus par l'avocat lui-même, susceptibles de caractériser un comportement illégal de celui-ci. Elle souligne à cet égard qu'un professionnel du droit tel qu'un avocat est particulièrement bien armé pour savoir où se trouvent les limites de la légalité et, notamment, pour réaliser le cas échéant que les propos qu'il tient à un client sont de nature à faire présumer qu'il a lui-même commis une infraction. Il en va d'autant plus ainsi lorsque ce sont ses propos eux-mêmes qui sont susceptibles de constituer une infraction, comme lorsqu'ils tendent à caractériser le délit de violation du secret professionnel prévu par l'article 226-13 du code pénal.

La CEDH a souligné dans sa jurisprudence Michaud c. France, que **si le secret professionnel des avocats a une grande importance** tant pour l'avocat et son client que pour le bon fonctionnement de la Justice et **s'il s'agit d'un des principes fondamentaux** sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique, **il n'est pas pour autant intangible**.

Par ailleurs, l'article 100-5 du code de procédure pénale établit expressément qu'à peine de nullité, les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ne peuvent être transcrites.

Le cadre juridique actuel d'interceptions des conversations entre un avocat et son client est donc conforme à la CEDH, car il permet à l'autorité judiciaire d'assurer un contrôle efficace de la mesure et qu'il réserve cette possibilité aux hypothèses dans lesquelles le contenu d'une conversation ainsi surprise est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à des faits constitutifs d'une infraction. Il n'est pas de nature à avoir un effet dissuasif sur les échanges avocat-

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

Avis collectif

client, la Cour rappelant qu'un professionnel du droit est à ce titre particulièrement bien armé pour savoir si les propos qu'il tient sont de nature à faire présumer qu'il a lui-même commis une infraction.

Il semble ainsi établi que ni la Cour de cassation, ni même la CEDH ne considèrent nécessaire de mettre en œuvre une protection aussi absolue ou radicale du secret des conversations entre un avocat et son client écoutées « incidemment ».

Elles exigent en revanche que ces conversations ne fassent pas l'objet d'une retranscription, sauf si elles révèlent une éventuelle infraction commise par l'avocat, imposant ainsi une protection effective du secret professionnel de l'avocat dans le contenu des pièces de procédures du dossier.

S'agissant de la question du secret professionnel, il a été débattu de l'utilité **d'un dispositif technique qui, comme ce serait peut-être le cas dans certains pays, recenserait (avec vérification par un organe de type CNB ou conférence des bâtonniers) tous les numéros des téléphones professionnels des avocats** et qui générerait automatiquement « une alerte » chaque fois qu'un tel numéro apparaît dans une écoute téléphonique.

Cela permettrait d'attirer spécifiquement l'attention des enquêteurs sur le fait que le correspondant du numéro initialement sous écoute est en relation avec celui d'un avocat et de nature à éviter des transcriptions intempestives de conversations entre un avocat et son client.

Certains membres de la commission souhaiteraient, que la conversation entre un numéro sous écoute et le numéro d'un avocat ainsi repéré dans la plate-forme, puisse automatiquement être « rendue inécoutable ». Cela permettrait, pour eux, de faire respecter de manière absolue le secret professionnel.

Cela ne permettrait en revanche plus de mettre à jour, dans certaines hypothèses, des indices apparents d'une infraction commise par un avocat.

Il paraît utile avant tout d'expertiser la faisabilité technique du référencement des coordonnées téléphoniques de l'avocat sur une telle plateforme permettant d'assurer un strict respect du secret professionnel.

A défaut, l'enquêteur devra informer sans délai l'autorité judiciaire mandante qui pourra y mettre fin immédiatement. Enfin, dans l'hypothèse où l'enregistrement de l'écoute aurait eu lieu, saisine par l'autorité judiciaire mandante du juge des libertés et de la détention aux fins de vérifier si la conversation s'inscrit dans le cadre d'une relation entre un avocat et un client dont il assure la défense des intérêts.

Cela reviendrait à soumettre l'analyse d'une éventuelle infraction révélée par l'écoute et la nécessité subséquente de la retranscrire en procédure à une garantie supplémentaire, en l'occurrence la décision d'un magistrat du siège.

Si tel est le cas, le juge des libertés et de la détention n'autoriserait pas la retranscription et fera procéder immédiatement à la destruction de l'enregistrement. S'agissant des écoutes téléphoniques de la ligne d'un avocat, nous ne sommes pas opposés à conditionner l'autorisation d'une telle interception à l'existence de « raisons plausibles qu'il ait participé à la commission d'une infraction ». Il s'agirait en effet de la transposition dans la loi de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

Commission droits de la défense pendant l'enquête préliminaire
Avis collectif

Pour le groupe
Vincent Lesclous
Procureur Général
près la Cour d'appel de Bordeaux

Commission relative aux droits de la défense pendant l'enquête et au secret professionnel de l'avocat

Synthèse de l'avis des 8 membres suivants : Justine AUBRIOT Vice-présidente chargée des fonctions de JLD à LYON, Thierry AZEMA président de la chambre de l'instruction à Grenoble, Général Bruno BRESSON, inspection générale de la gendarmerie nationale, Nicolas JACQUET procureur de la République à Lyon, Vincent LESCLOUS, procureur général à Bordeaux, Eric MATHAIS, procureur de la République à Dijon, Dominique PUECHMAILLE procureur de la République à Evreux, Christian SAINTE, Directeur de la police judiciaire à la préfecture de police de Paris.

I - L'encadrement de l'enquête préliminaire

I-A : Quatre constats : la masse, le manque de moyens, la complexité procédurale mais également la nécessité d'un contrôle et d'une ouverture progressive au contradictoire

1- Une masse d'enquêtes préliminaires en cours supérieure à 3 millions. La très grande majorité des enquêtes (87% en police, 82,47% en gendarmerie) est traitée dans l'année. **La durée de traitement des enquêtes s'allonge**, fruit du manque de moyens, de la complexité procédurale et, pour 2020, des contraintes liées à la pandémie. La part des enquêtes de plus de 3 années atteint ainsi aujourd'hui 3,2% du stock des enquêtes police (soit 49.858 procédures) et 1,8% des enquêtes gendarmerie (soit 9.480 procédures).

2- Un manque de moyens tant humains qu'informatiques ou matériels. Cette réalité première interdit une gestion de la masse par les services d'enquête ou par les parquets qui restent à l'heure actuelle dans l'ignorance de beaucoup des enquêtes en cours et ne disposent pas des moyens d'en assurer le suivi et le contrôle effectif.

3- Une procédure trop complexe, formalisée à l'extrême, qui imposerait des choix clairs de système, un rééquilibrage du rôle des acteurs et un investissement dans des systèmes de gestion et d'aide à l'analyse et à la rédaction.

4- Une ouverture partielle au contradictoire et un encadrement de durée déjà en partie réalisés. Il en va notamment ainsi pour la garde à vue, les perquisitions et saisies

I-B : Quatre principes : admettre un contrôle de durée et organiser une ouverture progressive au contradictoire, mais respecter l'équilibre et l'organisation actuelle de notre procédure pénale.

1- Admettre un contrôle de durée et une ouverture progressive au contradictoire

Prendre acte d'une évolution vers une mise en état par le parquet comme le préfigure le parquet européen. Limiter la durée et organiser un contradictoire.

Mais :

2- Ne pas remettre en cause l'efficacité et le secret de l'enquête

- Ne pas aggraver les charges des services et des parquets;
- Procéder à étude du coût des innovations proposées et attribuer les moyens nécessaires
- Ne pas aligner le régime de l'enquête sur celui de l'instruction.

3- Ne pas remettre en cause le principe d'opportunité des enquêtes et des poursuites et de séparation des fonctions de poursuite et de jugement (Cf. développements approfondis sur ce point capital dans l'avis définitif)

- Ne pas confier au JLD, qui n'est pas un juge de l'enquête et n'en a pas les moyens, le contrôle de l'encadrement de la durée qui déboucherait nécessairement sur un contrôle de proportionnalité et donc d'opportunité.

- Un tel changement obligerait à reconsidérer l'ensemble de l'édifice parquet, JLD, instruction. Il remettrait en cause le principe d'opportunité sur lequel le ministère public a, par exemple, basé toute la 3^o voie, aujourd'hui indispensable mais aussi une graduation de la poursuite pénale.

4- Continuer à apprécier la garantie du procès équitable sur toute la procédure

L'enquête reste une phase préparatoire du procès qui doit préserver l'efficacité de l'enquête et dont le caractère équitable doit continuer à être apprécié par la juridiction de jugement.

I-C : Une proposition sur le contrôle de la durée et l'ouverture progressive au contradictoire qui tient compte de la masse, de l'absence de moyens et de la nécessité de préserver l'efficacité de l'enquête.

● Durée et contradictoire

◦ L'encadrement de la durée

Encadrer l'ensemble des enquêtes préliminaires dans un délai de trois ans (partant impérativement du premier acte d'enquête) prolongeable une fois pour un an par le procureur sur demande de l'OPJ.

A l'issue, le dossier devrait être retourné au procureur qui devrait y donner suite (ouverture d'information, poursuite alternative aux poursuites, classement).

◦ Le contradictoire

- Facultatif

Le mis en cause pourrait demander **l'accès à son dossier à l'issue d'un délai d'un an après son audition**. Le procureur aurait l'obligation de répondre pour accepter, totalement ou partiellement, ou refuser et indiquer une date prévisionnelle d'ouverture au contradictoire.

A défaut de réponse et en cas de refus, l'intéressé pourrait porter, au bout d'un délai de deux mois, sa **demande devant le procureur général par un recours gracieux**.

L'audition est le seul point de départ possible du délai du contradictoire à l'exclusion de la perquisition et de la mise en cause médiatique.

La perquisition ne permet en effet pas de conférer le statut de mis en cause, ce d'autant que la perquisition n'est pas nécessairement conduite au domicile d'un suspect. En outre, elle est déjà susceptible d'être contestée (art.802-2 CPP), de même que la saisie (art. 41-4 CPP).

La médiatisation, qu'il est impossible de définir juridiquement en tant qu'acte, ne saurait déclencher le contradictoire. Ce dernier ne serait alors que la conséquence d'un événement purement factuel, impossible à anticiper et susceptible de toutes les manipulations. La médiatisation orchestrée par tel ou tel acteur serait en réalité un moyen pour tenter de déposséder le ministère public de la maîtrise de l'enquête.

- *Obligatoire*

Au bout d'un deuxième délai d'un an, après l'audition l'accès au dossier serait de droit sur demande adressée au procureur.

● **Exclusions**

Doivent être exclues les infractions de terrorisme et de criminalité organisée dont les enjeux et la complexité le justifient .

● **Mise en état en fin d'enquête**

Le procureur pourrait avant poursuite, déclencher un contradictoire permettant de nouer un contentieux en nullité devant le président de la chambre de l'instruction et d'envisager des demandes d'actes préalables à l'audience

● **Application dans le temps**

Sauf à entraîner une paralysie du système, les évolutions préconisées ne pourraient s'appliquer qu'aux enquêtes nées après l'entrée en vigueur de la loi, ce qui devrait être précisé dans cette dernière.

Schéma sommaire du dispositif envisagé

- **Pour toutes les infractions (hors terrorisme et criminalité organisée)**
 - 3 ans a/c du premier acte enquête
 - A ce terme
 - Transmission enquête achevée
 - Ou nécessité autorisation de prolongation pour 1 an par le Pr
 - A issue (4 ans max) classement, 3^{ème} voie ou poursuite (citation ou ouverture info)
 - Exception possible par décision écrite du procureur, notamment toujours possibilité de reprendre enquête après classement dans la limite de la prescription
- **Aménagement progressif du contradictoire**
 - à partir d'un délai partant de l'audition libre ou de la GAV (77-2 modifié)
 - **Délai 1 an après GAV ou audition libre**
 - Demande accès au dossier possible
 - Supprimer les conditions d'ouverture au contradictoire :
 - Le fait que l'enquête paraisse terminée au procureur
 - Le fait que le procureur envisage d'engager des poursuites
 - Le procureur doit répondre sous 2 mois et doit indiquer les délais prévisibles d'achèvement de l'enquête ou d'ouverture au contradictoire dans délais maximum d'1 an
 - Recours possible au PG ;
 - Si PG accepte, délais de 2 mois pour mettre à disposition le dossier
 - Possibilité de retirer certaines pièces pour préserver enquête
 - **Dans tous les cas, communication du dossier de droit au terme d'un nouveau délai d'1 an (24 mois max après GAV ou audition)**

II - le secret professionnel des avocats

Il convient d'éviter un privilège global de profession que rien ne justifie. Le secret professionnel n'est pas absolu. Il existe des impératifs d'ordre public qui lui sont supérieurs. S'agissant des écoutes téléphoniques et des perquisitions, les règles actuellement applicables sont déjà très protectrices et validées notamment par la CEDH. En ce qui concerne les perquisitions, elles sont peu nombreuses et interviennent surtout à Paris.

Néanmoins, plusieurs propositions d'évolution évoquées au cours des débats ont fait consensus :

- compléter l'article préliminaire du code de procédure pénale pour prévoir le respect du secret professionnel de l'avocat ;
- perquisitions et contentieux des éléments saisis dans les locaux d'avocats : prévoir la possibilité d'un recours à l'encontre de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ;
- conditionner l'autorisation d'une interception téléphonique de la ligne d'un avocat à l'existence de « raisons plausibles qu'il ait participé à la commission d'une infraction ». Il s'agit en effet de la transposition dans la loi de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation ;
- confier au JLD l'autorisation d'interception de la ligne téléphonique d'un avocat, quel que soit le cadre d'enquête ;
- étendre aux réquisitions de fadettes le régime des interceptions téléphoniques.

Au delà, soumettre l'autorisation de perquisition en cabinet d'avocat à l'existence d'indices préexistants qui devraient être appréciés de manière intrinsèque dans les documents de la procédure n'est ni conforme à l'état de la jurisprudence ni procéduralement et factuellement logique. Nous sommes donc favorables au maintien du droit positif et opposés à la subordination d'une telle perquisition à une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Le cadre juridique actuel d'interceptions des conversations entre un avocat et son client, y compris les « écoutes incidentes » d'une conversation entre un client « sous écoute » et son avocat, est conforme à la CEDH, car il permet à l'autorité judiciaire d'assurer un contrôle efficace de la mesure et réserve cette possibilité aux hypothèses dans lesquelles le contenu d'une conversation ainsi surprise est de nature à faire présumer la participation de l'avocat lui-même à des faits constitutifs d'une infraction. Il n'est pas de nature à avoir un effet dissuasif sur les échanges avocat-client, la Cour rappelant qu'un professionnel du droit est à ce titre particulièrement bien armé pour savoir si les propos qu'il tient sont de nature à faire présumer qu'il a lui-même commis une infraction.

Il a été débattu de l'utilité d'un dispositif technique qui, comme ce serait peut-être le cas dans certains pays, recenserait tous les numéros des téléphones professionnels des avocats. Il paraît avant tout utile d'expertiser la faisabilité technique du référencement des coordonnées téléphoniques de l'avocat sur une telle plateforme, permettant d'assurer un strict respect du secret professionnel. Dans l'hypothèse où l'enregistrement de l'écoute aurait eu lieu, l'autorité judiciaire mandante saisirait le juge des libertés et de la détention aux fins de vérifier si la conversation s'inscrit dans le cadre d'une relation entre un avocat et un client dont il assure la défense des intérêts. Cela permettrait de soumettre

l'analyse d'une éventuelle infraction révélée par l'écoute et la nécessité subséquente de la retranscrire en procédure, à une garantie supplémentaire, en l'occurrence la décision d'un magistrat du siège.

Pour le groupe
Vincent Lesclous
Procureur Général
près la Cour d'appel de Bordeaux

Commission relative aux droits de la défense dans l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat

Observations de Jacqueline LAFFONT-HAIK, Benoît LELIEUR, Vincent NIORE, Charlotte PIENONZEK et Hervé TEMIME, avocats, membres de la Commission

La réflexion confiée à la Commission est essentielle au regard de l'extension des pouvoirs du parquet de son domaine d'intervention au cours des deux dernières décennies, sans que cette évolution n'ait été accompagnée de garanties procédurales suffisantes en termes de protection des droits de la défense. Ce déséquilibre avait déjà été souligné par le *Rapport sur la procédure pénale* de juillet 2014, dit rapport Beaume.

En complément du pré-rapport circulé le 28 janvier 2021, les auteurs de la présente contribution souhaitent développer un certain nombre de propositions qui n'y figurent pas à ce stade.

1. Sur la durée de l'enquête préliminaire : instauration d'un délai butoir

En l'état actuel, le pré-rapport ne fait pas état de la proposition d'instauration d'un délai butoir, mais opte plutôt pour un « *dispositif progressif et cohérent d'encadrement de la durée des enquêtes par un contrôle du juge des libertés et de la détention ou du parquet général* ».

En premier lieu, les auteurs de la présente contribution renouvellent leur attachement à un contrôle de la durée de l'enquête qui serait confié au juge des libertés et de la détention et non au procureur général.

En second lieu, si ce dispositif progressif constitue naturellement une piste de réflexion intéressante, il semblerait indiqué que le pré-rapport fasse également état de la proposition, formulée à plusieurs reprises lors des discussions de la Commission, relative à l'instauration d'un délai butoir.

Ce délai butoir pourrait être fixé, ainsi que certaines des personnalités auditionnées ont pu le suggérer, à deux ans. A cet égard, il semble utile de relever que, selon les témoignages recueillis au cours des auditions réalisées par la Commission, l'immense majorité des enquêtes dure moins de deux ans. Dans ces conditions, l'instauration d'un tel délai ne viendrait pas bouleverser l'équilibre et l'efficacité des enquêtes menées à l'heure actuelle, mais simplement prévenir la prolongation de certaines procédures s'étalant sur des durées pouvant sembler excessives.

A l'expiration de ce délai butoir de deux ans, plusieurs possibilités seraient ouvertes :

- l'engagement de poursuites si les éléments réunis le justifient ;
- le classement sans suite si le délai de deux ans n'a pas suffi à réunir des éléments justifiant l'engagement de poursuites ;
- l'ouverture d'une information judiciaire ;
- la prolongation d'un an dûment motivée, sur le fondement de motifs limitativement énumérés par la loi qui pourraient inclure notamment (i) la durée d'exécution de

certaines réquisitions, (ii) la réalisation d'actes d'investigation à l'étranger, (iii) la complexité particulière de l'affaire, notamment dans le cas de la criminalité organisée (à définir et circonscrire).

Il pourrait être envisagé de ne pas appliquer ce délai butoir aux affaires de terrorisme.

Les auteurs de la présente contribution considèrent (à l'instar de certaines personnalités auditionnées) que le contrôle de la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions par le ministère public (et en particulier des décisions motivées de prolongation) devrait revenir au juge des libertés et de la détention, le contrôle par le procureur général pouvant soulever des difficultés inhérentes à son statut ainsi notamment qu'aux dispositions de l'article 36 du code de procédure pénale.

Un tel contrôle par le juge des libertés et de la détention pourrait prendre la forme, soit d'un contrôle *a priori* (prolongation autorisée par le JLD sur requête du ministère public), soit d'un contrôle *a posteriori* (recours devant JLD).

Ce contrôle n'aurait pas pour objet de porter une appréciation sur l'opportunité de conduire tel ou tel acte d'enquête, mais bien d'apprécier - au regard notamment de la durée de l'enquête, du caractère coercitif ou intrusif des actes intervenus et des charges qui pèsent sur la personne visée - si la continuation de l'enquête sous la forme préliminaire est conforme au principe de proportionnalité et au respect des droits de la défense.

2. Sur l'accès au dossier en enquête préliminaire

Le pré-rapport explique qu'il pourrait être envisagé de compléter l'article 77-2 du code de procédure pénale en prévoyant l'accès au dossier à l'issue de la réalisation d'autres actes de la procédure que les seules auditions.

Il envisage par ailleurs que le délai d'ouverture du droit d'accès au dossier soit réduit d'un an à neuf mois.

Ces deux propositions semblent bienvenues mais insuffisantes. Elles pourraient être complétées afin de prévoir que le délai d'accès au dossier soit défini en fonction de la nature de l'acte le faisant courir. Ainsi, il pourrait être envisagé un droit d'accès au dossier à l'issue d'une période de six mois après audition, neuf mois après perquisition, etc.

Il semble par ailleurs nécessaire qu'une réflexion soit organisée autour de l'instauration d'une voie de recours contre les décisions de refus de communication de dossier.

3. Sur la protection du secret professionnel et des droits de la défense

❖ Identifier les problématiques existantes

A ce stade, le pré-rapport ne fait état de problématiques existantes en l'état du droit actuel qu'au sujet de l'enquête préliminaire. Il paraît nécessaire que le même exercice soit réalisé en ce qui concerne la protection du secret professionnel.

A cette fin, il conviendrait de traiter à la fois les difficultés rencontrées en matière d'encadrement des fadettes d'avocat et en matière d'écoute incidentes.

En ce qui concerne les **fadettes**, en l'état actuel du droit, aucune disposition n'encadre les réquisitions adressées aux opérateurs de téléphonies et portant sur les factures détaillées des avocats (fadettes).

Les enquêteurs peuvent donc adresser des réquisitions aux opérateurs de téléphonie et obtenir la liste des correspondants et donc des clients d'un avocat, voire même leurs lieux de rendez-vous, ce qui porte une atteinte évidente au secret professionnel des avocats.

De l'avis d'une large majorité des membres de la Commission comme des intervenants, une modification législative apparaît nécessaire, comme l'a d'ailleurs déjà préconisé la *Mission relative à l'avenir de la profession d'avocat* présidée par Monsieur Dominique PERBEN et dont le rapport a été remis à Monsieur le Garde des Sceaux en juillet 2020.

De même, aucune disposition n'encadre, en l'état actuel du droit, les **écoutes incidentes d'avocats** dites écoutes par « ricochet » (c'est-à-dire l'écoute de conversations échangées entre un avocat et un client dont la ligne fait l'objet d'une interception judiciaire).

En se bornant à interdire la « retranscription » de telles conversations, l'article 100-5 du Code de procédure pénale laisse la possibilité aux enquêteurs et aux magistrats de les intercepter et d'en prendre connaissance.

Les auteurs de la présente contribution rappellent que le fait d'écouter des conversations échangées entre un client et son avocat (avocat à l'encontre duquel il n'existe aucun soupçon de participation à une infraction) constitue à lui seul - et même en l'absence de retranscription - une violation caractérisée du secret professionnel et des droits de la défense que la loi doit impérativement prohiber.

Un renforcement du dispositif législatif relatif à la protection du secret professionnel s'impose donc, *a fortiori* au regard du volume considérable d'écoutes téléphoniques judiciaires et de la mise en place de la Plateforme nationale des interceptions judiciaires (PNIJ), qui permet désormais aux enquêteurs, magistrats instructeurs et magistrats du parquet d'avoir directement accès aux conversations interceptées depuis la plateforme et de pouvoir les consulter en direct (articles R 40-43 et R 40-47 du CPP).

La nécessité d'un dispositif de protection renforcée est une préoccupation ancienne : ainsi, en 2014, Madame Christiane TAUBIRA, Garde des Sceaux, avait confirmé son « *accord de principe et la constitution d'un groupe de travail* »¹ consacré aux écoutes téléphoniques et au secret professionnel, avant de réaffirmer que la législation devait évoluer et qu'il était possible « *d'apporter des garanties procédurales supplémentaires* »².

❖ Compléter le pré-rapport sur la question des écoutes incidentes

Concernant les pistes de réforme, le pré-rapport se borne à traiter la question des fadettes d'avocat sans aborder celle, cruciale, des écoutes incidentes.

Au vu des problématiques rappelées ci-avant, et dans la mesure où le respect des droits de la défense et du secret professionnel nécessite d'interdire toute écoute incidente d'une conversation entre un client et son avocat, les auteurs de la présente contribution estiment qu'une réforme devrait inscrire dans le code de procédure pénale le principe selon lequel aucune conversation entre un client et son avocat ne doit être écoutée, à peine de nullité, sauf dans le cas où auraient été préalablement constatés des indices de participation de l'avocat à une infraction.

En pratique, cela signifie qu'une écoute devra être immédiatement interrompue dès que l'interlocuteur est identifié comme étant l'avocat du client écouté.

¹ https://www.lemonde.fr/idees/article/2014/04/24/madame-taubira-il-faut-passer-aux-actes-pour-un-contrôle-des-écoutes-téléphoniques_4406037_3232.html

² <http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/archives-2014-c-taubira-12870/ceremonie-de-rentree-du-barreau-de-paris-30252.html>

A cette fin, il est nécessaire de réfléchir à la mise en place d'un système capable d'exclure automatiquement de la surveillance les communications entre un client et son avocat. Un tel dispositif technique pourrait consister par exemple en une plateforme (qui pourrait être la PNIJ) recensant les numéros de téléphone des avocats et dotée d'un système qui interromprait automatiquement l'interception et l'écoute de la conversation protégée.

Monsieur le Bâtonnier Dominique MATTEI
98 rue Grignan
13 001 MARSEILLE

Paris, le 17 décembre 2020

Objet : Commission sur le renforcement des droits de la défense et sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat durant l'enquête pénale avec exploration du rôle du Bâtonnier en contestation des mesures intrusives :

Monsieur le Président,

Je fais suite au courriel de Madame BOTTINEAU du 15 décembre et vous prie de trouver ci-joint la liste des membres composant la commission complétée par mon numéro de téléphone portable afin de pouvoir pleinement échanger.

Je vous remercie également de votre courriel de ce jour.

Je tenais simplement à préciser que s'agissant de la liste des personnalités et organismes identifiés pour être consultés, j'observe que n'y figure pas le Barreau de Paris mais vous évoquez son audition dans votre courriel du 14 décembre et j'ai pris bonne note que cette liste sera établie de manière contradictoire.

Sur ce point, j'ai proposé par mon courriel du 7 décembre une liste de magistrats et d'avocats qui ont été pour la plupart des acteurs de la matière des perquisitions au domicile et en cabinet d'avocats, et de leur contestation.

Aucun de ces noms n'apparaît dans ce projet de liste.

Vincent NIORÉ

Avocat à la Cour
vincent.niore@niore-avocats.fr
www.niore-avocats.fr
Siret n° 412 996 332 00109 - N° TVA Intracommunautaire FR 54 412 996 332

En collaboration avec :

Julia NIORÉ

Avocat à la Cour
julia.niore@niore-avocats.fr
Siret n° 798 399 119 00055

43 rue de Courcelles – 75008 PARIS
Directe : +33 1 86 95 05 39
Mobile : +33 6 60 40 85 12
Fax : +33 1 86 95 05 40
Toque A757

Membre d'une association agréée, le règlement des honoraires par chèque est accepté.

Enfin, vous évoquez dans votre courrier s'agissant de l'enquête préliminaire que « le Garde des Sceaux a souligné la nécessité que les équilibres de l'enquête réservent « un temps d'avance » aux enquêteurs ».

Pardon de vous indiquer, sauf erreur de ma part, que je ne retrouve pas cette précision dans la lettre du Garde des Sceaux du 12 octobre 2020 définissant la mission de la commission « **relative aux droits de la défense et au secret professionnel de l'avocat afin d'examiner les avancées procédurales qui seraient de nature à renforcer l'exercice des droits de la défense durant l'enquête pénale** » et formant le vœu de recevoir des « *recommandations et propositions* » des membres de la commission au contradictoire de chacun de ses membres.

Dans l'attente du plaisir de nous réunir, je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes sentiments bien dévoués et les meilleurs.

Vincent NIORE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'V. NIORE', written in a cursive style.

Monsieur le Bâtonnier Dominique MATTEI
98 rue Grignan
13 001 MARSEILLE

Paris, le 21 janvier 2021

Objet : Commission sur le renforcement des droits de la défense et sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat durant l'enquête pénale avec exploration du rôle du Bâtonnier en contestation des mesures intrusives :

Monsieur le Président,

Je crois utile de revenir sur nos débats après les différentes auditions pratiquées jusqu'à ce jour pour notamment réitérer une opinion personnelle sur le rôle du JLD en matière d'enquête préliminaire en général et en matière de perquisition en particulier.

Comme je l'ai déjà exprimé par mon courrier du 7 décembre 2020, la perquisition, par sa nature intrusive, génère systématiquement une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD que le rapport sur la procédure pénale « Jacques BEAUME » (page 84, juillet 2014) définit comme « **le juge de la loyauté et de la régularité de l'enquête, à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause** ».

L'article 56-1 du Code de procédure pénale reconnaît au Bâtonnier le pouvoir de contester une saisie s'il estime ladite saisie « irrégulière ».

C'est donc bien le contentieux de la « régularité » ou de « l'irrégularité » de la saisie qui est déféré au JLD, juge de cette contestation, en cette matière.

De plus, l'article 802-2 du CPP issu de la loi de réforme 2019-22 du 23 mars 2019 fait du JLD le juge de « l'annulation » de la mesure de perquisition.

Cet article dispose que « *Toute personne ayant fait l'objet d'une perquisition ou d'une visite domiciliaire en application des dispositions du présent code et qui n'a pas été poursuivie devant une juridiction d'instruction ou de jugement au plus tôt six mois après l'accomplissement de cet acte peut, dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de cette mesure, saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande tendant à son annulation.*

Vincent NIORE

Avocat à la Cour
vincent.niore@niore-avocats.fr
www.niore-avocats.fr
Siret n° 412 996 332 00109 - N° TVA Intracommunautaire FR 54 412 996 332

En collaboration avec :

Julia NIORE

Avocat à la Cour
julia.niore@niore-avocats.fr
Siret n° 798 399 119 00055

43 rue de Courcelles – 75008 PARIS
Directe : +33 1 86 95 05 39
Mobile : +33 6 60 40 85 12
Fax : +33 1 86 95 05 40
Toque A757

Membre d'une association agréée, le règlement des honoraires par chèque est accepté.

La requête est formée par déclaration au greffe de la juridiction où la procédure a été menée ou, à défaut, de la juridiction dans le ressort de laquelle la mesure a été réalisée. Dans le second cas, elle est transmise sans délai à la juridiction ayant suivi la procédure. Elle n'a aucun effet suspensif sur l'enquête ou l'instruction en cours.

Le juge statue, dans le mois suivant la réception de la requête, après avoir recueilli les observations écrites du procureur de la République, du requérant et, le cas échéant, de son avocat. Si les nécessités de l'enquête le justifient, le procureur de la République peut, par réquisitions écrites, demander au juge des libertés et de la détention de se prononcer dans un délai de huit jours. Le juge statue par une ordonnance motivée susceptible d'appel, dans un délai de dix jours à compter de sa notification, devant le président de la chambre de l'instruction.

Si la perquisition est intervenue à l'occasion d'une procédure pour laquelle des poursuites ont été engagées à l'encontre d'autres personnes que celle ayant formé la demande d'annulation, celle-ci est transmise par le juge des libertés et de la détention soit au président de la chambre de l'instruction lorsqu'une instruction est en cours, soit au président de la juridiction de jugement lorsque celle-ci est saisie.

Dans le cadre des recours examinés conformément aux troisième et avant-dernier alinéas, le requérant ne peut prétendre qu'à la mise à disposition des seules pièces de la procédure se rapportant à la perquisition qu'il conteste ».

Le JLD devient donc l'organe majeur du contrôle de l'enquête.

En outre, le rapport Perben en son chapitre 13 comporte une série d'innovations quant à l'intervention du JLD en amont en matière de protection du secret professionnel des avocats, qu'il s'agisse de la captation de factures détaillées de téléphonie « fadettes », d'interceptions de communications électroniques ou encore de perquisitions dans les cabinets d'avocats. Ces propositions doivent être consacrées sur un plan législatif mais devront subir des adaptations car une décision de perquisition ne peut pas être prise par le JLD lui-même qui ne peut qu'autoriser en amont le magistrat intrusif à perquisitionner et non pas se substituer à lui pour la prise de décision de perquisition tout simplement parce qu'il est *in fine* le juge de la contestation de la mesure par le Bâtonnier.

Le rapport Perben préconise aussi de conférer au Bâtonnier également la possibilité de déposer une requête en annulation à propos des perquisitions chez les avocats.

L'évolution législative et doctrinale s'oriente désormais dans le sens de l'accroissement des pouvoirs du JLD en matière d'enquête.

D'ailleurs, l'un des magistrats auditionnés dans l'après-midi du 20 janvier a expressément déclaré qu'il y a « *une véritable préoccupation de la Chambre criminelle que le JLD ne soit pas un juge alibi* ».

En revanche, nous ne constatons rien de tel pour ce qui concerne les pouvoirs du Procureur général sinon qu'il s'agit simplement de porter devant lui un recours gracieux après classement sans suite étant précisé que la question des perquisitions chez les avocats étant revenue à plusieurs reprises dans nos débats, je rappelle que le Procureur général est aussi autorité de poursuite en matière disciplinaire contre les avocats (certes, également le Bâtonnier qui cependant en perquisition est un protecteur des droits de la défense comme le juge la Chambre criminelle).

Enfin, s'agissant du recours contre l'ordonnance du JLD prévu à l'article 56-1 du CPP, force est de constater que cette ordonnance « *motivée* » est **insusceptible de recours** et ce, en violation caractérisée des dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui prévoient le droit à un « *recours effectif* » : « **Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles** ».

Cette ordonnance pourrait être frappée d'appel et une réforme du texte s'impose sur ce point.

En tout état de cause, cette ordonnance est déjà susceptible d'un recours en excès de pouvoir qu'il faudrait intégrer au texte de l'article 56-1 du CPP.

En effet, cette solution a été confirmée par arrêt du 8 juillet 2020 (n°19-85491) dans les termes suivants sur le recours en excès de pouvoir de l'avocat perquisitionné contre l'ordonnance de validation des saisies du JLD : « Il résulte des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 56-1 du code de procédure pénale que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées, par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, qu'à la suite d'une décision écrite et motivée prise par le magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué. L'absence dans la décision des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi d'une contestation, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné. Excède en conséquence ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui ordonne le versement au dossier de l'information de documents saisis au cours de cette perquisition irrégulièrement menée ».

Ainsi, le raisonnement arbitraire du magistrat qui perquisitionne conditionne l'excès de pouvoir du JLD.

Telles sont les réflexions que je tenais à formuler dans le cadre de nos débats et que je sou mets bien évidemment à la contradiction des autres membres de la commission.

Enfin, en ce qui concerne la sanction de la durée de l'enquête évoquée au cours des débats, je me permets de vous joindre la copie du jugement de la 15^{ème} Chambre du tribunal correctionnel de Nanterre du 11 janvier 2021 (frappé d'appel par le Ministère public) dont il a été fait état et qui annule les actes d'enquête et d'information judiciaire soit l'entière procédure ayant conduit au renvoi de prévenus devant le tribunal comme une sanction effective de la violation du droit à un procès équitable et du strict respect du contradictoire, principe de nature constitutionnel protégé par l'article 16 de Déclaration de 1789.

Il me serait agréable que cette lettre, comme d'ailleurs mes lettres des 7 décembre, 14 décembre et 17 décembre 2020 figurent en annexe du rapport que la commission déposera.

Dans l'attente du plaisir de nous réunir, je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes sentiments bien dévoués et les meilleurs.

Vincent NIORE



PJ

Monsieur le Bâtonnier Dominique MATTEI
98 rue Grignan
13 001 MARSEILLE

Paris, le 14 décembre 2020

Objet : Commission sur le renforcement des droits de la défense et sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat durant l'enquête pénale avec exploration du rôle du Bâtonnier en contestation des mesures intrusives :

Monsieur le Président,

En complément de mon courrier du 7 décembre dernier et à propos de l'encadrement de l'enquête, je me permets de vous suggérer d'entendre notre confrère de Strasbourg Grégory THUAN Dit DIEUDONNÉ, ancien Référendaire à la Cour européenne des droits de l'homme (2002-2010), ancien secrétaire adjoint de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (2010), Président de la commission droits de l'homme de l'Union des avocats européens.

En effet, dans le cadre des travaux de la commission, j'ai pris la liberté de le consulter afin de formuler des propositions soumises à l'avis de la commission, comme pour les précédentes propositions que je vous ai adressées.

Il est clair qu'en ce qui concerne ce qui pourrait être considéré comme une durée raisonnable d'une enquête préliminaire sous peine de nullité, il faut craindre qu'il n'y ait pas de réponse toute faite car tout dépend :

- du degré de suspicion pesant sur la personne concernée,
- des circonstances particulières de chaque espèce.

Vincent NIORE

Avocat à la Cour
vincent.niore@niore-avocats.fr
www.niore-avocats.fr
Siret n° 412 996 332 00109 - N° TVA Intracommunautaire FR 54 412 996 332

43 rue de Courcelles – 75008 PARIS
Directe : +33 1 86 95 05 39
Mobile : +33 6 60 40 85 12
Fax : +33 1 86 95 05 40
Toque A757

En collaboration avec :

Julia NIORE

Avocat à la Cour
julia.niore@niore-avocats.fr
Siret n°798 399 119 00055

Membre d'une association agréée, le règlement des honoraires par chèque est accepté.

Toutefois, il me fait observer que compte tenu de la loi du 3 juin 2016 qui est venue instiller une dose de contradictoire uniquement pour le gardé à vue et celui auditionné librement, et qui fixe un délai d'un an après lequel ceux-ci peuvent faire une demande d'accès au dossier et formuler des observations/demandes d'actes (à la seule condition cependant que le PR envisage de les poursuivre), il est raisonnable de penser qu'un délai de deux ans est amplement suffisant pour soit terminer l'enquête préliminaire soit basculer en information judiciaire.

Certes, ce nouvel article 77-2 avait pour objectif d'ouvrir une phase contradictoire à l'issue des enquêtes d'une certaine durée, avant que le procureur de la République ne prenne sa décision sur l'action publique, mais il ne résout pas les difficultés résultant d'enquêtes préliminaires excessivement longues, notamment lorsque le mis en cause n'a fait l'objet ni d'une mesure de garde à vue, ni d'une audition libre.

Jusqu'à l'Union Syndicale des Magistrats (USM) qui souligne, sous la plume de son secrétaire général adjoint en septembre 2016, après l'adoption de cette nouvelle loi, qu'il y a au moins une situation qui justifie une évolution de la procédure : celle des enquêtes préliminaires longues, dont l'exécution s'étend parfois sur plusieurs années. L'USM défend la position selon laquelle les excès, notamment lorsque les procédures préliminaires s'éternisent sans justification légitime, doivent être combattus.

L'USM pointe ainsi les griefs qui sont au cœur de la présente réflexion en ces termes : « Comment s'assurer que cette durée ne va pas, au final, empêcher la tenue d'un procès équitable ? Est-il par exemple légitime et équitable de ne permettre des demandes d'actes qu'après des années d'enquête non contradictoire, au risque que ce délai rende matériellement impossible l'exécution des actes envisagés par la défense ? N'y a-t-il pas, par ailleurs, un risque dans certaines affaires à connotation économique et financière ou politique que le Parquet, dont l'insuffisance du statut n'est plus à rappeler, soit soupçonné de faire durer artificiellement de telles enquêtes ? (sic) »¹.

C'est pourquoi, il me paraît opportun d'intégrer dans le présent texte les observations de notre confrère qui suivent.

A/ Sur l'article 6§1 combiné avec l'article 6 §3 de la Convention :

a. Applicabilité de l'article 6 sous son volet pénal :

La Cour rappelle que les garanties offertes par l'article 6 § 1 et 6 § 3 de la Convention s'appliquent à tout « accusé » au sens autonome que revêt ce terme sur le terrain de la Convention.

Selon la jurisprudence de la Cour, **une personne acquiert la qualité de suspect** entraînant l'application des garanties de l'article 6, à partir du moment non pas où cette qualité lui est formellement attribuée, mais **lorsque les autorités internes ont des raisons plausibles de soupçonner que cette personne a participé à une infraction pénale** (voir *Brusco c. France*, no 1466/07, § 47, 14 octobre 2010 et *Dvorski c. Croatie* [GC], no 25703/11, CEDH 2015, *Knox c. Italie*, § 152)

¹https://www.union-syndicale-magistrats.org/web2/themes/fr/userfiles/fichier/publication/npi/npi416/13_NPJ416.pdf « Le contradictoire dans l'enquête préliminaire : l'apport de la loi du 3 juin 2016 », p.15

b. Méthodologie générale suivie à l'égard de l'article 6 sous son volet pénal :

Lorsqu'elle examine un grief tiré de l'article 6 § 1, la Cour doit essentiellement déterminer **si la procédure pénale a globalement revêtu un caractère équitable** (voir, parmi de nombreux précédents, *Taxquet c. Belgique* [GC], no 926/05, § 84, CEDH 2010, et *Schatschaschwili c. Allemagne* [GC], no 9154/10, § 101, CEDH 2015, *Ibrahim et autres contre Royaume-Uni*).

Le respect des exigences du procès équitable s'apprécie au cas par cas à l'aune de **la conduite de la procédure dans son ensemble**. Pour apprécier l'équité globale d'un procès, la Cour prend en compte, s'il y a lieu, les droits minimaux énumérés à l'article 6 § 3, qui montre par des exemples ce qu'exige l'équité dans les situations procédurales qui se produisent couramment dans les affaires pénales. Ces droits minimaux ne sont toutefois pas des fins en soi : leur but intrinsèque est toujours de contribuer à préserver l'équité de la procédure pénale dans son ensemble (*Mayzit c. Russie*, no 63378/00, § 77, 20 janvier 2005, et *Seleznev c. Russie*, no 15591/03, § 67, 26 juin 2008).

c. L'article 6 et la procédure antérieure à la phase de jugement :

La Cour rappelle que si l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider du « bien-fondé de l'accusation », il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des stades antérieurs à la phase de jugement. Ainsi, **l'article 6 – surtout son paragraphe 3 – peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès** (*Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, § 36, *DVORSKI c. Croatie*, [GC], 2à octobre 2015).

La phase de l'enquête peut revêtir une importance particulière pour la préparation du procès pénal : les preuves obtenues durant cette phase déterminent souvent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès, et la législation nationale peut attacher à l'attitude d'un accusé au cours de la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences décisives pour les perspectives de la défense lors de la suite de la procédure. L'accusé peut donc se trouver dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure (*Salduz*, §§ 52 et 54 ; *Dvorski*, précité, § 77, *Darraj c. France*, 4 novembre 2010, n°34588/07, §36).

La Cour n'a pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines sortes d'éléments de preuve, mais **elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les preuves ont été recueillies, a été équitable dans son ensemble** (*Jalloh*, § 95, et *Bykov*, § 89)

La Cour rappelle que la période à prendre en considération au regard de l'article 6 § 1 débute dès qu'une personne est formellement accusée ou lorsque les soupçons dont elle est l'objet ont des répercussions importantes sur sa situation, en raison des mesures prises par les autorités de poursuite (*Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, § 73). Ainsi, « **il peut s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, celle notamment (...) de l'arrestation, de l'inculpation ou de l'ouverture des enquêtes préliminaires** (...).

d. Le droit de connaître la nature et la cause de l'accusation dans le plus court délai et de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense (Article 6 § 3 a) et b) :

La portée de l'article 6 § 3 a) doit notamment s'apprécier à la lumière du droit plus général à un procès équitable que garantit l'article 6 § 1 de la Convention. En matière pénale, une information précise et complète des charges pesant contre un accusé, et donc la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l'équité de la procédure (*Pélissier et Sassi c. France* [GC], § 52 ; *Sejdovic c. Italie* [GC], § 90 ; *Varela Geis c. Espagne*, § 42).

Certes, l'étendue de l'information « détaillée » visée par cette disposition varie selon les circonstances particulières de la cause ; toutefois, l'accusé doit en tout cas disposer d'éléments suffisants pour comprendre pleinement les charges portées contre lui en vue de préparer convenablement sa défense (*Mattoccia c. Italie*, § 60). L'information doit être communiquée à l'accusé **en temps voulu** de manière à ce qu'il puisse préparer sa défense, ce qui est le but principal implicite de l'article 6 § 3 a) (*C. c. Italie*).

Les « droits de la défense », que l'article 6 § 3 b) énumère non limitativement, ont été créés avant tout pour établir l'**égalité**, dans la mesure du possible, **entre l'accusation et la défense**. L'article 6 § 3 b) porte sur deux éléments d'une défense véritable, à savoir la question des facilités et celle du temps. Cette disposition implique que les activités se rattachant à la défense au fond de l'accusé peuvent comprendre tout ce qui est « nécessaire » à la préparation du procès.

Les garanties énoncées à l'article 6 § 3 b) ont aussi une pertinence s'agissant de l'accès de l'accusé au dossier et de la communication des pièces, et elles peuvent donc en cela se superposer **au principe de l'égalité des armes et du contradictoire** découlant de l'article 6 § 1 (*Rowe et Davis c. Royaume-Uni* [GC], § 59 ; *Leas c. Estonie*, § 76).

Dans son arrêt *Beuze contre Belgique* (9 novembre 2018, no 71409/10), la Cour rappelle qu'elle estime qu'en fonction des circonstances spécifiques à chaque espèce et du système juridique concerné, les restrictions suivantes peuvent compromettre l'équité de la procédure : **l'absence d'un avocat lors des mesures d'enquête** (voir ci-après) mais également **le défaut ou les difficultés d'accès par l'avocat au dossier pénal aux stades de l'ouverture de la procédure pénale, de l'enquête** et de l'instruction (*Moïsseïev c. Russie*, no 62936/00, §§ 217-218, 9 octobre 2008, *Sapan c. Turquie*, no 17252/09, § 21, 20 septembre 2011).

e. L'accès à un avocat le plus tôt possible :

Selon les principes rappelés dans *l'arrêt Salduz*, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure « concret et effectif », il faut en principe que **l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police**, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. *L'arrêt Beuze contre Belgique* est venu réaffirmer que le critère des « raisons impérieuses » est un critère strict, compte tenu du caractère fondamental et de l'importance d'un accès précoce des suspects à un avocat. Même lorsque de telles raisons peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment léser l'accusé dans ses droits découlant de l'article 6 (*Knox c. Italie*, 24 janvier 2019).

La Cour considère également que, pour exercer ses droits, **l'accusé doit pouvoir en principe bénéficier effectivement de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure pénale**, car une législation nationale peut attacher à son attitude au cours de la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de la suite de la procédure (*Salduz* § 52)

Le défaut d'accès à bref délai à un avocat constitue un contreponds important à la vulnérabilité des suspects, au regard du principe de l'égalité des armes. En effet, la Cour a relevé que **l'accès à un avocat durant la phase préalable au procès** contribue surtout à la réalisation des buts poursuivis par l'article 6, **notamment l'égalité des armes entre l'accusé et les autorités d'enquête ou de poursuite** (*Salduz* §§53-54 précité et *Ibrahim et autres contre Royaume-Uni*, §255).

La Cour souligne que l'équité de la procédure exige que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil : la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé (*Dayanan c. Turquie*, no 7377/03, § 32, 13 octobre 2009, *Beuze contre Belgique*, 9 novembre 2018, no 71409/10 §136).

f. Les facteurs pertinents pour l'appréciation de l'équité globale de la procédure :

Il importe enfin de rappeler que la démarche de la Cour rappelée par la jurisprudence *Beuze c. Belgique* et consistant à mettre l'équité de la procédure dans son ensemble au cœur de l'appréciation à effectuer, n'est pas limitée au droit d'accès à un avocat prévu à l'article 6 § 3 c), mais se situe dans le cadre d'une jurisprudence plus large relative aux droits de la défense consacrés par l'article 6 § 1 de la Convention.

Certains facteurs, non limitatifs, énumérés par cet arrêt, doivent être pris en compte lorsque la procédure est examinée dans son ensemble de manière à **mesurer les conséquences de lacunes procédurales survenues durant la phase préalable au procès sur l'équité globale du procès pénal**. Les facteurs pertinents au cas d'espèce sont les suivants :

- le dispositif légal encadrant la procédure antérieure à la phase de jugement et l'admissibilité des preuves au cours de cette phase, ainsi que le respect ou non de ce dispositif, étant entendu que, quand s'applique une règle dite d'exclusion, il est très peu vraisemblable que la procédure dans son ensemble soit jugée inéquitable ;
- la possibilité ou non pour le requérant de contester l'authenticité des preuves recueillies et de s'opposer à leur production ;
- la qualité des preuves et l'existence ou non de doutes quant à leur fiabilité ou à leur exactitude compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues ainsi que du degré et de la nature de toute contrainte qui aurait été exercée ;
- l'utilisation faite des preuves, et en particulier le point de savoir si elles sont une partie intégrante ou importante des pièces à charge sur lesquelles s'est fondée la condamnation, ainsi que la force des autres éléments du dossier ;
- l'importance de l'intérêt public à enquêter sur l'infraction particulière en cause et à en sanctionner l'auteur ;
- l'existence dans le droit et la pratique internes d'autres garanties procédurales.

S'agissant de la charge de la preuve, il appartient aux autorités internes de démontrer qu'il existait suffisamment de garanties pour assurer l'équilibre entre les parties de la procédure dans son ensemble.

g. Sur l'intervention du législateur français pour renforcer l'exercice des droits de la défense dans le cadre de l'enquête préliminaire :

La question de l'exercice des droits de la défense durant la phase de l'enquête préliminaire a fait l'objet de vifs débats et malgré la modification législative intervenue en 2016, cette question continue, comme cela fut rappelé par le Garde des Sceaux, d'être au cœur des critiques, au regard des garanties insuffisantes apportées au justiciable quant au respect du contradictoire dans les enquêtes.

Le rapport Beaume de 2014, ayant inspiré le nouvel article 77-2 du CPP, indiqua qu'une réforme était nécessaire pour éviter les atteintes injustifiées aux droits fondamentaux que les investigations « secrètes » seraient susceptibles de créer. Pour cela, le rapport indiqua qu'il importait de considérer qu'**à partir d'un certain degré de « suspicion » élaborée par l'enquête, il deviendrait illégitime de n'ouvrir aucun droit au profit de la personne visée.**

Ce rapport notait que le respect du principe de l'égalité des armes impose dans le cadre d'un processus pénal « globalement équitable », **que la personne sur qui porte l'enquête puisse d'abord savoir, ensuite contester, au moment opportun pour sa défense, c'est-à-dire sans retard préjudiciable, la nature et le contenu des investigations.**

Il souleva même « *Dès lors peut-on admettre, comme notre procédure pénale l'admet aujourd'hui, qu'une enquête préliminaire se poursuive pendant des mois, parfois des années, se meuble de plusieurs dizaines ou centaines de pièces, utilise des moyens intrusifs ou coercitifs, sans qu'à aucun moment une ouverture contradictoire n'y soit offerte au mis en cause, ni même un terme maximum ne lui soit assigné ?* »

La mission considéra que, avant même toute audition d'un « suspect », il importait d'encadrer l'enquête préliminaire d'un examen périodique et obligé de la nécessité d'ouvrir une « fenêtre contradictoire »².

La loi du 3 juin 2016 « renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale » a modifié l'article 77-2 du Code de procédure pénale qui prévoyait jusqu'alors le droit pour toute personne ayant été placée en garde à vue d'interroger le procureur de la République six mois après cette mesure sur la suite donnée à la procédure, ou sur la suite susceptible d'y être apportée.

La nouvelle rédaction de cet article institue désormais un droit, pour les personnes ayant été placées en garde à vue ou ayant été entendues dans le cadre d'une audition libre pour des faits punis d'une peine d'emprisonnement, de demander, un an après leur audition, à consulter le dossier de la procédure, directement ou par l'intermédiaire de leur avocat.

Conscient des carences de la loi qui préexistait, la genèse de cette loi de 2016 résidait dans la volonté du législateur de **renforcer les garanties procédurales apportées au justiciable, notamment au stade de l'enquête initiale et de renforcer la dimension contradictoire de l'enquête préliminaire**³.

² <http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf>

³ <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl15-445.html>

Rapport n° 3515 de Mme Colette CAPDEVIELLE et M. Pascal POPELIN, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 février 2016

Le nouvel article modifié tend à instituer le respect du contradictoire dans les enquêtes durant plus d'un an, sur demande des personnes qui ont fait l'objet d'une mesure d'audition libre, de garde à vue, ou sur demande de leurs avocats⁴. Si la demande de consultation lui a été faite, le procureur doit, lorsque l'enquête lui paraît terminée et s'il envisage de poursuivre la personne, l'aviser ou son avocat, de la mise à disposition d'une copie de la procédure et de la possibilité de formuler des observations ainsi que des demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité dans un délai d'un mois. Pendant ce délai d'un mois, le procureur de la République ne peut prendre aucune décision sur l'action publique.

L'exposé des motifs de la loi de 2016 précise également que « **certaines règles sont devenues excessivement formalistes tout en restant insuffisamment protectrices au regard des exigences conventionnelles, notamment celles du droit à un procès équitable** ». Il est souligné que le rôle du Procureur de la République était souvent ébranlé par des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, et ce en partie au regard du caractère insuffisamment contradictoire de la phase d'enquête, par comparaison avec d'autres phases de la procédure, notamment celle de l'instruction préparatoire, parvenant à la conclusion que ces problématiques imposaient de renforcer les garanties de la procédure actuelle au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles⁵.

A un certain stade des débats, les députés avaient même prévu d'imposer au parquet l'obligation d'adresser systématiquement, avant d'engager des poursuites, un avis à tous les mis en cause (donc y compris ceux non entendus dans le cadre d'une garde à vue ou d'une audition libre), leur signifiant la possibilité de consulter la procédure et de formuler des demandes ou des observations, avant décision définitive du Ministère public. Toutefois le texte a été amendé, réduisant ainsi sa portée...

Le manque d'accès au dossier par le justiciable pendant toute la phase d'enquête préliminaire et son impossibilité de formuler des demandes d'actes soulèvent de réelles interrogations quant à la conformité de la législation nationale aux standards internationaux et européens relatifs au respect du principe du contradictoire et à l'égalité des armes entre l'accusé et les autorités de poursuite. La loi de 2016 est loin d'avoir corrigé ces atteintes aux droits de la défense de manière satisfaisante... et révèle avec force les nécessités d'une nouvelle évolution législative afin de mettre un terme aux procédures d'enquête iniques.

B/ Il est enfin rappelé à propos de l'article 6§1 combiné avec l'article 6 §2 de la Convention :

S'agissant du devoir d'impartialité des juges, la Cour rappelle que le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention veut que toute affaire soit jugée par un « tribunal indépendant et impartial » établi par la loi. Au sens de la Cour, **l'impartialité se définit par l'absence de préjugé ou de parti pris**. Elle distingue en cela entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties fonctionnelles suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (*Piersack c. Belgique*, § 30 ; *Grievs c. Royaume-Uni* [GC], § 69).

La frontière entre les deux notions n'est cependant pas hermétique car la conduite d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, non seulement entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective ; *Buscemi c. Italie*, §67), mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective ; *Kyprianou c. Chypre* [GC], § 119 ; *Lavents c. Lettonie*).

⁴ Texte n° 3473 de MM. Jean-Jacques URVOAS, garde des sceaux, ministre de la justice, Michel SAPIN, ministre de l'économie et des finances et Bernard CAZENEUVE, Premier ministre, déposé à l'Assemblée Nationale le 3 février 2016

⁵https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=C4904AA90C74751165C86D6FA7B8C6D0.tpdila14v_2?idDocument=JORFDOLE000031974277&type=expose&typeLoi=&legislature=14

En la matière, la Cour note que même les apparences peuvent revêtir de l'importance (*Castillo Algar c. Espagne*, § 45 ; *Morel c. France*, § 42). Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un organe particulier un défaut d'impartialité, l'élément déterminant consiste à savoir **si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées** (*Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, § 58 ; *Wettstein c. Suisse*, § 44).

S'agissant du droit à la présomption d'innocence, les principes généraux appliqués par la Cour sont les suivants : la présomption d'innocence consacrée par l'article 6 § 2 de la Convention européenne régit l'ensemble de la procédure pénale (*Minelli c. Suisse*, § 30). Cette disposition garantit à toute personne **le droit de ne pas être désignée ni traitée comme coupable d'une infraction avant que sa culpabilité n'ait été établie par un tribunal** (*Alenet de Ribemont c. France*, §§ 35-36 ; *Y.B. et autres c. Turquie*, § 43). La présomption d'innocence se trouve atteinte par des **déclarations qui reflètent le sentiment que la personne est coupable, qui incitent le public à croire en sa culpabilité ou qui préjugent de l'appréciation des faits par le juge compétent** (*Y.B. et autres c. Turquie*, § 50 ; *Alenet de Ribemont c. France*, §39).

Ce principe exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions, les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé. En outre, il incombe à celle-ci d'indiquer à l'intéressé de quelles charges il fera l'objet – afin de lui fournir l'occasion de préparer et présenter sa défense en conséquence – et d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, arrêt du 6 décembre 1988, § 77).

Telles sont les observations que je tenais à formuler et à soumettre à la discussion en vous priant de croire à mes sentiments bien dévoués et les meilleurs.

Vincent Nioré



PJ : Article USM.

NIORÉ AVOCATS

Monsieur le Bâtonnier Dominique MATTEI
98 rue Grignan
13 001 MARSEILLE

Paris, le 7 décembre 2020

Objet : Commission sur le renforcement des droits de la défense et sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat durant l'enquête pénale avec exploration du rôle du Bâtonnier en contestation des mesures intrusives :

Monsieur le Président,

Je vous remercie de nous avoir communiqué vos propositions par votre courriel du 2 décembre.

J'ai pris bonne note des propositions d'auditions complémentaires des autres membres de la commission, Messieurs Christian SAINTE, Luc FEBBRARO, Hervé TEMIME et Eric MATHAIS.

De mon côté, je me permets de vous suggérer l'audition des personnes dont la liste suit en y ajoutant un texte d'explication sur le rôle du Bâtonnier en matière de contestation de perquisition chez l'avocat à la lumière des textes et de la jurisprudence de la Chambre criminelle et de celle du juge des libertés et de la détention.

Notre Garde des Sceaux a souhaité que nous examinions et fassions toutes propositions sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat lorsqu'il est mis en cause dans le cadre d'une procédure pénale, le rôle du Bâtonnier devant être utilement exploré.

Je limiterai mes observations à ce dernier point.

C'est pourquoi, dans le cadre de nos travaux, je me permets de vous suggérer d'entendre des personnes d'horizons professionnels distincts avec le souci de combler les vœux de certains syndicats de magistrats dont ceux de l'USM exprimés par le communiqué manifestement inspiré du 16 novembre 2020 qui, à propos de la qualité des membres de la présente commission, évoque une « *commission de l'entre-soi* » et encore un « *mélange des genres douteux* ».

Vincent NIORE

Avocat à la Cour
vincent.niore@niore-avocats.fr
www.niore-avocats.fr
Siret n° 412 996 332 00109 - N° TVA Intracommunautaire FR 54 412 996 332

43 rue de Courcelles – 75008 PARIS
Directe : +33 1 86 95 05 39
Mobile : +33 6 60 40 85 12
Fax : +33 1 86 95 05 40
Toque A757

En collaboration avec :

Julia NIORE

Avocat à la Cour
julia.niore@niore-avocats.fr
Siret n° 798 399 119 00055

Membre d'une association agréée, le règlement des honoraires par chèque est accepté.

Les travaux de la commission ouvrent pourtant une autre perspective sur les rapports entre magistrats et avocats qu'il est urgent de véritablement reconstruire dans une relation plus que jamais apaisée loin des paroxysmes inutiles à une bonne vie judiciaire respectueuse des droits et des êtres. Que des incidents ponctuels qui participent de la liberté d'expression, que revendiquent de manière absolue à l'audience certains magistrats comme les avocats, s'interposent dans le débat judiciaire fusse de manière vécue comme violente par les mots est une chose. Vouloir en revanche la « guerre » - le mot est fréquemment employé - et son inévitable cortège d'horreurs en est une autre. Il est indispensable de développer une formation continue commune, au moins sur quelques thèmes essentiels dont le secret professionnel, des avocats et des magistrats, étant entendu que cette formation sera surtout un enseignement qui devra s'imposer impérativement comme un socle de valeurs partagées et de respect mutuel entre défenseurs de l'intérêt public et défenseurs des intérêts privés.

Il s'agit d'entendre les personnes suivantes :

▪ **Avocats** :

- Bâtonnier Olivier COUSI et son délégué aux contestations des perquisitions Camille POTIER
- Madame la Bâtonnière élue Julie COUTURIER
- Le Président du CNB (le mandat de Madame Christiane FERAL SCHUHL expire au 31 décembre 2020)
- Le Président de la commission libertés et droits de l'homme du CNB et le Président de la commission règles et usages du CNB.
- La Présidente de la Conférence des Bâtonniers et son délégué le Bâtonnier Jérôme DIROU du Barreau de Bordeaux
- Le Président de l'ADAP Christian SAINT-PALAIS
- Monsieur Henri LECLERC

▪ **Magistrats** :

- **Siège** :
 - Monsieur le Président du TJ de Paris Stéphane NOEL.
 - JLD du TJ PARIS :
Madame la Présidente Nadine HOUALLA
Monsieur le Président Hervé MACHI
Monsieur le Président Charles PRATS
 - Juges d'instruction du TJ PARIS :
Monsieur Pascal GASTINEAU vice-Président de l'AFMI
Madame la vice-présidente Bénédicte DE PERTHUIS
Madame la vice-présidente Cécile MEYER-FABRE
 - Juge d'instruction du TJ NANCY : Madame la vice- présidente Lydia PFLUG.
 - Juge d'instruction du TJ Nanterre Madame la vice-présidente Anne DE PINGON
 - Monsieur le Président du TJ de Cayenne (Guyane) Mahrez ABASSI
- **Parquet de Paris** :
 - Monsieur le Procureur de la République Rémy HEITZ
- **PNF** :
 - Monsieur le Procureur National Financier Jean-Francois BOHNERT
 - Monsieur le vice-procureur Bruno NATAF
- **Cour d'appel de Paris** :
 - Monsieur le Premier Président Jean-Michel HAYAT.

- **Parquet général de Paris** : Monsieur l'avocat général Jérôme MARILLY
- **Parquet Financier F2 de Paris** : Monsieur le procureur Nicolas BAIETTO

- **Enquêteurs** : Monsieur Guillaume HEZARD, chef de l'OCLCIFI
- **Administration fiscale DGFIP de Bercy**:
 - Madame Maïté GABET ex-Cheffe du service du contrôle fiscal à la DGFIP.
 - Monsieur Emmanuel CHIRAT, ancien vice-procureur (PNF).
- **DGCCRF Bercy**: Monsieur Guillaume DAÏEFF, sous-directeur de la concurrence, de la consommation et des affaires juridiques.

Il est préalablement utile de faire un point des propositions consignées au chapitre 13 du rapport du groupe de travail Perben étant précisé que ne sont donc pas comprises dans nos travaux les difficultés relatives au secret professionnel en matière fiscale précisément celles concernant la transposition de la directive 2018/822 du 25 mai 2018 « DAC 6 ».

En revanche, le respect des droits de la défense commande de s'interroger sur la présence de l'avocat en perquisition compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle par ses arrêts des 3 avril 2013 (n°12-88428), 22 octobre 2013 (n°13-81945) et 10 mars 2015 (n°14-86950) et de l'évolution des textes en matière de visites domiciliaires des autorités administratives qui prévoient la présence de l'avocat de la défense en perquisition avec rôle actif de protestation consacré par la chambre criminelle de la Cour de cassation à peine d'irrecevabilité des recours.

S'agissant du rôle du Bâtonnier, il conviendra de nous intéresser aussi à son pouvoir de contestation lorsque ce sont les autorités administratives qui organisent une visite domiciliaire chez un avocat. Désormais, le Bâtonnier investi de son pouvoir de contestation, est présent pour toutes les perquisitions et visites domiciliaires chez l'avocat, certes par l'autorité judiciaire, par toutes les autorités administratives (dont DGCCRF, ADLC, DGFIP, AMF) en vertu des dispositions de l'article 56-1 dernier alinéa du CPP : « *Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile...* ».

Son intervention s'exerce simultanément avec celle de l'avocat de la défense dont la présence est prévue par les articles L 621-12 du CMF, 450 - 4 du Code de Commerce, L16-B du LPF. Il convient donc d'étendre cette présence simultanée à la matière judiciaire.

La présence de l'avocat de la défense ne serait pas requise à peine de nullité si bien que son intervention se ferait à tout moment utile sans qu'elle puisse constituer un obstacle au déclenchement de la mesure intrusive.

Le rapport Perben en son chapitre 13 comporte une série d'innovations quant au régime de protection du secret professionnel des avocats, qu'il s'agisse de la captation de factures détaillées de téléphonie « fadettes », d'interceptions de communications électroniques ou encore de perquisitions dans nos cabinets. Ces propositions doivent être consacrées sur un plan législatif mais devront subir des adaptations car une décision de perquisition ne peut pas être prise par le JLD lui-même qui ne peut qu'autoriser en amont le magistrat intrusif à perquisitionner et non pas se substituer à lui pour la prise de décision de perquisition tout simplement parce qu'il est *in fine* le juge de la contestation de la mesure par le Bâtonnier. Une réécriture de l'article 56-1 du CPP est proposée en fin de texte.

Le secret professionnel est un droit fondamental pour le justiciable qui livre ses confidences en matière de conseil ou de défense. Il est aussi un droit pour l'avocat lui-même quitte à encourir le grief du corporatisme dont il faut souligner le caractère vertueux en tant qu'il illustre un esprit de corps, d'attachement et de dévouement à la communauté des avocats. D'autant que pour la CEDH, le secret professionnel « se décline avant tout en obligations à la charge des avocats et que c'est dans la mission de défense dont ils sont chargés qu'il trouve son fondement » (Arrêt CEDH Versini c. France du 16 juin 2016 § 77).

Le secret professionnel ne peut pas se conjuguer au premier chef comme un devoir à la charge de l'avocat sans que l'avocat puisse l'invoquer pour lui-même comme un droit.

S'agissant des perquisitions, le rapport Perben propose de réformer l'article 56-1 du CPP en subordonnant la perquisition à l'existence d'indices « *précis, préexistants de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction* ».

Avancée importante qui entérine la jurisprudence du juge des libertés et de la détention de Paris qui juge que toute perquisition chez l'avocat est assujettie à la condition de l'existence « *d'indices effectifs préexistants à la perquisition* »¹.

La Chambre criminelle a déjà consacré l'exigence impérative de motivation de la décision de perquisition de l'article 56-1 du CPP alinéa 1^{er}.

Le rapport innove dans la mesure où il subordonne toute mesure de perquisition, d'un juge d'instruction ou d'un membre du Parquet, à une décision préalable du juge des libertés et de la détention, juge de la régularité et de la loyauté de l'enquête, alors qu'en l'état du droit positif, seul le parquet doit s'adresser au JLD lorsqu'il entreprend de perquisitionner sans assentiment en vertu de l'article 76 alinéa 4 du CPP.

Cependant, j'insiste sur le rôle du JLD qui ne peut en aucun cas prendre une décision de perquisition au lieu et place du magistrat intrusif lequel, en revanche, à la suite du dépôt d'une requête, doit être autorisé par le JLD à perquisitionner.

Même exigence pour les réquisitions aux fins de transmission de fadettes, pour la notification des décisions d'interception de communication si bien que magistrats instructeurs et parquet doivent saisir le JLD afin d'être autorisés à pratiquer une mesure intrusive.

Sur ce point, si les fadettes ne matérialisent pas une correspondance stricto sensu, en revanche, les numéros de téléphone qu'elles révèlent participent d'une relation de confidentialité s'il s'agit de la relation avocat et client lequel par définition ne communique ses références téléphoniques à son avocat qu'exclusivement dans le cadre de cette relation couverte par le secret.

Ainsi, c'est dans cette mesure que des réquisitions aux fins de communication des fadettes participent effectivement de cette intrusion dans le secret de l'avocat par la seule prise de connaissance des numéros de téléphone confiés.

Relevons la proposition qui permet au Bâtonnier d'utiliser l'article 802-2 du CPP pour demander la nullité d'une perquisition dans le délai d'un an de cette mesure si l'avocat n'a pas été poursuivi dans les six mois de la perquisition que le Bâtonnier aura pu d'ailleurs contester pendant son accomplissement.

Le Bâtonnier contestataire en perquisition et, auteur d'une requête en nullité, en osmose avec l'avocat de la défense, est donc réellement investi d'une mission de protection des droits de la défense qui absorbe et dépasse la seule protection du secret professionnel.

¹ En ce sens de l'existence antérieure d'indices, à propos des perquisitions chez les magistrats et du secret du délibéré, relevons l'arrêt de la Chambre criminelle du 22 mars 2016 (n°15-83207).

Proposition de réforme : Le rapport Perben ne renforce pas en amont le rôle du Bâtonnier que la Chambre criminelle définit comme étant un protecteur des droits de la défense² dont l'intervention n'est pas prévue devant le JLD en autorisation préalable de la mesure intrusive.

Ainsi, un Bâtonnier qui reçoit une notification d'une interception d'une communication électronique devrait pouvoir exiger du magistrat intrusif toutes explications et être associé aux débats en amont devant le JLD avec accès au dossier d'enquête dans le strict respect du secret professionnel et sans jamais rien révéler à l'avocat concerné.

Le rapport Perben s'oriente vers un renforcement salvateur de l'exercice des droits de la défense par un accroissement des pouvoirs du JLD et de ceux du Bâtonnier déjà consacré par la Chambre criminelle comme étant le confident de l'avocat mis en cause³ :

« Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que ne pouvait être transcrite la conversation téléphonique entre un avocat, placé sous interception, et son bâtonnier, qui ne révélait aucun indice de participation personnelle de ce dernier à la commission d'une infraction pénale, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et du principe ci-dessus énoncé ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce seul chef ; que n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, elle aura lieu sans renvoi, ainsi que le permet l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ; que les annulations prononcées ci-dessous ont effet à l'égard de toutes les parties à la procédure, sans qu'il soit besoin de statuer sur la demande d'extension sollicitée ».

Cette évolution préfigure une redéfinition du statut du Bâtonnier méga-protecteur des droits de la défense et du secret pour la sauvegarde du Barreau, laquelle doit conduire à s'interroger sur la coexistence de ce nouveau rôle avec celui d'autorité de poursuite.

Ainsi s'impose la proposition de réforme suivante :

Proposition de réforme : La relation entre le bâtonnier et l'avocat de son barreau est par nature confidentielle, que l'avocat soit ou non objet d'une réquisition ou perquisitionné ou convoqué en audition libre ou en garde à vue ou à un IPC ou mis en cause en matière pénale pour quelque cause que ce soit. Il en est de même s'agissant des élèves-avocats assujettis au respect du secret.

Le texte de l'article 56-1 du CPP devra aussi être étendu aux élèves-avocats qui statutairement sont tenus au secret professionnel comme un devoir de leur état et susceptibles d'être perquisitionnés rarement certes en pratique.

² Cass. Crim. 8 janvier 2013 n°12-90063 et 25 juin 2013 n°12-88021.

³ Cass. Crim. 22 mars 2016 n°15-83205

Le rôle du bâtonnier en contestation de perquisition :

1) La mission du Bâtonnier ou de son délégué : Défense du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense :

Le Bâtonnier Jean Lemaire écrivait dans son traité sur « *Les règles de la profession d'avocat* » (LGDJ 1975 n°463) : « *Le Bâtonnier assistera lui-même à la perquisition ou délèguera un membre du Conseil de l'Ordre pour le représenter et veillera à ce que soient respectés les intérêts des tiers étrangers à la perquisition (...) Le Bâtonnier doit veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense* ».

1.1) Le Bâtonnier ou son délégué agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense :

Crim. 8 janvier 2013, n°12-90.063 : « *Attendu 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* ».

Crim. 9 février, 2016 n°15-85063 : « *Le Bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense* » et que la CEDH définit comme étant une « *garantie spéciale de procédure* » (notamment CEDH DA SILVEIRA c. France 21 janvier 2010).

Par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88.021), la Chambre Criminelle maintenant l'arrêt de la Chambre de l'Instruction retient que « ***le Bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision*** ».

L'ordonnance de perquisition doit mentionner tous les faits compris dans la saisine du juge d'instruction afin que le Bâtonnier ou son délégué soit informé de l'étendue de la perquisition qui ne peut porter sur des faits différents de ceux appartenant à la saisine du magistrat instructeur.

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « *afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense* ».

Par deux ordonnances du 29 avril 2019, le JLD de Paris a défini les principes qui gouvernent les saisies en perquisition chez l'avocat et leurs contestations :

« MOTIFS

Les principes en cause :

Il résulte des dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale que les contestations émises par le Bâtonnier ou son délégué à l'encontre de la saisie d'un document ou d'un objet effectuée lors d'une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou au domicile de ce dernier sont tranchées par le juge des libertés et de la détention ;

*Il appartient au Juge des libertés et de la détention de vérifier si les conditions **légalement requises** pour la saisie de documents et de pièces lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocat sont réunies ;*

*La perquisition au sein d'un cabinet d'avocat est un **acte grave** car ce cabinet est le lieu où l'avocat reçoit ses clients et prépare la défense de ces derniers et à ce titre le cabinet d'avocat présente **un caractère d'inviolabilité** qui préserve le droit pour tout homme de bénéficier de la défense d'un avocat ;*

En cas de perquisition au sein d'un cabinet d'avocat, les règles gouvernant le versement à la procédure des pièces saisies, obéissent à un régime particulier qui se distingue de celui de la défense d'un avocat ;

Lorsque la perquisition est faite dans un local autre qu'un cabinet d'avocat, toute pièce saisie peut être versée à la procédure d'information ou au Parquet si elle est utile à la manifestation de la vérité ;

En revanche, s'agissant d'un cabinet d'avocat, il convient de distinguer entre divers documents :

-d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité,

-d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel et qui ne peuvent être versés à la procédure d'instruction qu'à la condition qu'ils manifestent l'indice de la participation de l'avocat à l'infraction objet de la poursuite,

Pour être versé à la procédure d'information, un document couvert par le secret professionnel doit porter en soi l'indice ou la présomption rendant plausible la participation ou l'implication de l'avocat dans la commission de l'infraction objet de la poursuite ; hors cette condition, le document couvert par le secret professionnel ne pourra être versé à la procédure ;

Il faut rappeler que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ;

Lors de l'audience de contestation de la saisie, il a été produit (par les magistrats saisissants) un arrêt de la Cour de cassation, dans le cadre d'une perquisition au cabinet d'un avocat, permettrait la saisie de toutes pièces utiles à la manifestation de la vérité, même si cette pièce était couverte par le secret professionnel ;

Cet arrêt du 4 octobre 2016 ne permet pas, contrairement à ce qui est allégué, que toute pièce couverte par le secret professionnel puisse être saisie par le seul fait qu'elle serait utile à la manifestation de la vérité ; au contraire la Cour de cassation reprend bien le principe acquis, et posé par la CEDH ; qu'une pièce couverte par le secret professionnel ne peut être saisie que si elle est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction ».

A propos de l'arrêt isolé de la Chambre criminelle du 4 octobre 2016⁴, le JLD a précisé, désavouant les magistrats saisissants parties adverses du Bâtonnier ou de son délégué : « *Cet arrêt du 4 octobre 2016 ne permet pas, contrairement à ce qui est allégué, que toute pièce couverte par le secret professionnel puisse être saisie par le seul fait qu'elle serait utile à la manifestation de la vérité ; au contraire la Cour de cassation reprend bien le principe acquis, et posé par la CEDH ; qu'une pièce couverte par le secret professionnel ne peut être saisie que si elle est de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* ».

Cette solution a été confirmée par une ordonnance du 22 juillet 2019 qui précise en outre que « *la perquisition... doit rester une procédure exceptionnelle, un moyen exceptionnel d'obtention de pièces* ». « *...Les pièces susvisées ne caractérisent en soi aucune implication plausible de Maître X dans les opérations de blanchiment* ».

La perquisition, par sa nature intrusive, génère systématiquement une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD que le rapport sur la procédure pénale « Jacques BEAUME » (page 84, juillet 2014) définit comme « **le juge de la loyauté et de la régularité de l'enquête, à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause** ».

1.2) Le texte de l'article 56-1 du Code de procédure pénale institue la présence du Bâtonnier susceptible de contester une saisie « irrégulière » :

L'article 59 alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que le respect des formalités de l'article 56-1 du Code de procédure pénale est à peine de nullité.

Cette présence du Bâtonnier constitue, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, une « **garantie spéciale de procédure** » en faveur de l'avocat perquisitionné.

Il s'agit de préserver non seulement le secret professionnel mais aussi les droits de la défense.

Pour la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la perquisition en cabinet d'avocat constitue une « *ingérence* » dans le « *domicile* » que constitue le domicile ou le cabinet d'avocat destinée à porter atteinte au secret professionnel et aux droits de la défense dont le Bâtonnier ou son délégué est le garant par sa présence qualifiée par la CEDH de « *garantie spéciale de procédure* ».

Elle ne doit pas méconnaître les principes de nécessité et de proportionnalité.

Elle doit être « **proportionnée** » au but poursuivi ainsi que le juge la CEDH.

Pour la CEDH, ce texte comporte « *une garantie spéciale de procédure* », à savoir la présence contestataire du Bâtonnier qui aboutira à la saisine par le magistrat qui perquisitionne du JLD dont toutefois l'ordonnance « *motivée* » est **insusceptible de recours** et ce, en violation caractérisée des dispositions de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui prévoient le droit à un « *recours effectif* » : « **Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles** ».

⁴ Crim. 4 octobre 2016 n°16-82308 : « *Qu'en effet, si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction* ».

En effet, l'article 56-1 du Code de procédure pénale matérialise une ingérence au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme au visa de l'article 8 de la convention, lequel dispose :

« Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale : 1 - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son **domicile** et de sa correspondance. 2 - Il ne peut y avoir **ingérence d'une autorité publique** dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

S'agissant des avocats, la CEDH a jugé par un arrêt du 21 janvier 2010 (Xavier Da Silveira c. France, requête n°43757/05) que « **les avocats occupent une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice** ».

De plus, par un autre arrêt rendu le 23 novembre 2010 (Affaire MOULIN c/France – requête n°37104/06), la CEDH a estimé que « **des perquisitions et des saisies chez un avocat sont susceptibles de porter atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client (André et autre, précité, § 41). Partant, si le droit interne peut prévoir la possibilité de perquisitions ou de visites domiciliaires dans un cabinet d'un avocat, celles-ci doivent impérativement être assorties de garanties particulières. De même, la Convention n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients. Il en va ainsi notamment en cas de constat de l'existence d'indices plausibles de participation d'un avocat à une infraction. Reste qu'il est alors impératif d'encadrer strictement de telles mesures, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice et leur qualité d'intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux permettant de les qualifier d'auxiliaires de justice (André et autre, précité, § 42) ».**

Elle souligne à nouveau le rôle du Bâtonnier en retenant que « **la perquisition s'est accompagnée d'une garantie spéciale de procédure, puisqu'elle fut exécutée en présence du Bâtonnier de l'Ordre des avocats, et que les observations formulées par celui-ci ont pu être ensuite discutées devant le juge des libertés et de la détention** ».

1.3) Une illustration de la qualité du bâtonnier : la visite domiciliaire commencée dès la garde à vue hors la présence du Bâtonnier ou de son délégué est irrégulière :

Il est de jurisprudence constante que « *toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire* » (Cass. crim 3 juin 1991, n°90-81435).

Par décision du 22 mars 2016, le JLD du Tribunal de grande instance de Bobigny a consacré cette solution au visa de l'article 56-1 du CPP, en restituant à un avocat gardé à vue à son domicile puis perquisitionné, l'ensemble des éléments saisis et contestés dans les termes suivants : « *Attendu que toute introduction au domicile d'une personne en vue d'y constater une infraction constitue une visite domiciliaire...que les perquisitions au domicile d'un avocat ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier...que les enquêteurs ont forcé la porte du domicile de Maître X... à 6h05 du matin ...et ont donc dès lors ...débuté la perquisition à son domicile à cette heure ...qu'il n'est pas contesté que ces opérations ont débuté en l'absence du procureur de la République qui devait lui-même procéder à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier...que le début de la perquisition en l'absence du magistrat et du représentant du bâtonnier ne peut que conduire à la constatation de l'irrégularité de la dite perquisition, peu important que des documents ne soient saisis qu'ultérieurement dans la même opération lorsque le procureur de la république et le bâtonnier arriveront ;*

Qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'accueillir l'opposition à saisie formulée par le Bâtonnier de Paris, d'ordonner la restitution immédiate des documents et objets saisis et la cancellation de toute référence aux documents et objets saisis qui figurent dans le dossier de la procédure...».

La visite domiciliaire ne saurait débiter hors la présence du magistrat instructeur ou du Parquet et du délégué du Bâtonnier.

2) **L'impossibilité d'apprécier l'existence ou non d'indices faute d'accès au dossier par le Bâtonnier ou son délégué :**

Proposition de réforme : Nécessité pour le bâtonnier d'avoir accès au dossier d'enquête dans le strict respect du secret professionnel sans rien révéler à l'avocat perquisitionné ou écouté avant, pendant et après la mesure intrusive précisément lors de l'audience d'autorisation en amont ou des audiences ultérieures de contestation du JLD.

La perquisition, par sa nature intrusive, génère nécessairement une atteinte excessive aux droits de la défense et au secret professionnel que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat de saisir le JLD.

En outre, le délégué du Bâtonnier se heurte en fait à l'impossibilité d'apprécier l'existence ou non des indices mentionnés à la décision de perquisition ou invoqués en cours de perquisition comme en l'occurrence, faute d'accès au dossier pénal **dont aucune règle d'ailleurs n'interdit la communication lors de la perquisition comme lors de l'audience du JLD à son profit.**

En effet, qu'il s'agisse des pièces et objets, documents papiers ou dématérialisés copiés ou non sur un support par le magistrat saisissant, couverts par le secret professionnel ou officiels, le Bâtonnier ou le délégué du Bâtonnier est par principe dans l'incapacité d'apprécier si ces objets et éléments contiennent ou non l'indice de la participation de l'avocat - présumé innocent - à la commission d'une infraction faute d'avoir accès au dossier pénal dont l'absence de communication empêche l'exercice d'un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat et au respect du secret professionnel.

2.1) La condition de l'existence d'indices effectifs préexistants à la perquisition : L'exigence impérative de motivation de l'ordonnance de perquisition

« Les raisons qui justifient la perquisition doivent être établies dans le dossier de la procédure antérieurement à la mesure de perquisition ; elles doivent être objectives et sérieuses, et ne doivent pas résulter de seules hypothèses ou d'une suspicion que la perquisition aurait pour but d'étayer ; enfin, la mesure de perquisition doit être absolument nécessaire pour la suite de l'instruction judiciaire ; elle doit n'être donc envisagée qu'à défaut de tout autre mode d'investigation possible. Ces critères de nécessité, de proportionnalité et de légitimité dans une société démocratique doivent impérativement gouverner l'usage des perquisitions des locaux d'avocats » (Doctrine François SAINT-PIERRE).

Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales renforçant les droits de la défense :

« 2. Modifications relatives aux perquisitions concernant les avocats

Raisons justifiant la perquisition

Les informations qui figureront dans la décision devront être suffisamment explicites pour justifier l'opération (en indiquant par exemple que l'avocat est mis en cause par certaines personnes comme coauteur ou complice de telle ou telle infraction).

Pour autant, elles ne devront pas consister en des révélations qui seraient de nature à gêner les investigations en cours (l'identité de ces personnes pouvant par exemple ne pas être précisée).

Il convient à cet égard d'observer qu'une motivation jugée insuffisamment explicite par le bâtonnier ou son délégué pourra conduire celui-ci à contester le bien fondé de la perquisition et à s'opposer en conséquence à toute saisie, ce qui amènera le juge des libertés et de la détention à se prononcer sur la contestation au vu de l'ensemble du dossier de la procédure, en application des dispositions, inchangées, des alinéas trois à sept (anciennement deux à six) de l'article 56-1 ».

2.2) Nonobstant les termes de la décision de perquisition, il n'est quasiment jamais démontré que préexistaient à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission des infractions mentionnées à l'ordonnance de perquisition, ces indices devant être appréciés de manière intrinsèque dans les documents officiels ou confidentiels saisis :

L'exigence d'indices intrinsèques dans les éléments saisis :

Crim 25 juin 2013, n°12-88.021, arrêt de la Chambre de l'instruction de Douai du 29 octobre 2015 et ordonnance du Président du TGI de Paris du 9 octobre 2014 ; Crim 8 juillet 2015, n°15-81.179 qui confirme l'arrêt de la Chambre de l'instruction de Bordeaux du 5 février 2015 qui avait jugé que « le 14 janvier 2003, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que le respect du secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir sa participation éventuelle à une infraction pénale. Il résulte de cette jurisprudence que si, pour qu'ils puissent être valablement saisis, les objets ou documents doivent comporter la révélation intrinsèque de la participation de l'avocat à l'infraction, cela ne doit pas s'entendre comme devant concerner les seuls éléments constitutifs de celle-ci sauf à méconnaître la jurisprudence précitée de la Cour de cassation qui vise les pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de l'intéressé à une infraction pénale, **le terme intrinsèque indiquant que la vraisemblance de l'implication doit ressortir de la pièce saisie en elle-même** » ; Crim 27 septembre 2011, n°11-83.755, « qu'en ce qui concerne ce courrier, la levée du secret professionnel entre avocats est permise lorsqu'une pièce révèle intrinsèquement la commission par l'avocat d'une infraction » Crim. 8 septembre 2015, n°14-83.306) ;

et précisément de manière explicite :

« Mais attendu qu'en refusant d'annuler la saisie de l'avis du rapporteur et du projet rédigé par lui, alors que cette appréhension n'était pas indispensable à la recherche de la preuve d'un trafic d'influence, dont seul était suspecté un magistrat étranger à la chambre criminelle, **qu'il n'existait aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction** et qu'en conséquence, en procédant ainsi, les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe énoncé ci-dessus » (Crim. 22 mars 2016, n°15-83.207).

L'usage de l'imparfait par cet arrêt suffi à démontrer la nécessité de l'antériorité à la perquisition des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Ainsi, la Chambre criminelle a estimé par application du principe de nécessité et de proportionnalité, que les magistrats saisissants avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré en perquisitionnant sans la moindre démonstration contre les magistrats la composant, d'indices antérieurs à la mesure intrusive.

Par arrêt du 9 février 2016 (n°15-85063), elle a jugé que :

« Il résulte des articles 56-1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'absence, dans la décision, prise par un magistrat, de perquisition du cabinet d'un avocat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.

Encourent la censure les motifs par lesquels la chambre de l'instruction qui, pour rejeter le moyen de nullité tiré de ce qu'une décision de perquisition dans le cabinet d'un avocat ne répond pas aux exigences de l'article 56-1 du code de procédure pénale précité, énonce que, si elle ne comporte pas la désignation du lieu exact des investigations, cette difficulté n'a pas été soulevée lors de la perquisition tant par l'avocat que par le délégué du bâtonnier, qui n'ont pu se méprendre sur l'objet de cette mesure d'instruction, alors que la décision de perquisition, portée à la connaissance de l'autorité ordinaire, ne contient pas les motifs précis justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci ni ne mentionne le lieu où doivent être effectuées les investigations ».

« L'arrêt précité du 9 février 2016 exige que l'information du bâtonnier de l'ordre des avocats soit précise, s'agissant des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons qui justifient la perquisition et l'objet de celle-ci, cette information devant être contenue dans la décision qui ordonne la perquisition, et qui est communiquée au bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense.

La rédaction de cet arrêt du 9 février 2016 est claire :

« Vu les articles 56-1 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci et dont le contenu est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué ; que l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné.

Or, selon les termes de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la décision ordonnant la perquisition : « indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci ».

Pour la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 9 février 2016 : « l'absence, dans la décision prise par le magistrat, des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné ».

Le maintien de cette jurisprudence devrait conduire la Chambre criminelle à considérer que l'imprécision de l'ordonnance de perquisition du juge d'instruction, qui ne mentionne pas les faits dont il est saisi, en particulier la prise illégale d'intérêts à l'occasion du marché public (...), ne satisfait pas aux exigences de l'article 56-1 du code de procédure pénale, car cette ordonnance n'indique pas que la perquisition vise la recherche et la saisie de documents relatifs au marché public de la (...). Il est incontestable que la perquisition du cabinet d'avocat visait la recherche et la saisie de documents relatifs au marché public de la (...). Cette information sur les motifs justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci n'était pas contenue dans l'ordonnance de perquisition ».

Cette solution a été confirmée par arrêt du 8 juillet 2020 (n°19-85491) dans les termes suivants sur le recours en excès de pouvoir de l'avocat perquisitionné contre l'ordonnance de validation des saisies du JLD : « *Il résulte des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 56-1 du code de procédure pénale que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées, par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, qu'à la suite d'une décision écrite et motivée prise par le magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué. L'absence dans la décision des motifs justifiant la perquisition et décrivant l'objet de celle-ci, qui prive le bâtonnier, chargé de la protection des droits de la défense, de l'information qui lui est réservée et qui interdit ensuite le contrôle réel et effectif de cette mesure par le juge des libertés et de la détention éventuellement saisi d'une contestation, porte nécessairement atteinte aux intérêts de l'avocat concerné. Excède en conséquence ses pouvoirs le juge des libertés et de la détention qui ordonne le versement au dossier de l'information de documents saisis au cours de cette perquisition irrégulièrement menée ».*

Ainsi, le raisonnement arbitraire du magistrat qui perquisitionne conditionne l'excès de pouvoir du JLD.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu une décision qui revêt une importance particulière en matière de contestation par le Bâtonnier ou son délégué de saisies opérées par un magistrat instructeur en cabinet d'avocat.

Elle concerne l'exigence de motivation de la décision de perquisition. Les magistrats instructeurs comme ceux du Parquet ne peuvent plus perquisitionner en s'abstenant de motiver ou en exposant n'importe quel motif de perquisition. Le risque encouru par eux est celui de l'excès de pouvoir du JLD qui a pour socle celui du magistrat qui perquisitionne factuellement en excès voire en détournement de ses pouvoirs.

La recherche de la manifestation de la vérité ne peut avoir ses racines ni dans le mensonge fût-il par omission ni dans le sophisme encore moins dans la version imagée ou orientée à charge voire sophistiquée d'un fait au soutien d'une mesure intrusive chez un avocat au mépris du secret professionnel.

Un magistrat instructeur a récemment reconnu que lors de l'audience de contestation devant le JLD, il lui arrivait de faire dans la « *surenchère... pour sauver des pièces, on tient des propos qui parfois sont dans la surenchère* » pour pallier son impossibilité de démontrer avant la perquisition l'existence d'indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction soutenant que le Bâtonnier de Paris ou son délégué plaçaient « *la barre très haut* » au plan de l'exigence de démonstration de l'existence antérieure à la perquisition d'indices contre l'avocat lui-même.

Certains magistrats essaient de s'affranchir contra legem de l'exigence de motivation par la force de l'invocation de l'incrimination répétée à l'envi jusqu'à la provocation pour qu'il en reste toujours quelque chose d'afflictif et d'infamant sur l'avocat au mépris de la règle de droit. A titre anecdotique, dans un autre registre mais évocateur, un juge d'instruction avait lancé à l'adresse du délégué du bâtonnier en pleine perquisition « *Maître ! Vous nous fatiguez avec votre jurisprudence* » en l'occurrence celle invoquée de la chambre criminelle qui interdit à peine de nullité d'interroger au fond la personne perquisitionnée hors la présence de son conseil non prévue en l'état en cette circonstance par les textes.

C'était pourtant l'exigence jurisprudentielle tant de la chambre criminelle que de celle du JLD.

Force au droit de contester pour se défendre en assurant la « *prééminence du droit* » au sens où l'entend la CEDH.

C'est donc sous l'angle de l'excès de pouvoir du JLD qui valide une saisie en l'état d'une ordonnance de perquisition non motivée elle-même en excès de pouvoir que statue la chambre criminelle. Sur ce point, c'est sur le recours en excès de pouvoir que se prononce la Cour de cassation.

L'ordonnance du JLD rejetait la contestation du Bâtonnier au prix d'un excès de pouvoir. Cette ordonnance est mentionnée au texte de l'article 56-1 du CPP comme « non susceptible de recours » sauf la réserve de l'excès de pouvoir. Le seul fait pour le JLD de statuer par le rejet de la contestation en l'état d'une décision de perquisition non motivée suffit à marquer cet excès.

L'Ordre ne s'était pas associé à ce recours intenté par l'avocat perquisitionné - qui n'est pas destinataire de la décision de perquisition - certes en l'état des réserves du bâtonnier qui contenaient une référence exhaustive à l'arrêt du 8 janvier 2013 qui définit le Bâtonnier comme un auxiliaire de justice en charge d'une mission de protection des droits de la défense et à celui du 9 février 2016 qui réaffirme la qualité de protecteur des droits de la défense du Bâtonnier et fait droit à la requête en nullité des opérations de perquisition faute de motivation portée par l'avocat perquisitionné puis mis en examen. Résumons les solutions dégagées par la chambre criminelle.

Un avocat perquisitionné avait entrepris de saisir la Cour suprême d'un recours en excès de pouvoir seul recours possible contre l'ordonnance du JLD en cette matière qui exclut toute autre voie de recours - appel prohibé par le texte « *ordonnance motivée ! non susceptible de recours* » - dans le sillage de la contestation du délégué du Bâtonnier finalement rejetée.

La perquisition avait été pratiquée par un magistrat instructeur dont le dessaisissement avait été demandé par le même avocat dans un autre dossier d'importance au profit d'un juge d'instruction parisien. C'est donc le cabinet de ce même confrère qui était perquisitionné par ce même magistrat dans une affaire autre que celle du dessaisissement et concernant les conditions d'un appel d'offres au profit du cabinet avec un client de droit public ce que rappelle la Cour de cassation en rejetant le pourvoi sur ce point de contestation de *l'impartialité subjective* au motif que « *le JLD n'étant pas le juge de la récusation* ».

La Chambre criminelle rejette l'argument de l'impartialité subjective en estimant que « *Il ne peut être reproché au juge des libertés et de la détention d'avoir commis un excès de pouvoir en ordonnant le versement, au dossier de l'information, de documents saisis par le juge d'instruction au cabinet de la demanderesse au pourvoi, avocat au barreau de Paris, malgré un conflit qui opposerait ce juge d'instruction à un associé de cet avocat, exerçant dans le même cabinet, qui aurait mis en cause l'inaction de ce juge d'instruction dans la conduite d'une information, dans une affaire distincte.*

11. En effet, chargé de statuer sur les contestations élevées à l'occasion de la saisie de documents, effectuée lors d'une perquisition pratiquée par le juge d'instruction dans un cabinet d'avocat, le juge des libertés et de la détention n'est pas juge de la récusation du juge d'instruction.

12. Le grief ne peut donc être admis ».

Au plan des apparences, il semblait légitime de penser que l'heure était à la « perquisition/vendetta » venue troubler la « *sérénité* » annoncée de temps à autre par la Conférence des procureurs généraux comme indispensable à l'équilibre des forces au sein de la sacro-sainte famille judiciaire pourtant dans certains dossiers en perpétuel affrontement.

Une perquisition chez un avocat ne peut être fondée que sur l'existence antérieure et effective d'indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction comme auteur ou comme complice.

En cette matière, qu'il soit admis une fois pour toutes que le néant ne constituera jamais l'indice de quoi que ce soit.

Nos confrères perquisitionnés sont donc invités à exercer des recours en excès de pouvoir (comme d'ailleurs les Ordres et les Bâtonniers) ou encore à déposer des requêtes en nullité en fonction de l'évolution de la procédure faute de pouvoir former appel contre l'ordonnance du JLD.

Proposition de réforme : La décision de perquisition doit être portée à la connaissance du bâtonnier et de son délégué et de l'avocat perquisitionné.

Proposition de réforme : L'ordonnance du JLD statuant sur la contestation doit pouvoir être frappée d'appel par le bâtonnier ou son délégué et par l'avocat perquisitionné.

Par arrêt du 23 octobre 2019 (n°18-84738), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a également jugé que :

Vu l'article 593 du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que tout arrêt de la chambre de l'instruction doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte à la suite de dénonciations de faits de corruption et favoritisme lors de l'attribution du marché public de la construction de la Nouvelle route du Littoral à la Réunion, le parquet national financier a ordonné plusieurs perquisitions dans les locaux du Conseil régional de la Réunion, au cours desquelles des documents papiers, la copie de fichiers informatiques et des messageries électroniques ont été saisis ; que le Conseil régional de la Réunion a sollicité, le 27 juillet 2017, que lui soit restitué l'ensemble des éléments couverts par le secret professionnel attaché aux correspondances avocat-client saisi par les enquêteurs lors des opérations de perquisition des 8 octobre 2015 et 3 mai 2016 ; que, par décision en date du 31 août 2017, le procureur de la République financier a rejeté cette demande ; que le Conseil régional de la Réunion a relevé appel de cette décision;

Attendu que, pour rejeter la demande du Conseil régional de la Réunion en restitution des éléments saisis couverts par le secret professionnel, l'arrêt retient que la décision de refus de restitution est motivée par le fait que l'enquête préliminaire, ouverte le 13 mars 2014, est toujours en cours et que la conservation des données saisies demeure utile à la manifestation de la vérité, motif se rattachant à la dernière catégorie visée par le deuxième alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale qui indique que la décision de non restitution peut être prise par le procureur de la République pour l'un des motifs explicitement énoncés ainsi que pour tout autre motif ; que les juges ajoutent que, sous couvert de la demande de restitution, qui, indéterminée dans sa portée, ne leur permettrait même pas d'en apprécier la pertinence, étant précisé que seules des copies ayant été appréhendées, les originaux des données placées sous main de justice sont restés en possession du Conseil régional, il leur est ainsi demandé de s'immiscer dans l'enquête préliminaire pour en apprécier l'opportunité de certains actes d'enquête ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le contenu des documents dont la restitution était sollicitée, s'agissant de correspondances entre la personne visée par l'enquête et son avocat, était étranger à l'exercice des droits de la défense et si l'atteinte portée au secret des correspondances invoqué était nécessaire et proportionnée au but recherché, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale ».

2.3) S'agissant de la jurisprudence du JLD, une première ordonnance du JLD de Rennes du 8 mars 2013 a consacré le principe de la présomption d'innocence au bénéfice des avocats :

« S'agissant plus particulièrement des pièces échangées entre un avocat et son client dans le cadre de la défense pénale de ce dernier, la saisie n'est susceptible de concerner que les pièces qui sont de nature à faire suspecter l'implication de l'avocat lui-même dans la commission de l'infraction reprochée à son client.

Il n'est évidemment pas nécessaire au stade de la perquisition que soit démontrée la culpabilité de l'avocat, **lequel est présumé innocent**, mais simplement qu'il existe au regard des pièces, des indices de la possible commission d'une infraction dont l'information devra confirmer ou infirmer l'existence.

A cet égard, il convient d'observer que les pièces éventuellement versées à la procédure peuvent constituer des éléments à charge comme à décharge ».

Une autre ordonnance du JLD de Paris du 9 octobre 2014 retient qu'au stade de la perquisition qu'il n'est « aucunement démontré que les téléphones portables utilisés par Me X ont été utilisés à des fins délictueuses ou criminelles, ou dans la préparation des faits, objets de l'information en cours » et les restitue.

Cette ordonnance ajoute, concernant le rôle du JLD, que ce magistrat doit « exercer un contrôle suffisamment rigoureux de nature à éviter, sous quelque forme que ce soit, que soit portée une quelconque atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense mais aussi au respect de la confidentialité qui s'attache aux fonctions de Bâtonnier en exercice, dans sa relation avec l'ensemble des confrères de son Barreau ».

Il a été jugé par ordonnance du JLD de Paris du 7 octobre 2016 que : « Le secret professionnel d'un avocat ne peut être évincé que s'il existe des indices **effectifs** de la participation de cet avocat à la commission d'une infraction, indices qui doivent **préexister** à la perquisition et résulter **intrinsèquement** du contenu de chacune des pièces saisies ». En outre, par cette même décision, le JLD a jugé que « **la protection du secret professionnel fait obstacle à la saisie de pièces uniquement utiles à la détermination des circonstances d'une infraction ayant pu être commise par ailleurs** ».

Relevons en outre l'**ordonnance du JLD de Versailles du 26 mai 2017** qui retient que : « Le secret professionnel de l'avocat n'a pas un caractère absolu et les dispositions précitées (article 66-5 loi de 1971) ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces :

- qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité,
- mais à la condition que celles-ci ne soient pas relatives à l'exercice des droits de la défense,
- cette dernière restriction pouvant être levée seulement en cas de suspicion d'implication de l'avocat concerné dans l'infraction (...)

Qu'ainsi, le document saisi, nonobstant son utilité pour la manifestation de la vérité, bénéficie de la protection absolue des droits de la défense s'agissant d'une correspondance entre avocats où sont abordées des données confidentielles relatives à leurs clients respectifs et leurs intérêts.

Que faute d'éléments constitutifs d'une présomption d'implication de l'avocat dans l'infraction concernée, il ne saurait être dérogé au principe de la protection du secret professionnel.

Qu'il convient par conséquent d'invalider la saisie..., d'en ordonner la restitution... et d'ordonner la cancellation de toutes références aux documents restitués ou à leur contenu qui figureraient dans le dossier de la procédure ».

Relevons également une ordonnance du JLD de Paris du 2 avril 2017 qui décide qu'il y a lieu de « considérer que la perquisition litigieuse, qui par sa nature intrusive pourrait générer une atteinte excessive à la renommée du cabinet d'avocats, a été conduite en l'espèce avec mesure et célérité, sans priver l'avocat des originaux nécessaires au libre exercice de sa profession ».

Par conséquent, un document couvert par le secret professionnel, même s'il est objectivement utile à la manifestation de la vérité, ne peut être versé en procédure que s'il permet de caractériser « une présomption d'implication », en d'autres termes, des indices de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, appréciation qui devra se faire de manière intrinsèque.

Par ordonnance du 30 octobre 2018, le JLD de Paris a jugé « qu'il (l'élément saisi) ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, **étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet**, que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée ».

Par une ordonnance du 17 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « si le secret ainsi défini ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du Code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogation concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence, la révélation **intrinsèque** des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat ».

Par ordonnance rendue le 19 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « si le secret... ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du Code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence la révélation **intrinsèque** des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat ».

Par ordonnance rendue le 26 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « attendu néanmoins que le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir un caractère absolu et que les dispositions précitées ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat **des pièces qui seraient de nature à démontrer son implication dans l'infraction, ou des pièces qui, dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction** ».

Par ordonnance rendue le 29 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « si le secret ainsi défini ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque **les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles en l'espèce d'établir ou non** à l'encontre de Maître X les infractions de (...) ».

Par une autre ordonnance rendue le 29 avril 2019, le JLD de Paris a jugé que « s'agissant des échanges entre avocats, il faut rappeler qu'ils sont couverts par le secret professionnel et que ce secret ne peut être surmonté que si les échanges en question manifestent l'indice d'une implication de Maître Z ou des autres avocats, dans la commission des infractions visées par la poursuite (...).

Ces échanges entre avocats sont succins et laconiques ; en tout état de cause en aucun endroit ils ne portent l'indice d'une implication de Maître Z ou des autres avocats. Ce scellé ne sera donc pas versé à la procédure d'instruction (...).

Ce sont là des conversations entre avocats qui sont intervenus pour la défense de W ; à ce titre ces conversations sont couvertes par le secret professionnel ; ainsi qu'il a été dit plus haut, ce secret professionnel ne peut être levé qu'à la condition que ces conversations montrent l'indice de la participation d'un avocat à la commission des infractions visées par la poursuite, tel n'est pas le cas en l'espèce (...).

Il faut observer que le scellé est bien constitué par des conversations entre avocats s'agissant de la défense de W et qu'à ce titre ces conversations sont protégées par le secret professionnel sauf si leur teneur manifeste l'indice de la participation de Maître Y à la commission des infractions visées dans la poursuite ».

Et plus précisément, sur le rôle du JLD quant à l'appréciation de l'inexistence d'indices et la déclaration d'innocence à propos des avocats perquisitionnés : « *il ressort de cet échange de courriel que ni Maître X ni aucun autre des avocats de la défense n'ont connaissance que ces documents qu'ils reçoivent seraient des faux ».*

« Il apparaît que cet échange pourrait être utile puisqu'il montre que les documents concernant W n'ont pas été forgés par Maître Z mais viennent d'une tierce personne ».

Par une ordonnance du 3 juillet 2019, le JLD de Paris a jugé à propos des documents officiels, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas relatifs à l'exercice des droits de la défense, que : « *Si le secret ainsi défini ne peut revêtir aucun caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis sont susceptibles d'établir ou non l'existence des infractions reprochées à l'encontre de l'avocat.*

Ainsi, il y a lieu de distinguer d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité, et d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel et qui ne peuvent être versés à la procédure d'instruction qu'à la condition qu'ils manifestent l'indice de la participation de l'avocat à l'infraction objet de la poursuite (...).

Attendu que le secret professionnel de l'avocat ne saurait avoir un caractère absolu et que les dispositions précitées ne s'opposent pas à la saisie chez l'avocat des pièces qui seraient de nature à démontrer son implication dans l'infraction, ou des pièces qui, dès lors qu'elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense, sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec l'infraction.

Attendu que les pièces présentées par le Ministère public n'apparaissent pas couvertes par le secret professionnel, qu'aucun des fichiers n'est en lien direct avec l'exercice des droits de la défense (...).

Attendu néanmoins que pour être versé à la procédure, un document doit connaître une utilité dans le cadre de la recherche de la vérité ; qu'il ne résulte pas des documents présentés une utilité à la présente procédure ni, au surplus, la caractérisation directe d'une infraction pénale ; que l'infraction d'origine n'est pas concernée par ces pièces ; que les faits de blanchiment ne sont pas non plus concernés par ces pièces à défaut de flux financiers dont il serait fait la démonstration par le Ministère public ; qu'il est évoqué un réemploi de fonds... en l'absence de flux démontrés ou a minima tracés ».

Par ordonnance du 28 septembre 2020, le JLD de Paris a jugé que « *S'agissant d'un cabinet d'avocat, il convient de distinguer entre trois sortes de documents :*

- d'une part, les documents qui ne sont pas couverts par le secret professionnel et qui peuvent être versés à la procédure s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité,*
- d'autre part, les documents couverts par le secret professionnel à condition qu'ils soient utiles à la manifestation de la vérité,*
- enfin, les documents qui ont trait aux droits de la défense et que ne peuvent être versés à la procédure que s'ils portent en soi l'indice ou la présomption rendant plausible la participation ou l'implication de l'avocat dans la commission de l'infraction objet de la poursuite ; hormis cette condition, le document touchant aux droits de la défense ne pourra être versé à la procédure ;*

Il faut rappeler que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ».

Par ordonnance du 5 octobre 2020, le JLD de Marseille a jugé que « l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit explicitement l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée lorsqu'elle est nécessaire à la prévention des infractions pénales et qu'elle répond au principe de proportionnalité par rapport au but visé. Qu'il résulte de la combinaison de ces textes (56-1 CPP et article 8 CEDH) que peuvent être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficient pas de la protection du secret professionnel et, d'autre part, ceux qui bien que couverts par cette protection sont en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, sont nécessaires à la manifestation de la vérité ou de nature à établir ou rendre vraisemblable la preuve de l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice, **sous réserve toutefois des documents concernant l'exercice des droits de la défense, constitutifs d'un droit supérieur, devant à ce titre, bénéficier d'une protection renforcée** ».

2.4) S'agissant précisément des perquisitions en enquête préliminaire et de l'application des dispositions de l'article 76 alinéa 4 du Code de procédure pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé trois arrêts des 23 novembre 2016 (n°15-83649), 14 novembre 2017 (n°17-81688) et 10 janvier 2018 (n°17-83932) que l'ordonnance du JLD qui autorise la perquisition sans assentiment ne peut se borner à se référer à la requête présentée par le Procureur de la République et doit contenir une motivation justifiant de la nécessité de la mesure :

« Vu l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Attendu que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décidant, sur requête du procureur de la République à l'occasion d'une enquête préliminaire, que les opérations prévues par le premier de ces textes seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être motivée au regard des éléments de fait et de droit justifiant de leur nécessité ;

Que cette exigence d'une motivation adaptée et circonstanciée s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et en tenant compte de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur ;

Que cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée et doit permettre au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquelles ces opérations ont été autorisées ;

Attendu qu'il se déduit de l'ensemble de ces éléments que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte ;

Attendu que, pour rejeter l'exception de nullité tirée de l'absence de motivation de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention en date du 7 décembre 2015, autorisant la perquisition au domicile du mis en examen, l'arrêt énonce notamment que si cette décision doit, conformément aux dispositions de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant la nécessité de ces opérations, elle peut se référer expressément à la requête présentée par le procureur de la République lorsque celle-ci comporte toutes les indications exigées par le texte et qu'en l'espèce, la requête du procureur de la République datée du 7 décembre 2015 et qui figure au dossier après avoir été annexée par procès-verbal de jonction de pièces, indique, après mentions de la qualification de l'infraction et de l'adresse des lieux, que les nécessités de l'enquête exigent qu'il soit procédé aux opérations de perquisitions et de saisies sans l'assentiment des personnes concernées, en ce que "le couple s'il était simplement convoqué par le service enquêteur pourrait être tenté de faire aisément disparaître des preuves, s'agissant essentiellement de données informatiques"

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ne contient aucune motivation justifiant de la nécessité de la mesure, la chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ;

2.5) CEDH :

Par son arrêt *Leotsakos c/ Grèce* 4 octobre 2018, requête n°30958/13, la CEDH a jugé que :

« 47. La Cour note d'abord que la perquisition litigieuse a été effectuée en application du même mandat que celui que la Cour a eu à examiner dans l'arrêt *Modestou* précité.

48. Dans cet arrêt, la Cour a souligné qu'une perquisition effectuée au stade de l'enquête préliminaire doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes **qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction** (*ibid.* § 44) ».

Par l'arrêt *Modestou c. Grèce* du 16 mars 2017 (Requête n°51693/13), elle a déjà jugé que :

« 44. La Cour relève d'abord que la perquisition en question a eu lieu au stade de l'enquête préliminaire, un stade antérieur à l'instruction préparatoire et donc particulièrement précoce de la procédure pénale. **La Cour considère qu'une perquisition effectuée à un tel stade doit s'entourer des garanties adéquates et suffisantes afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction.**

La Cour estime aussi opportun de distinguer la présente affaire de certains arrêts de la Cour cités par le requérant et qui concernent **des cas de perquisition dans des cabinets d'avocats ;**

les garanties devant entourer les perquisitions dans ce type de lieu pouvant être plus strictes que celles dans un appartement privé ou un local professionnel, compte tenu de la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients.

45. En application de sa jurisprudence, la Cour se doit d'examiner les modalités d'émission et les termes mêmes du mandat de perquisition pour vérifier si des précautions suffisantes ont été prises pour garantir que celle-ci ne dépassât pas le but de prévention et de répression des infractions envisagées par la mesure. **Un mandat de perquisition doit être assorti de certaines limites pour que l'ingérence qu'il autorise dans les droits garantis par l'article 8, et en particulier le droit au respect du domicile, ne soit pas potentiellement illimitée et, partant, disproportionnée. Par conséquent, un mandat de perquisition doit comporter des mentions minimales permettant qu'un contrôle s'exerce sur le respect, par les agents qui l'ont exécuté, du champ d'investigation qu'il détermine. En outre, la personne visée doit disposer d'informations suffisantes sur les poursuites se trouvant à l'origine de l'acte en cause pour lui permettre d'en déceler, prévenir et dénoncer les abus** (*Van Rossem c. Belgique*, précité, §§ 45 et 47) ».

Au plan conventionnel, la CEDH a également condamné l'Azerbaïdjan notamment au visa de l'article 8 de la Convention à la suite d'une perquisition pratiquée chez un avocat, sans que soient préalablement caractérisées contre lui des raisons plausibles de soupçonner sa participation à la commission d'une infraction, dans les termes suivants :

« La Cour souligne que la perquisition des cabinets d'avocats requiert un contrôle particulièrement rigoureux en ce que la persécution et le harcèlement de gens de loi touche le cœur même du système de la Convention. La Cour relève en particulier que le tribunal a autorisé la perquisition en se fondant sur des motifs vagues, sans aucune mention de faits en lien avec les infractions spécifiques d'abus de pouvoir et de faux qui étaient reprochées à M. Aliyev. Il n'apparaît pas que le tribunal se soit assuré de l'existence de raisons plausibles de soupçonner M. Aliyev ni de la possibilité de trouver des éléments de preuve pertinents à son bureau ou à son domicile. Dans son ensemble, la perquisition ne poursuivait aucun des buts légitimes énumérés dans l'article 8 pour justifier une ingérence dans la vie privée d'une personne. Il y a donc eu violation de cette disposition » (CEDH 20 septembre 2018, Aliyev contre Azerbaïdjan, req. 68762/14 et 71200/14).

En tout état de cause, une perquisition ne saurait avoir pour but la découverte chez l'avocat en sa seule qualité d'avocat d'un client soupçonné, d'éléments susceptibles d'établir l'indice d'une infraction et d'être utilisés à charge contre ce dernier alors qu'à aucun moment l'avocat n'a été soupçonné d'avoir participé à la commission d'une quelconque infraction antérieurement à la perquisition (Arrêt CEDH André c. France 24 juillet 2008 requête n°18630/03).

Cette solution a été réaffirmée par la CEDH par arrêt du 3 décembre 2019 (Affaire KIRDÖK ET AUTRES c. TURQUIE, Requête n 14704/12) :

« 49. La Cour rappelle que les mesures imposant aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, par exemple dans le cadre de la lutte contre les infractions pénales, doivent être impérativement encadrées d'une façon stricte, les avocats occupant une situation centrale dans l'administration de la justice (voir, inter alia, Heino c. Finlande, n 56720/09, § 43, 15 février 2011, et Kolesnichenko c. Russie, n 19856/04, § 31, 9 avril 2009). 50.

Quant au cas particulier des saisies opérées dans le cabinet d'un avocat, la Cour rappelle qu'elles doivent impérativement être assorties des garanties spéciales de procédure, puisque ces saisies portent incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. D'ailleurs, la protection du secret professionnel fait partie des droits de la défense au sens de l'article 6 de la Convention : elle est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce qui présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé » (voir, inter alia, Niemietz, précité, § 37, et André et autre c. France, n 18603/03, §§ 41-42, 24 juillet 2008) (...)

*52. En l'espèce, la Cour constate que **les requérants, de profession avocat, n'étaient pas visés eux-mêmes par une enquête pénale, mais qu'ils partageaient leurs bureaux avec un autre avocat qui faisait l'objet des poursuites pénales dans le cadre desquelles la perquisition litigieuse avait été ordonnée.** Les requérants ont fait valoir devant les autorités judiciaires que les données électroniques saisies lors de cette perquisition, à savoir celles sur le disque dur de l'ordinateur de bureau (indiqué au début comme ayant l'usage collectif, ensuite indiqué comme ayant l'usage exclusif des requérants) et sur la clé USB, leur appartenaient et relevaient de leur secret professionnel entre avocats et clients (...).*

54. La Cour observe en outre que l'ampleur large de l'ordonnance s'est reflétée dans la manière dont elle a été exécutée. **Bien qu'un représentant du barreau d'Istanbul et l'une des requérants, M Kirdök, aient assisté à la perquisition et que les données saisies aient été placées dans un sac scellé, aucune autre mesure de protection spéciale n'était en place contre l'ingérence dans le secret professionnel.** En effet, aucune procédure de filtrage des documents ou des données électroniques protégés par le secret professionnel ne semble pas être suivie et/ou aucune interdiction explicite de saisir des données protégées par ce secret n'avaient été imposées pendant la perquisition en cause (voir *Kolesnichenko c. Russie*, précité, § 34, et *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH*, précité, § 63). Au contraire, l'ensemble des données se trouvant sur le disque dur de l'ordinateur utilisé conjointement par les avocats qui partageaient les locaux ainsi que sur une clé USB ont été saisies (voir paragraphe 12 ci-dessus).

55. La Cour observe ensuite qu'une fois le secret professionnel des relations avocats-clients invoqué et le retour des données électroniques saisies demandé, la loi imposait aux autorités judiciaires une obligation de procéder rapidement à un examen des données saisies, et, le cas échéant, de restituer aux intéressés ou de détruire les données protégées par ce secret. Cependant, la législation et la pratique du droit national n'étaient pas claires sur les conséquences attribuées à un éventuel manquement par les autorités judiciaires à cette obligation (...)

58. A la lumière de l'ensemble de ces éléments, la Cour estime qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention, les mesures imposées aux requérants quant à la saisie de leurs données électroniques et au refus de les restituer ou de les détruire n'ayant répondu à aucun besoin social impérieux, qu'elles n'étaient pas, en tout état de cause, proportionnées aux buts légitimes visés et que, de ce fait, elles n'étaient pas nécessaire dans une société démocratique ».

3) Le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de défense ainsi qu'aux honoraires de l'avocat :

Le secret professionnel s'applique en toutes matières, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique...) comme exposé plus loin.

« C'est ainsi que le juge doit garantir la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense (*Crim. 13 décembre 2006, n°06-87.169, Bul. n°313*). La confidentialité des documents saisis lors d'une perquisition faite au cabinet d'un avocat doit être assurée : « par la circonstance que leur consultation est réservée au magistrat instructeur et au bâtonnier ou à son délégué et que ce dernier peut s'opposer à la mesure envisagée, toute contestation étant soumise au juge des libertés et de la détention » (*Crim. 8 juillet 2015, no15-81.179*).

Mais des pièces échangées entre l'avocat et son client peuvent être saisies lorsqu'elles sont de nature à caractériser la participation de l'avocat à une infraction (*Crim. 18 juin 2003, n°03-81.979, Bul. no129 ; Crim. 4 octobre 2016, n°16-82.308*). La saisie effectuée doit être en relation directe avec l'infraction, objet de la poursuite, être destinée à apporter la preuve de la participation éventuelle de l'avocat à cette infraction, et être limitée aux seuls documents nécessaires à la manifestation de la vérité (*Crim. 1er mars 2006, n°05-87.252, Bul. n°60*).

Il revient au juge des libertés et de la détention, en cas de contestation d'une saisie de documents au cabinet d'un avocat : « de prendre personnellement connaissance des documents saisis et de décider s'ils doivent être restitués ou versés dans le dossier de la procédure » (*Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021, Bul. n°155*).

Par ordonnance du JLD de Paris du 30 octobre 2018, il a été jugé que « la protection du secret professionnel de l'avocat est un principe de portée générale qui vise à protéger l'exercice de la profession d'avocat. Il ne saurait être restreint au motif que les saisies sont opérées dans le cadre d'une information judiciaire ouverte sur constitution de partie civile d'un client de l'avocat concerné ».

3.1. Les textes :

➤ Article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. **Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.**

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

➤ Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011

« **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 ».

➤ Article 2 du RIN : le secret professionnel

L. 31 déc. 1971, art. 66-5 ; D. 12 juill. 2005, art. 4 ; C. pénal, art. 226-13

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 ETENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL

Art. 2.2 modifié par DCN n°2007-001, AG du Conseil national du 28-04-2007

« 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 ...) :

- 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, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

Dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat peut faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable.

Si le nom donné en référence est celui d'un client qui a été suivi par cet avocat en qualité de collaborateur ou d'associé d'un cabinet d'avocat dans lequel il n'exerce plus depuis moins de deux ans, celui-ci devra concomitamment aviser son ancien cabinet de la demande d'accord exprès adressée à ce client et indiquer dans la réponse à appel d'offres le nom du cabinet au sein duquel l'expérience a été acquise.

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 ».

3.2. La jurisprudence :

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 3 mai 2012 (n°11-14008) la solution suivante dans le cadre d'opérations de visites l'administration fiscale chez un client :

« Il résulte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 qu'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 ».

Par arrêt rendu le 4 octobre 2016 (n°16-82308), la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « si aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, les pièces échangées entre l'avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à ce que l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction, dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les articles 56 à 56-4, 76 et 96 du code de procédure pénale, procèdent à la saisie de telles pièces utiles à la manifestation de la vérité lorsque leur contenu est étranger à l'exercice des droits de la défense ou lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (cf arrêt rendu le 3 avril 2013 n° Y12-88.021 : « Ne peuvent être saisis que des documents ou objets relatifs aux infractions mentionnées dans la décision de l'autorité judiciaire, sous réserve, hors le cas où l'avocat est soupçonné d'avoir pris part à l'infraction, **de ne pas porter atteinte à la libre défense** »).

Elle a maintenu l'arrêt de la Chambre de l'instruction qui avait retenu que « chacune des pièces saisies comporte **intrinsèquement** des indices d'implication de l'avocat dans le système X et se trouve ainsi en lien direct avec les faits objets de l'enquête ».

Par arrêt rendu le 12 mai 2017 (n°15-28.943 ; 15-29.129), la Chambre Sociale de la Cour de cassation a réaffirmé que : « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, et 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 ; Attendu, selon ces textes, qu'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 ; que, sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévus ou autorisés par la loi, l'avocat ne peut commettre, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel ».

Par arrêt rendu le 15 mars 2017 (n°15-25.649), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a également réaffirmé que : « Mais attendu que selon l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel des avocats les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères ».

S'agissant de la jurisprudence du JLD, il faut préciser que deux ordonnances rendues le 16 mars 2012 en faveur de deux avocats fiscalistes ont déjà consacré le secret professionnel tant dans le domaine de la défense que dans celui du conseil :

« Attendu qu'il résulte notamment des dispositions de l'article 66-5 modifié de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qu'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 ; que peuvent cependant être saisis au cabinet d'un avocat, d'une part, les documents qui ne bénéficieraient pas de la protection du secret professionnel, d'autre part, ceux qui, couverts par cette protection, seraient susceptibles de se rattacher directement à la commission d'une infraction et de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice (...).

Attendu que pour solliciter le versement au dossier de ces documents, le juge d'instruction fait valoir qu'ils sont utiles pour connaître l'étendue des revenus et du patrimoine de X, que X a régularisé sa situation fiscale dans le courant du mois de janvier 2012 mais que les avoirs susceptibles de faire l'objet d'une imposition ne paraissent pas déclarés en totalité, le montant éludé apparaissant supérieur à celui déclaré détenu à l'étranger.

Attendu que pour s'opposer au maintien sous scellé de ces documents, le représentant du Bâtonnier fait d'abord valoir qu'ils sont couverts par le secret professionnel ; qu'il ajoute qu'il n'est pas démontré qu'ils se rattacheraient directement à la commission des infractions dont est saisi le juge d'instruction et qu'ils ne seraient pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en tant qu'auteur ou complice ;

Attendu que ces documents consistent essentiellement en des relevés de comptes de sociétés ouverts dans des banques sises à Zurich ; qu'il résulte des termes de l'ordonnance de saisine du juge d'instruction qu'une commission rogatoire internationale a été délivrée aux autorités suisses afin d'obtenir les relevés bancaires des sociétés dans la mouvance des consorts X ; que les autorités suisses ont refusé de coopérer dans la mesure où le délit de soustraction à l'impôt n'entre pas dans le champ de l'entraide judiciaire ; que ces documents sont donc couverts par le secret bancaire qui, en l'état, n'est pas susceptible d'être levé ;

Attendu que les relevés bancaires ont été remis par X à son avocat, dont il n'est pas contesté qu'il a effectué une déclaration de régularisation auprès de l'administration fiscale, dans le cadre notamment de sa défense pénale ; qu'ils sont donc couverts par le secret professionnel ;

Attendu que les autres documents constituent des pièces du dossier de l'avocat, reçues de son client dans le cadre de l'exercice de sa profession, qu'ils sont donc également à ce titre couverts par le secret professionnel ;

Attendu qu'il ressort de l'ordonnance de saisine du magistrat instructeur que la fraude présumée a consisté en la souscription de déclarations minorées d'impôt sur le revenu et d'impôt sur la fortune pour les années (...) ; qu'il convient de relever que la déclaration de régularisation de (...), à supposer qu'elle soit minorée et qu'elle soit susceptible de faire l'objet d'une plainte de l'administration fiscale, **n'entre pas en l'état dans la saisine du juge d'instruction, qu'aucun document saisi ne permet de contester que Maître Z n'est intervenu dans le dossier de X, comme il le déclare, qu'à partir de (...), suite aux perquisitions effectuées notamment au domicile des conjoints X dans le cadre de la présente instruction** ; que Maître Z n'est donc pas susceptible d'être impliqué en tant qu'auteur ou complice dans les faits concernés (...)

Attendu que ces documents seront restitués étant couverts par le secret professionnel et n'étant pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés en tant qu'auteur ou complice ».

« Attendu qu'il résulte, pour ces documents de la description donnée ci-dessus, qu'ils sont couverts par le secret professionnel, s'agissant de courriels échangés entre avocats, de correspondance entre client et son avocat ou encore d'accusés de réception adressés par un client à son avocat ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ;

Attendu qu'il s'agit des documents suivants saisis dans le dossier (...), **que ces documents constituent des pièces du dossier de l'avocat, remises dans le cadre de l'exercice de sa profession ; qu'ils sont donc à ce titre couverts par le secret professionnel ;**

Attendu qu'il n'est pas contesté que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués ;

Attendu que s'agissant d'un courrier entre un client et son avocat et d'un projet de contrat remis par le client à ce dernier, ils sont couverts par le secret professionnel ;

Attendu que ces documents ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de Maître Y dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice ; qu'ils seront donc restitués.

Par ordonnance rendue le 5 septembre 2018, le JLD de Rennes a jugé que « le secret couvre par ailleurs l'intégralité des activités professionnelles de l'avocat sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les activités de défense pénale ou civile et les activités de gestion ou de conseil. Il n'y a plus lieu de distinguer entre les documents échangés entre avocats et ceux échangés entre un avocat, ses clients ou des tiers. En revanche, ne sont pas couverts par le secret professionnel, tous les documents extérieurs à l'activité judiciaire ou juridique de l'avocat ».

Par ordonnance rendue le 25 septembre 2018, le JLD de Paris a jugé que « il appartient au Juge des libertés et de la détention de vérifier si les conditions légalement requises pour la saisie de documents et de pièces lors d'une perquisition au sein d'un cabinet d'avocat sont réunies. Il incombe au Juge des libertés et de la détention d'établir une balance entre des intérêts duals ; d'une part, le secret professionnel qui est une prérogative de l'avocat et un principe absolu, d'autre part les nécessités de l'enquête et la recherche de la manifestation de la vérité lorsque l'avocat pourrait être suspecté d'avoir commis une infraction ;

Le secret professionnel est certes absolu en son principe mais peut trouver dérogation dès lors qu'il existe des présomptions que l'avocat ait commis une infraction ; présomptions sérieuses ou à tout le moins des indices qui rendent plausibles la mise en cause de l'avocat ; en ce cas, le secret professionnel ne peut faire obstacle au code pénal, aux intérêts de la société et à la manifestation de la vérité ;

La perquisition ne peut donner lieu à saisine de documents couverts par le secret professionnel que dans la seule et stricte mesure où un lien est caractérisé entre le document saisi et l'infraction reprochée à l'avocat ;

Il faut rappeler, à cet égard, que tant en matière de conseil que de défense sont couvertes par le secret professionnel : les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à ce dernier, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et son confrère, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier ; ce sont là les dispositions de l'article 66-5 modifié par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ».

Toutefois, par trois ordonnances des 10 et 11 décembre 2019, le JLD qui reconnaît que le secret professionnel s'applique en matière de conseil et de contentieux fiscal, l'évince cependant lorsqu'il apparaît que les pièces saisies sont utiles à la manifestation de la vérité.

Il est argué de ce que la nature fiscale de l'activité objet de la perquisition n'est pas assimilable à une activité de défense pénale couverte par le secret.

Ces solutions sont totalement contestables et participent d'un excès de pouvoir au regard de la loi mais méritent d'être rappelées pour la clarté du débat étant précisé que les contestations seront maintenues dans ce type d'hypothèses :

Par une ordonnance du 10 décembre 2019, le JLD a rappelé les principes dégagés par les ordonnances précitées du 16 mars 2012 mais en ajoutant à propos d'une activité de conseil en matière fiscale et précisément de constitution de trusts à l'étranger, que « *si le secret ainsi défini ne peut revêtir un caractère absolu de nature à faire échec aux dispositions du code de procédure pénale, cette protection doit être strictement appréciée et ne peut connaître de dérogations concernant l'exercice des droits de la défense que lorsque les documents saisis dans le cadre de l'information judiciaire sont susceptibles d'établir ou non à l'encontre de Maître X les infractions d'association de malfaiteurs en vue de la préparation des délits de fraude fiscale, de blanchiment aggravé en bande organisée de fraude fiscale aggravée et de fraude fiscale aggravée en bande organisée qu'elles aient été commises par Maître X en qualité d'auteur ou de complice (...).*

L'ensemble des documents saisis relèvent du devoir de conseil entre l'avocat et son client ou se rapportent à des échanges de mails entre avocats au sujet du trust (...). En tant que tels, ils sont bien évidemment couverts par le secret professionnel de l'avocat mais ne ressortent aucunement de l'exercice des droits de la défense. Ils apparaissent particulièrement utiles à la manifestation de la vérité dans la mesure où ils précisent les liens entre les différents intervenants, sont en lien direct avec les infractions poursuivies alors que leur saisie est proportionnée aux buts recherchés. Ils seront dans ces conditions versés à la procédure ».

Par une deuxième ordonnance du même jour, le JLD à propos de courriels que l'avocat s'adresse à lui-même en matière fiscale relative à des trusts, a décidé que « *ce sont là des documents qui ont trait à l'intimité de la pensée de l'avocat et de l'idée qu'il se fait d'une défense qui pourrait être suggérée à son client ; ce sont donc là des documents qui sont nécessairement couverts par le secret professionnel, l'avocat étant évidemment libre d'émettre ses réflexions sur un dossier en ayant la garantie que ses pensées seront couvertes par le secret professionnel ; en revanche, ces deux courriels ne touchent pas aux droits de la défense ; le courriel qui retrace l'historique du trust ne concerne évidemment pas les droits de la défense, il est en revanche utile à la manifestation de la vérité... S'agissant de la question du secret professionnel, il faut remarquer que les documents saisis sont des pièces de travail avec des listings d'opérations et de trusts ; en ce sens, ces documents ne sont pas couverts par le secret professionnel et ils n'intéressent pas les droits de la défense ».*

Par une ordonnance du 11 décembre 2019, le JLD rappelle les règles précitées en précisant que « les missions de conseil d'un avocat, notamment en matière fiscale même dans le cadre d'une assistance dans un contentieux fiscal, ne paraissent pas assimilables à l'activité de défense pénale telle que définie par la Cour de cassation dans une décision du 3 avril 2013 suite à une QPC et que les pièces en relevant, même couvertes par le secret professionnel, peuvent dès lors être saisies dès lors qu'elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et en relation directe avec les infractions recherchées sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'indices ou d'éléments attestant d'une participation de ou des avocats concernés par ces pièces à une quelconque infraction ».

En l'espèce, le JLD retient « qu'aucune des pièces saisies ne relève de la défense pénale de sorte que ce sont les règles relatives à la protection du secret professionnel qui trouveront à s'appliquer selon les principes ci-dessus rappelés ».

3.3) Précisément, s'agissant des honoraires d'avocat, y compris ceux payés en espèces même au-delà des limites des articles L112-6 et D112-3 du CMF, ceux-ci sont couverts par le secret professionnel :

➤ **Jurisprudence du JLD :**

-Ordonnance JLD Paris 20 juin 2011 : « Sur les conventions d'honoraires, les notes d'honoraires et les justificatifs de paiement d'honoraires entre Me X et... Attendu que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel, qu'ils ne sont pas de nature à rendre vraisemblable l'implication de l'avocat dans les faits concernés, en qualité d'auteur ou de complice, qu'ils seront restitués à Me X... ».

-Ordonnance JLD Paris 16 juin 2012 : « Les justificatifs de paiement d'honoraires sont par nature soumis au secret professionnel ».

-Ordonnance JLD Paris 22 juin 2012 : « Que ces documents concernent les maniements de fonds (CARPA) de l'avocat pour le compte de son client ; qu'ils sont couverts par le secret professionnel ».

-Ordonnance JLD Paris 30 octobre 2012 : « Attendu que ces pièces sont constituées de mémorandums détaillant les services rendus accompagnés de notes d'honoraires, qu'il s'agit en fait de conventions d'honoraires très détaillées, que ces documents sont par nature soumis au secret professionnel ».

-Ordonnance JLD Paris 18 janvier 2013 : « S'agissant des notes d'honoraires, ces documents sont par nature soumis au secret professionnel ».

-Ordonnance JLD Bobigny 22 mars 2016 : Qui restitue des espèces saisies (2.810 €) et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif que la perquisition a débuté « en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris ».

-Ordonnance JLD Paris 7 octobre 2016 : « Les honoraires payés par un client à un avocat sont couverts par le secret professionnel et d'une manière générale, les bordereaux CARPA relatifs aux honoraires ou dépens versés à d'autres intervenants (y compris les honoraires de l'avocat) émis par l'avocat dans l'exercice de sa mission de **défense et de conseil** sont couverts par le secret professionnel sauf à ce qu'ils contiennent l'indice d'une infraction susceptible d'avoir été commise par l'avocat »...

-Ordonnance JLD Paris 8 novembre 2016 : « Les factures d'honoraires (...) n'ont fait l'objet d'aucune contestation par la cliente, laquelle les a dûment payées et en a déjà versé des copies à la procédure pénale. Ainsi, sans autre considération tirée du secret professionnel afférent aux dites factures d'honoraires, il y a lieu d'en conclure que leur versement en procédure n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité. Il y a donc lieu d'en ordonner la restitution à Maître X ».

-Ordonnance JLD Paris 11 juin 2017 : « Les notes d'honoraires (...) peuvent être considérées comme parties intégrantes du dossier de conseil et dès lors, couvertes par le secret professionnel ».

-Ordonnance JLD Paris 6 juillet 2017 : « Les originaux des factures d'honoraires de Maître... sont certainement couverts par le secret professionnel ».

-Ordonnance JLD de Senlis 16 octobre 2017 : « Les conventions d'honoraires sont par nature soumises au secret professionnel mais qu'elles peuvent être saisies si elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et si elles ne sont pas relatives à l'exercice des droits de la défense ».

-Ordonnance JLD Paris 8 décembre 2017 : « Qu'au surplus, cette note d'honoraires ne peut être rapprochée en l'état, notamment au regard de sa date... largement postérieure à la période des faits reprochés..., des infractions visées dans l'acte de saisine... Que le secret professionnel lié à ce dernier document ne saurait être ainsi levé ».

-Ordonnance JLD Paris 22 mars 2018 : « L'ensemble de ces pièces sous scellés (notes d'honoraires, conventions d'honoraires, relevés de diligences), couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X... ».

-Ordonnance JLD Rennes 5 septembre 2018 : « S'agissant de conventions d'honoraires entre un avocat et son client, et de documents relatifs au paiement d'honoraires, soumis par nature au secret professionnel ».

-Ordonnance JLD Paris 5 décembre 2018 : A propos de saisie d'espèces (1.500 €) en réalité retirées d'un compte bancaire professionnel dans une enquête du chef de fraude fiscale et blanchiment : « Il y a lieu d'observer que le document (relevé de compte professionnel) faisant état de mouvements pour l'année (...) comporte trois retraits de 500 euros chacun en date des (...); que si on ne saurait en inférer par principe qu'ils ont le caractère d'honoraires couverts par le secret professionnel, aucune note d'honoraire n'étant jointe et peu de mouvements apparaissant au crédit du compte, il n'en demeure pas moins que la période de prévention des faits visés par l'enquête (...) est antérieure de plusieurs années aux dits retraits ; que la somme saisie n'apparaît pas nécessaire à la manifestation de la vérité ni clairement en relation directe avec les infractions ; que dans ces conditions, il y a lieu d'en ordonner la restitution ».

-Ordonnance JLD Paris 26 avril 2019 : A propos de la saisie d'espèces (3.050 €) dans une affaire de blanchiment d'abus de confiance, le JLD retient que « Attendu qu'il est établi lors de la saisie, Me X n'a versé aucun élément permettant d'attester de l'origine de cette somme ; que toutefois, elle s'est présentée à l'audience en présentant une note d'honoraires, établie par elle-même, mais sur lequel figure le nom de son client ; que ces informations sont donc vérifiables ; que la somme saisie n'apparaît en tout état de cause pas nécessaire à la manifestation de la vérité, ni clairement en relation directe avec les infractions, nonobstant les faits de blanchiment sur lesquels porte l'enquête ».

-Ordonnance JLD Paris 3 juillet 2019 : « Attendu qu'il apparaît que les scellés 1 et 2 sont des notes d'honoraire entre les Conseils et leur client ; que les factures contenues dans les scellés 1 et 2 sont couvertes par le secret professionnel ; qu'elles ne manifestent pas l'indice de la participation des avocats à l'infraction objet de la poursuite ; qu'elles ne seront pas versées aux débats et restituées aux parties ; que le scellé 3 n'est pas requis par le Ministère public ; qu'il ne sera pas versé au dossier et reversé aux Conseils ».

-Ordonnance JLD Paris 22 juillet 2019 : « Il faut rappeler que les honoraires d'un avocat sont soumis au régime des documents couverts par le secret professionnel, c'est dire que les sommes trouvées en l'espèce (10.000 €) ne peuvent être saisies que si elles sont en lien avec le blanchiment d'argent allégué ; en l'espèce, un tel lien n'est pas démontré, les sommes trouvées pouvant correspondre à des honoraires donnés par des clients, par ailleurs, Maître X fait valoir de façon pertinente qu'il pourrait justifier de la provenance des sommes si on lui en laissait le temps ».

-Ordonnance JLD Paris 10 décembre 2019 qui retient une solution nuancée s'agissant du devoir de conseil d'un avocat fiscaliste en matière de trust : « *Il faut considérer que la note d'honoraires même accompagnée d'un mémorandum n'est pas couverte par le secret professionnel ; elle ne reprend pas en effet des éléments qui auraient pu être confiés à l'avocat sous le coup du secret par un client ; la note d'honoraires ne met pas d'avantage en cause les conseils qui ont pu être donnés par l'avocat dans l'exercice des droits de la défense... ce scellé n'est pas couvert par le secret professionnel et... peut donc être saisi dès lors qu'il est utile à la manifestation de la vérité, ce qui est le cas en l'espèce puisqu'il permet de constater les relations, à tout le moins de conseil, existant entre Maître X et son client, gestionnaire important d'un trust* ».

-Ordonnance JLD Paris 7 juillet 2020 : « *Attendu que le délégué du Bâtonnier s'est opposé à la saisie de ces éléments en faisant valoir notamment que les espèces en euros saisies correspondent à des honoraires, par principe couverts par le secret professionnel, comme mentionné aux réserves annexées au procès-verbal d'opposition à saisie, que la correspondance saisie est échangée entre un avocat tenu au secret professionnel et une journaliste protégée par le secret des sources ;*

Attendu qu'aux termes de l'article 66-5 alinéa 1 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 7 avril 1997, « 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 celle portant la mention officielle, les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, sont couvertes par le secret professionnel (...) Attendu que Monsieur X a justifié à l'audience du 2 juillet 2020, au moins en partie, l'origine des espèces en euros, en indiquant qu'elles provenaient d'honoraires perçus au moment où il exerçait la profession d'avocat ; qu'il n'est pas démontré à ce stade que ces sommes ont un lien avec les faits qui lui sont reprochés ; qu'il convient de les restituer ».

➤ **Jurisprudence de la Cour de cassation :**

-Cass. Crim 14 janvier 2003 n°02-87062 : « *Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, le 22 mai 2000, lors d'une perquisition effectuée au cabinet de Vincent Y..., les juges d'instruction ont saisi plusieurs documents, parmi lesquels, notamment, des "listings" relatifs à la comptabilité de ce cabinet entre 1992 et 1997 ; que Vincent Y... a demandé l'annulation de cette saisie, soutenant qu'en violation des articles 96 du Code de procédure pénale et 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, avaient été appréhendées des pièces étrangères à l'information et que le secret professionnel avait été méconnu ;*

Attendu que, pour écarter cette argumentation, la chambre de l'instruction énonce, notamment, que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptibles d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale ; qu'elle relève que tel est le cas en l'espèce, l'information ayant pour objet de vérifier la réalité d'une "machination" qui aurait été conçue avec la participation de Vincent Y..., afin d'obtenir de la société Lagardère qu'elle accepte, par une transaction, le versement d'une importante somme d'argent en réparation d'un préjudice imaginaire, allégué par cet avocat devant la Commission des opérations de bourse, le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris au nom de la société GPSC, de la société Calpers et, prétendument, des "petits actionnaires français" de la société Matra ;

Sue les juges retiennent que la saisie des éléments comptables précités était nécessaire pour comparer la liste exhaustive des clients du cabinet de Vincent Y... avec celle de ses prétendus mandants dans les actions en justice précitées ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte que la saisie effectuée, en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite, était limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».

-Cass. Civ. 1ère 13 mars 2008 N°05-11314 : « *Le secret professionnel, qui couvre la convention d'honoraires et les facturations y afférentes intervenues entre un comité d'établissement et une société civile professionnelle d'avocats, n'est pas opposable à la présidente de ce comité d'établissement qui, en tant que membre, a accès aux documents et pièces de cet organe représentatif* ».

-Cass. Com. 6 décembre 2016 N°15-14554 : « Vu les articles 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales ; Attendu que pour confirmer la saisie des factures d'honoraires d'avocat, le premier président retient qu'il s'agit de pièces comptables devant être émises par tout prestataire de services ; Qu'en statuant ainsi alors que les demandeurs faisaient valoir que ces factures étaient jointes à une correspondance d'avocat, de sorte qu'elles étaient couvertes par le secret professionnel de ce dernier sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction entre la correspondance elle-même et les pièces qui s'y trouvaient jointes, le premier président a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'elle déclare irrecevables les recours de MM. Y... et Eric X... contre le déroulement des opérations au Plessis-Robinson et en ce qu'elle confirme la saisie de factures d'honoraires d'avocat jointes à une correspondance de ce dernier ainsi qu'en ce qu'elle condamne MM. Y... et Eric X... aux dépens et à paiement sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'ordonnance rendue le 19 février 2015, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Versailles ;

Remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le premier président de la cour d'appel de Paris ».

Proposition de réforme : Il conviendrait ainsi de réformer l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 :

« 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, les conventions d'honoraires, les factures ou notes d'honoraires de l'avocat à son client, les justificatifs de paiement d'honoraires de l'avocat par le client quels qu'en soient le mode de règlement et le montant, par chèque, par virement bancaire, en espèces ou par cryptomonnaie, et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L. 222-7 du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L. 222-18 du même code ».

4) La saisie d'éléments confidentiels est par nature irrégulière :

L'obligation d'instruire ou d'enquêter « à charge et à décharge » ne peut avoir sa place lors d'une saisie chez un avocat d'éléments confidentiels, qui intervient toujours à charge, le secret professionnel de l'avocat ne pouvant être évincé que contre la démonstration effective d'indices préexistants de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction.

Dès lors, toute saisie d'éléments confidentiels s'effectuant par nature à charge, est intrinsèquement entachée d'« irrégularité » au sens des dispositions de l'article 56-1 du CPP et oblige le bâtonnier ou son délégué à une contestation qu'il appartiendra au JLD de trancher.

(Comparer avec Crim 26 avril 2017, n°16-86.840 : « Vu l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble les articles préliminaires et 81 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge d'instruction doit effectuer tous les actes qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité en veillant à l'équilibre des droits des parties et au caractère équitable de la procédure **et en instruisant, de façon impartiale, à charge et à décharge...**

*Mais attendu que... alors que la commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction ne visait **qu'à établir les seuls éléments à charge** des infractions poursuivies, la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé »).*

Par ordonnance du 23 mars 2018, le JLD de Paris a jugé que les pièces couvertes par le secret « ne comportent en outre intrinsèquement aucun indice d'implication de l'avocat dans le délit de ... et constitueraient plutôt des éléments à décharge, que, dès lors, l'ensemble de ces pièces sous scellés, couvertes par le secret professionnel, seront restituées à Me X... ».

5) Le respect du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense :

Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au **libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense** ».

Également, par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88021), la Chambre criminelle a jugé : « Vu l'article 56-1 du code de procédure pénale ; Attendu qu'il résulte de ce texte que, d'une part, le magistrat, qui effectue une perquisition dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, **doit veiller à ne pas porter atteinte au libre exercice de la profession d'avocat** et que, d'autre part, **le juge des libertés et de la détention ne peut qu'ordonner la restitution immédiate des documents pour lesquels il estime qu'il n'y a pas lieu à saisie, ou, dans le cas contraire, ordonner le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure** ».

Il est rappelé que « le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait **irrégulière** » si bien que « l'irrégularité » dénoncée par le délégué du Bâtonnier doit être tranchée par le JLD qui devient par définition le juge de la « régularité » ou de « l'irrégularité » - à ne pas confondre avec la « nullité » de la saisie pratiquée dont le contentieux ressort théoriquement de la compétence de la chambre de l'instruction alors que le contentieux de la « régularité » ressort en cette matière spécifique de la compétence du JLD.

Par ordonnance du 16 octobre 2017, le JLD de Senlis a jugé qu'il lui appartient « dans l'exercice de son contrôle de s'interroger sur la proportionnalité de la perquisition et des saisies réalisées au regard de l'atteinte portée au secret professionnel et de se prononcer sur l'utilité des éléments saisis à la manifestation de la vérité ».

Également, par ordonnance du 30 octobre 2018, le JLD de Paris a jugé par l'appréciation des éléments à l'origine de la perquisition « qu'il (l'élément saisi) ne contient pas d'indice suffisant et déterminant de la participation de Maître X aux infractions visées, **étant observé par ailleurs, la faiblesse des éléments ayant motivé la perquisition de son cabinet**, que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat apparaît disproportionnée ».

L'irrégularité doit s'entendre du non-respect du libre exercice de la profession d'avocat, du secret professionnel et des droits de la défense.

Par exemple, par ordonnance du 22 mars 2016, le JLD Bobigny a restitué des espèces saisies (2.810 €) et contestées comme étant couvertes par le secret dans une affaire de blanchiment de trafic de stupéfiants au motif du non-respect de la procédure de l'article 56-1 du CPP en ce que la perquisition a débuté « en l'absence du procureur de la République qui devait procéder lui-même à cette visite domiciliaire en présence du Bâtonnier de Paris ».

En effet, la sanction de « l'irrégularité » par le JLD consiste en **la restitution** à l'avocat des pièces, objets ou éléments irrégulièrement saisis.

La décision du JLD de ne pas restituer un élément irrégulièrement saisi serait sanctionné par la nullité de la perquisition par la Chambre de l'Instruction.

Ainsi, lorsque le Bâtonnier conteste, le contentieux de la régularité des saisies s'opère de deux manières, devant le JLD par **la restitution** des pièces irrégulièrement saisies et, à défaut, par la Chambre de l'Instruction par **l'annulation** de la saisie si la procédure le permet.

6) La faculté de désignation de l'expert par le seul JLD à l'exclusion du magistrat saisissant en cas de saisie informatique :

Qu'en ce qui concerne la saisie de données dématérialisées effectuée de manière globale, qui emporte nécessairement la saisie d'éléments étrangers à l'infraction poursuivie qui est à l'origine de la perquisition, la contestation s'impose et pourra conduire le juge des libertés et de la détention qui en a seul la faculté à l'exclusion du juge saisissant :

- Ou bien à restituer les éléments saisis : Par ordonnance en date du 25 juin 2018 le JLD de BAR LE DUC a jugé que « le juge des libertés et de la détention ne peut, comme le prévoit l'article 56-1 précité, qu'ordonner la restitution des documents saisis ou leur versement immédiat en procédure. S'il lui est loisible d'ordonner une mesure d'expertise pour faire extraire le contenu des éléments informatiques saisis et de différer sa décision à une date ultérieure, en l'espèce, au regard de la violation cumulée des principes de libre exercice de la profession d'avocat, violation qui a pris naissance depuis la perquisition et que le juge des libertés et de la détention ne saurait faire perdurer, de respect du secret professionnel et de celui des droits de la défense, il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise ».

- Ou bien à désigner un expert en informatique afin que, à partir de mots-clés contradictoirement débattus, il trie et sélectionne les éléments informatiques directement en rapport avec l'objet de la perquisition (Crim. 25 juin 2013, n°12-88.021), en assurant une impression sur support papier des seuls éléments en rapport avec les mots clés adoptés, sans donner d'avis, et en prenant soin d'assurer une restitution immédiate des objets informatiques et électroniques saisis après en avoir effectué sans délai à partir de sa désignation une copie (de travail) préalable de leur contenu pour les besoins de l'expertise.

Il est exclu que soient versés en procédure des documents présents sur les supports informatiques et qui n'auraient pas fait l'objet de l'extraction ciblée par l'expert dans la mesure où par hypothèse ces documents sont potentiellement couverts par le secret professionnel et /ou étrangers à l'information conduite par le magistrat instructeur (Ordonnance du JLD de RENNES du 8 mars 2013).

7) La prohibition de la saisie informatique indifférenciée :

Proposition de réforme : Nécessité de la présence du bâtonnier pour la saisie ou l'exploration du téléphone portable de l'avocat qu'il soit perquisitionné ou convoqué en qualité de témoin par un magistrat assisté d'un expert en informatique. Le téléphone portable de l'avocat est l'équivalent d'un cabinet d'avocat dématérialisé si bien que la présence du Bâtonnier s'impose avec pouvoir de contestation au sens des dispositions de l'article 56-1 du CPP.

Par ordonnance du 25 juin 2018, le JLD a jugé que le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat :

« Il découle de l'article 56-1 que le secret professionnel de l'avocat ne peut faire obstacle à la saisie de pièces susceptible d'établir la participation éventuelle de celui-ci à une infraction pénale, dès lors que la saisie est en relation directe avec l'infraction objet de la poursuite et est limitée aux documents nécessaires à la manifestation de la vérité.

Le juge des libertés et de la détention se doit de rechercher si la saisie de données informatiques ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense.

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de mise sous scellé que la saisie au domicile de Maître X porte exclusivement sur des données informatiques qui n'ont pas été copiées, ni a fortiori exploitées dans le cadre de la perquisition. Ainsi, le contenu de ce matériel et la nature des documents qu'il recèle sont ignorés tant du juge d'instruction que du juge des libertés et de la détention.

Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'ensemble du matériel informatique présent au domicile a été saisi sans distinction, alors même qu'il est indiqué que ce n'est pas en sa qualité d'avocat que le domicile de Maître X a été perquisitionné. Cependant, il n'existe commencement de preuve que le matériel saisi ne servirait pas à l'exercice de la profession d'avocat mais uniquement à des fins personnelles, en dépit des déclarations de Maître X dont on ne peut que souligner qu'elles ne sont contredites par aucun élément du dossier.

Il en découle que cette saisie indistincte de l'ensemble du matériel informatique utilisé par un avocat dans le cadre de son activité professionnelle, sans que soit rapportée la preuve à ce stade qu'il est susceptible de contenir des éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, infractions qui datent au demeurant (...), porte une atteinte injustifiée et démesurée au libre exercice de la profession d'avocat.

En outre, il ne peut qu'être souligné que la saisie doit être limitée aux seuls et uniques éléments, y compris couverts par le secret professionnel, en lien direct avec les infractions objets de la procédure. En l'espèce, le juge des libertés et de la détention est dans l'incapacité de veiller au respect du secret professionnel à ce stade de la procédure et au cantonnement de la saisie aux éléments en lien avec les infractions dont la preuve est recherchée, à supposer même qu'ils existent. Au surplus, la perquisition pratiquée dans le cabinet ou au domicile de l'avocat ne saurait entraîner la saisie des pièces déposées chez l'avocat, en sa qualité, par une partie qui lui a confié sa défense, y compris de manière dématérialisée.

En effet, le droit de saisie rencontre une limite dans le droit supérieur de la défense, qui commande d'affranchir de toute entrave les communications des mis en cause avec leurs conseils. *En l'espèce, il importe de veiller au respect des communications confidentielles de l'avocat avec ses clients, ce que ne permet pas la saisie litigieuse (...). La restitution immédiate de l'intégralité des scellés sera ordonnée ».*

Cette décision impose de réfléchir aux modalités d'exploration d'un téléphone portable qui est aujourd'hui l'équivalent d'un domicile ou d'un cabinet d'avocat dématérialisé compte tenu de la nature des informations qui y sont contenues si bien que les règles de l'article 56-1 du CPP doivent recevoir application dans le cas d'une investigation sur cet objet.

Résumé des propositions de réforme :

- ❖ Proposition de réforme : Le rapport Perben ne renforce pas en amont le rôle du Bâtonnier que la Chambre criminelle définit comme étant un protecteur des droits de la défense⁵ dont l'intervention n'est pas prévue devant le JLD en autorisation préalable de la mesure intrusive.

Ainsi, un Bâtonnier qui reçoit une notification d'une interception d'une communication électronique devrait pouvoir exiger du magistrat intrusif toutes explications et être associé aux débats en amont devant le JLD avec accès au dossier d'enquête dans le strict respect du secret professionnel et sans jamais rien révéler à l'avocat concerné.

- ❖ Proposition de réforme : La relation entre le bâtonnier et l'avocat de son barreau est par nature confidentielle, que l'avocat soit ou non objet d'une réquisition ou perquisitionné ou convoqué en audition libre ou en garde à vue ou à un IPC ou mis en cause en matière pénale pour quelque cause que ce soit. Il en est de même s'agissant des élèves-avocats assujettis au respect du secret.
- ❖ Proposition de réforme : Nécessité pour le bâtonnier d'avoir accès au dossier d'enquête dans le strict respect du secret professionnel sans rien révéler à l'avocat perquisitionné ou écouté avant, pendant et après la mesure intrusive précisément lors de l'audience d'autorisation en amont ou des audiences ultérieures de contestation du JLD.
- ❖ Proposition de réforme : La décision de perquisition doit être portée à la connaissance du bâtonnier et de son délégué et de l'avocat perquisitionné.
- ❖ Proposition de réforme : L'ordonnance du JLD statuant sur la contestation doit pouvoir être frappée d'appel par le bâtonnier ou son délégué et par l'avocat perquisitionné.

⁵ Cass. Crim. 8 janvier 2013 n°12-90063 et 25 juin 2013 n°12-88021.

- ❖ Proposition de réforme : Il conviendrait de réformer ainsi l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 :

« 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, les conventions d'honoraires, les factures ou notes d'honoraires de l'avocat à son client, les justificatifs de paiement d'honoraires de l'avocat par le client quels qu'en soient le mode de règlement et le montant, par chèque, par virement bancaire, en espèces ou par cryptomonnaie, et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.

Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L. 222-7 du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L. 222-18 du même code ».

- ❖ Proposition de réforme : Nécessité de la présence du bâtonnier pour la saisie ou l'exploration du téléphone portable de l'avocat qu'il soit perquisitionné ou convoqué en qualité de témoin par un magistrat assisté d'un expert en informatique. Le téléphone portable de l'avocat est l'équivalent d'un cabinet d'avocat dématérialisé si bien que la présence du Bâtonnier s'impose avec pouvoir de contestation au sens des dispositions de l'article 56-1 du CPP.

❖ Proposition de réforme de l'article 56-1 du CPP (ajouts en gras) :

Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile **ou au domicile d'un élève-avocat ou au cabinet où l'élève-avocat exerce** ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, **ou du vice-Bâtonnier (s'il en existe un)** à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci **par une description précise d'indices effectifs, préexistants pesant sur l'avocat concerné et après y avoir été autorisé par le juge des libertés et de la détention statuant sur requête lors d'une audience à laquelle magistrats et bâtonnier sont convoqués avec accès au dossier d'enquête.** Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué **et de l'avocat perquisitionné** par le magistrat **avec la requête initiale et la décision du JLD.** L'avocat perquisitionné a droit à l'assistance d'un conseil sans que ce droit puisse faire obstacle au déclenchement de la perquisition. Le magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents **papiers** ou des objets **numériques, électroniques, informatiques, se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie à l'exclusion des enquêteurs qui ne peuvent consulter les éléments saisis ou dont la saisie est envisagée, et d'une manière générale, ni saisir, ni fouiller, ni interroger l'avocat perquisitionné.** Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Le bâtonnier ou son délégué est en charge d'une mission de protection des droits de la défense, du secret professionnel de l'avocat et de tous les secrets protégés par la loi.

Lorsque l'avocat perquisitionné est également investi de fonctions juridictionnelles au sens des dispositions de l'article 56-5 du CPP, l'intervention du Premier président de la Cour d'appel ou du Premier président de la Cour de cassation ou de leurs délégués n'est pas exclusive de l'intervention du bâtonnier qui demeure investi de son pouvoir de contestation.

Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée. **Ce délai peut être prorogé pour une durée égale, une seule fois. Le JLD qui statue sur la contestation ne peut pas être celui qui a autorisé la mesure de perquisition.**

A cette fin, il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée, **l'avocat de celui-ci** et le bâtonnier ou son délégué. **Il doit ouvrir le scellé en présence de ces personnes après avoir mis l'intégralité du dossier d'enquête ou d'instruction en sa possession à la disposition du bâtonnier ou de son délégué, de l'avocat perquisitionné et de son conseil.**

S'agissant d'une saisie d'éléments informatiques, numériques, électroniques indifférenciés, le JLD désignera tel expert après débat contradictoire sur les mots clés appartenant à la mission de l'expert. L'expert ne pourra donner aucun avis à quelque titre que ce soit. Sa mission se limitera à identifier les éléments en rapport avec les mots clés et à déposer un rapport à disposition des intéressés pour consultation au greffe du JLD avant l'audience de renvoi. Dans l'hypothèse où des éléments papiers auraient été saisis simultanément à une saisie indifférenciée d'éléments dématérialisés, l'ouverture des scellés qui n'appartiennent pas au champ de l'expertise, n'interviendra qu'après dépôt du rapport de l'expert dans un souci d'une bonne administration de la justice.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.

Lorsque le JLD ou le Premier président en cause d'appel restitue un document ou un objet saisi qu'il juge couvert par le secret professionnel, sa décision passe en force de chose jugée sur le bénéfice du secret professionnel opposable à l'autorité judiciaire, erga omnes inter partes.

La décision du JLD peut être frappée d'appel dans les cinq jours de son prononcé par le bâtonnier ou son délégué et par l'avocat perquisitionné ainsi que par le magistrat saisissant et le Ministère public. L'appel est porté devant le Premier président de la Cour d'appel.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal judiciaire qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions ou visites domiciliaires effectuées, sur le fondement d'autres codes ou de lois spéciales, dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ou dans les locaux mentionnés à l'avant-dernier alinéa.

Le présent texte est applicable à l'exploitation du téléphone portable d'un avocat.

Les dispositions du présent article sont prescrites à peine de nullité.

Telles sont les observations que je tenais à formuler en vous priant de croire à mes sentiments bien dévoués et les meilleurs.

Vincent Nioré



**Cour d'Appel de Versailles
Tribunal judiciaire de Nanterre**

COPIE

Jugement prononcé le : 11/01/2021
15ème chambre correctionnelle
N° minute : 10
N° parquet : 01194045395

JUGEMENT CORRECTIONNEL

A l'audience publique du Tribunal Correctionnel de Nanterre le **ONZE JANVIER DEUX MILLE VINGT ET UN,**

Composé de :

Président : Monsieur PROTARD Olivier, vice-président,

Assesseurs : Madame LEYMARIE Marie, vice-président,
Madame DELZONCLE-ARZEL Sylviane, magistrat exerçant à titre temporaire,

assistés de Madame LAURENT Aline, greffière,

en présence de Madame FOY Nathalie, procureur de la République adjoint,

a été appelée l'affaire

ENTRE :

Madame le **PROCUREUR DE LA REPUBLIQUE**, près ce tribunal, demandeur et poursuivant

PARTIES CIVILES :

Monsieur **CHEVANNE Bernard**,
demeurant : 8 Route de Mazerolles 64410 LARREULE, partie civile,
Non comparant, représenté par Maître GAUDILLIERE Florence avocat au barreau de PARIS, toque E951

Agissant tant en son nom personnel, qu'en sa qualité d'ayant droit de son épouse Madame Martine FAVERETTO épouse CHEVANNE décédée le 27 octobre 2008.

Madame **CHEVANNE Julia**,
demeurant : 14 Rue de l'Arquebuse 01140 THOISSEY, partie civile,
Non comparante, représentée par Maître GAUDILLIERE Florence avocat au barreau de PARIS, toque E951

Monsieur **CHEVANNE Benjamin**,
demeurant : 22 RUE DE L'EGLISE 29241 LOCQUIREC, partie civile,
Non comparant, représenté par Maître GAUDILLIERE Florence avocat au barreau de PARIS, toque E951

Agissant tant en leur nom personnel, qu'en leur qualité d'ayant droit de leur mère Madame Martine FAVERETTO épouse CHEVANNE décédée le 27 octobre 2008

SELAFA MJA prise en la personne de Maître CHUINE Alex, Mandataire judiciaire agissant en qualité de mandataire liquidateur de la SA JUBEN HOLDING

demeurant : 14-16 Rue de Lorraine 93012 BOBIGNY, partie civile,

Non comparant, représenté par Maître GAUDILLIERE Florence avocat au barreau de PARIS, toque E951

ET

PRÉVENU

Nom : **BONNEFONT Jean**

né le 10 novembre 1922 à BRACIEUX (Loir-Et-Cher)

de BONNEFONT Léonce et de BARTOLI Diane

Nationalité : française

Situation familiale : marié

Situation professionnelle : cadre supérieur

Antécédents judiciaires : déjà condamné

Demeurant : 34 avenue du Général de Gaulle 92130 ISSY LES MOULINEAUX
FRANCE

Situation pénale : placé sous contrôle judiciaire

Placement sous contrôle judiciaire en date du 04/07/2007

Maintien sous contrôle judiciaire en date du 07/11/2019

Maintien sous contrôle judiciaire en date du 21/09/2020

Non comparant, représenté avec mandat par Maître BARATELLI Olivier avocat au barreau de PARIS, toque E183

Prévenu des chefs de :

- CORRUPTION ACTIVE : PROPOSITION OU FOURNITURE D'AVANTAGE A UNE PERSONNE DEPOSITAIRE DE L'AUTORITE PUBLIQUE faits commis entre 1999 et 2003 à PARIS, dans le département des Hauts de Seine
- RECEL DE BIENS PROVENANT D'ATTEINTE A LA LIBERTE D'ACCES OU A L'EGALITE DES CANDIDATS DANS LES MARCHES PUBLICS faits commis courant 2001-2002 à PARIS et dans le département des Hauts de Seine
- ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis entre 2000 et 2002 à PARIS et sur la circonscription des Hauts de Seine
- ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis courant 2001-2002 et le 07/03/2001 à PARIS et sur la circonscription des Hauts de Seine

PRÉVENU

Nom : **BENETTI Antoine**

né le 1 février 1952 à PANTIN (Seine-Saint-Denis)

de BENETTI Jean Charles et de GIULIANI Angèle

Nationalité : française

Situation familiale : inconnue
Situation professionnelle : inconnue
Antécédents judiciaires : déjà condamné

Demeurant : 74 rue Pauline Borghèse 92200 NEUILLY SUR SEINE FRANCE

Situation pénale : placé sous contrôle judiciaire
Mandat de dépôt en date du 22/06/2007
Placement sous contrôle judiciaire en date du 04/07/2007
Maintien sous contrôle judiciaire en date du 07/11/2019
Maintien sous contrôle judiciaire en date du 21/09/2020

Comparant, assisté de Maître DAOUD Emmanuel avocat au barreau de PARIS et de Maître MERCINIER Emmanuel avocat au barreau de PARIS, toque G190

Prévenu des chefs de :

- CORRUPTION ACTIVE : PROPOSITION OU FOURNITURE D'AVANTAGE A UNE PERSONNE DEPOSITAIRE DE L'AUTORITE PUBLIQUE faits commis entre 1999 et 2003 à PARIS, dans le département des Hauts de Seine
- RECEL DE BIENS PROVENANT D'ATTEINTE A LA LIBERTE D'ACCES OU A L'EGALITE DES CANDIDATS DANS LES MARCHES PUBLICS faits commis courant 2001-2002 à Paris et dans le département des Hauts de Seine
- RECEL DE BIEN PROVENANT D'UN ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis courant mars 2001 et le 7/03/2001 à PARIS et sur la circonscription des Hauts de Seine

PRÉVENU

Nom : **FORTERRE Bernard**
né le 7 février 1938 à NANCY (Meurthe-Et-Moselle)
de FORTERRE Robert et de LEGRIS Simone
Nationalité : française
Situation familiale : marié
Situation professionnelle : président directeur général
Antécédents judiciaires : jamais condamné

Demeurant : 31 avenue Georges Mandel 75016 PARIS 16EME FRANCE

Situation pénale : placé sous contrôle judiciaire
Placement sous contrôle judiciaire en date du 05/07/2001
Placement sous contrôle judiciaire en date du 05/07/2007
Maintien sous contrôle judiciaire en date du 07/11/2019
Maintien sous contrôle judiciaire en date du 21/09/2020

Comparant, assisté de Maître BELOT Jean-Dilier avocat au barreau de PARIS, toque C481

Prévenu des chefs de :

- CORRUPTION ACTIVE : PROPOSITION OU FOURNITURE D'AVANTAGE A UNE PERSONNE DEPOSITAIRE DE L'AUTORITE PUBLIQUE faits commis entre 1999 et 2003 à PARIS, dans le département des Hauts de Seine

- RECEL DE BIENS PROVENANT D'ATTEINTE A LA LIBERTE D'ACCES OU A L'EGALITE DES CANDIDATS DANS LES MARCHES PUBLICS faits commis courant 2001-2002 à PARIS et dans le département des Hauts de Seine
- RECEL DE BIEN PROVENANT D'UN ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis courant mars 2001 et le 7/03/2001 à PARIS et sur la circonscription des Hauts de Seine

PRÉVENU

Nom : **GIMEL Laurent**
né le 6 mars 1961 à BRIVE LA GAILLARDE (Correze)
de père inconnu et de GIMEL Yvonne
Nationalité : française
Situation familiale : marié
Situation professionnelle : sans emploi
Antécédents judiciaires : déjà condamné

Demeurant : RESIDENCE LALLA SOUKAINE 3 BTC, Appt 5 - 40000 MARRAKECH (MAROC)

Situation pénale : placé sous contrôle judiciaire
Placement sous contrôle judiciaire en date du 29/05/2005
Placement sous contrôle judiciaire en date du 29/06/2005
Mandat d'arrêt en date du 02/10/2013
Placement sous contrôle judiciaire en date du 18/09/2020
Maintien sous contrôle judiciaire en date du 21/09/2020

Comparant, assisté de Maître RUBEN Steeve avocat au barreau de Paris substitué par Maître FOURT Maximilien, avocat au barreau de Paris, toque K181

Prévenu des chefs de :

- COMPLICITÉ DE CORRUPTION ACTIVE : PROPOSITION OU FOURNITURE D'AVANTAGE A UNE PERSONNE DEPOSITAIRE DE L'AUTORITE PUBLIQUE faits commis entre 2000 et 2003 à Paris, dans le département des Hauts-de-Seine
- RECEL DE BIENS PROVENANT D'ATTEINTE A LA LIBERTE D'ACCES OU A L'EGALITE DES CANDIDATS DANS LES MARCHES PUBLICS faits commis courant 2001-2002 à Paris et dans le département des Hauts-de-Seine
- ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis entre 2000 et 2004 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine
- FAUX: ALTERATION FRAUDULEUSE DE LA VERITE DANS UN ECRIT faits commis courant 2000-2002 à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine
- USAGE DE FAUX EN ECRITURE faits commis courant 2000-2002 à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine
- FAUX: ALTERATION FRAUDULEUSE DE LA VERITE DANS UN ECRIT faits commis courant 2001 à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine
- USAGE DE FAUX EN ECRITURE faits commis courant 2001 à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine

- RECEL DE BIEN PROVENANT D'UN ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis courant 2000-2002 à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine
- RECEL DE BIEN PROVENANT D'UN ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis courant mars 2001 et le 7/03/2001 à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine

PRÉVENU

Nom : **PEDRETTI Alain**
 né le 25 février 1955 à MONTREUIL (Seine-Saint-Denis)
 de PEDRETTI Joseph et de SOLDZER Eliane
 Nationalité : française
 Situation familiale : marié
 Situation professionnelle : promoteur immobilier
 Antécédents judiciaires : déjà condamné

Demeurant : Temple 6 - 2072 SAINT BLAISE SUISSE

Situation pénale : libre

Non comparant, représenté avec mandat par Maître MORON Agnès avocat au barreau de Val de Marne. PC279

Prévenu des chefs de :

- COMPLICITÉ DE CORRUPTION ACTIVE : PROPOSITION OU FOURNITURE D'AVANTAGE A UNE PERSONNE DEPOSITAIRE DE L'AUTORITE PUBLIQUE faits commis courant 2001-2002 à PARIS, dans le département des Hauts de Seine
- RECEL DE BIEN PROVENANT D'UN ABUS DES BIENS OU DU CREDIT D'UNE SOCIETE PAR ACTIONS PAR UN DIRIGEANT A DES FINS PERSONNELLES faits commis entre 2001 et 2004 à PARIS et sur la circonscription des Hauts de Seine

PROCEDURE D'AUDIENCE

Les prévenus ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel par ordonnance de Madame GARRIGUES Céline, juge d'instruction, rendue le 7 novembre 2019.

Par ordonnance en date du 04 juillet 2007, le juge d'instruction a décidé de placer sous contrôle judiciaire Jean BONNEFONT.

Jean BONNEFONT est prévenu :

- D'avoir à PARIS, dans le département des Hauts-de-Seine, entre 1999 et 2003, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sans droit à tout moment, proposé directement ou indirectement des offres, promesses, dons, présents ou des avantages quelconques pour la personne ou pour autrui, en l'espèce des versements d'espèces à hauteur de 5MF soit 769 230 EUR environ et des promesses de dons à hauteur de 35 MF soit 5 384 615 EUR au total pour obtenir de Charles CECCALDI-RAYNAUD, investi d'un mandat électif public en tant que Maire de Puteaux et Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, qu'il accomplisse un acte de sa fonction, en l'espèce l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et du froid de la Défense au groupement

ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.433-1 AL.1 1°,AL.4 C.PENAL. et réprimés par ART.433-1 AL.1,AL.4, ART.433-22, ART.433-23 C.PENAL.

- D'avoir à PARIS et dans le département des Hauts-de-Seine, courant 2001-2002, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment recelé via ENERPART/ENERTHERM (société ENERPART dans laquelle il était associé au terme de l'acte de constitution de la société F2B le 15 mars 2001), le produit de l'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès au marché public ou délégation de service public commise par Charles CECCALDI-RAYNAUD Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, dans le cadre de l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2, ART.432-14 C.PENAL. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9, ART.321-10, ART.432-17 C.PENAL.

- D'avoir entre 2000 et 2002 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, étant Président du conseil d'administration de la société COGEMAN fait de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en accordant la somme d'environ 13 262 388 MEUR (86 995 520 F) en faveur de la société JUBEN HOLDING sur le fondement de facturations indues et de remboursement de prêt injustifié., faits prévus par ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.244-5, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.L.242-6 C.COMMERCE.

- D'avoir courant 2001-2002 et le 7/03/2001 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, étant Président du conseil d'administration de la société SEEM fait de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en transférant une partie de la trésorerie de la SEEM par virement le 7/03/2001 de la somme de 190 700 000F (29 230 769EUR) au bénéfice de COGEMAN (dont il était président du conseil d'administration) pour permettre le remboursement par cette dernière du même montant qui lui avait été avancé à titre de découvert par la banque VERNES afin d'acquiescer les actions de la SEEM., faits prévus par ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.244-5, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.L.242-6 C.COMMERCE.

Par ordonnance du juge des libertés et de la détention, BENETTI Antoine a été placé en détention provisoire en date du 22 juin 2007. Un appel a été interjeté à l'encontre de cette ordonnance. L'examen de l'appel a été renvoyé à la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles. Par arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles en date du 29 juin 2007, la cour a décidé de placer sous contrôle judiciaire Antoine BENETTI.

Antoine BENETTI est prévenu :

- D'avoir à PARIS, dans le département des Hauts-de-Seine, entre 1999 et 2003, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sans droit à tout moment, proposé directement ou indirectement des offres, promesses, dons, présents ou des avantages quelconques pour la personne ou pour autrui, en l'espèce des versements d'espèces à hauteur de 5MF soit 769 230 EUR environ et des promesses de dons à hauteur de 35 MF soit 5 384 615 EUR au total pour obtenir de Charles CECCALDI-RAYNAUD, investi d'un mandat électif public en tant que Maire de Puteaux et Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, qu'il accomplisse un acte de sa fonction, en l'espèce l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et du froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.433-1, AL.1 1°,AL.4 C.PENAL. et réprimés par ART.433-1 AL.1,AL.4, ART.433-22, ART.433-23 C.PENAL.

- D'avoir à PARIS et dans le département des Hauts-de-Seine, courant 2001-2002, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment recelé via ENERPART/ENERTHERM (société ENERPART dans laquelle il était associé au terme de l'acte de constitution de la société F2B le 15 mars 2001), le produit de l'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès au marché public ou délégation de service public commise par Charles CECCALDI-RAYNAUD Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, dans le cadre de l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2, ART.432-14 C.PENAL. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9, ART.321-10, ART.432-17 C.PENAL.

- D'avoir courant mars 2001 et le 7/03/2001 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, étant actionnaire de COGEMAN, actionnariat porté par M. FORTERRE et M. BONNEFONT, sciemment recelé le produit de l'abus de biens sociaux commis par Jean BONNEFONT au préjudice de la société SA SEEM ce dernier ayant transféré une partie de la trésorerie de la SEEM par virement du 7/03/2001 de la somme de 190 700 000F (29 230 769EUR) au bénéfice de COGEMAN pour permettre le remboursement par cette dernière du même montant qui lui avait été avancé à titre de découvert par la banque VERNES afin d'acquérir les actions de la SEEM., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2 C.PENAL. ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9 C.PENAL.

Par ordonnance en date du 05 juillet 2007, le juge d'instruction a décidé de placer sous contrôle judiciaire **Bernard FORTERRE**.

Bernard FORTERRE est prévenu :

- D'avoir à PARIS, dans le département des Hauts-de-Seine, entre 1999 et 2003, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sans droit à tout moment, proposé directement ou indirectement des offres, promesses, dons, présents ou des avantages quelconques pour la personne ou pour autrui, en l'espèce des versements d'espèces à hauteur de 5MF soit 769 230 EUR environ et des promesses de dons à hauteur de 35 MF soit 5 384 615 EUR au total pour obtenir de Charles CECCALDI-RAYNAUD, investi d'un mandat électif public en tant que Maire de Puteaux et Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, qu'il

accomplisse un acte de sa fonction, en l'espèce l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et du froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.433-1 AL.1 1°,AL.4 C.PENAL. et réprimés par ART.433-1 AL.1,AL.4, ART.433-22, ART.433-23 C.PENAL.

- D'avoir à PARIS et dans le département des Hauts-de-Seine, courant 2001-2002, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment recelé via ENERPART/ENERTHERM (société ENERPART dans laquelle il était associé au terme de l'acte de constitution de la société F2B le 15 mars 2001), le produit de l'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès au marché public ou délégation de service public commise par Charles CECCALDI-RAYNAUD Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, dans le cadre de l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2, ART.432-14 C.PENAL. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9, ART.321-10, ART.432-17 C.PENAL.

- D'avoir courant mars 2001 et le 7/03/2001 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, étant administrateur de la société SEEM et administrateur et actionnaire de COGEMAN sciemment recelé le produit de l'abus de biens sociaux commis par Jean BONNEFONT au préjudice de la société SA SEEM ce dernier ayant transféré une partie de la trésorerie de la SEEM par virement du 7/03/2001 de la somme de 190 700 000F (29 230 769EUR) au bénéfice de COGEMAN pour permettre le remboursement par cette dernière du même montant qui lui avait été avancé à titre de découvert par la banque VERNES afin d'acquérir les actions de la SEEM., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2 C.PENAL. ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9 C.PENAL.

Par ordonnance en date du 18 septembre 2020, le juge des libertés et de la détention a décidé de placer sous contrôle judiciaire **Laurent GIMEL**.

Laurent GIMEL est prévenu :

- De s'être à PARIS, dans le département des Hauts-de-Seine, entre 2000 et 2003, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, rendu complice du délit de corruption active commis par messieurs BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI sur la personne de Charles CECCALDI-RAYNAUD, investi d'un mandat électif public en tant que Maire de Puteaux et Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public pour obtenir de ce dernier l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et du froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT, en l'espèce en procurant aux corrupteurs les espèces à hauteur de 5MF soit 769 230 EUR environ par le biais de fausses factures et l'utilisation de sociétés luxembourgeoises., faits prévus par ART.433-1 AL.1 1°,AL.4 C.PENAL. et réprimés par ART.433-1 AL.1,AL.4, ART.433-22, ART.433-23 C.PENAL. et vu les articles 121-6 et 121-7 du code pénal

- D'avoir à PARIS et dans le département des Hauts-de-Seine, courant 2001-2002, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment recelé via ENERPART/ENERTHERM (société ENERPART dans laquelle

il était associé par le biais de JUBEN HOLDING), le produit de l'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès au marché public ou délégation de service public commise par Charles CECCALDI-RAYNAUD Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public, dans le cadre de l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2, ART.432-14 C.PENAL. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9, ART.321-10, ART.432-17 C.PENAL.

- D'avoir entre 2000 et 2004 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, étant directeur général puis Président directeur général à compter du 23/12/2000 de la société JUBEN HOLDING (représentée par son mandataire liquidateur M. MOYRAND) fait de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en prélevant des fonds pour régler ses dépenses personnelles, les dépenses personnelles d'Alain PEDRETTI directement ou indirectement à travers la société STONE CONSULT, le club de football de l'US CRETEIL et des fausses factures à destination de sociétés luxembourgeoises notamment à ELITIUS., faits prévus par ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.244-5, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.L.242-6 C.COMMERCE.

- D'avoir courant 2000-2002, à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, altéré frauduleusement la vérité d'un écrit ou tout autre support de la pensée destiné à établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques, en l'espèce notamment des procès-verbaux de conseil d'administration de JUBEN HOLDING, des ordres de virements, un acte de cautionnement en imitant la signature de Bernard CHEVANNE et fait usage des dits faux au préjudice des époux CHEVANNE et de Julia CHEVANNE., faits prévus par ART.441-1 C.PENAL. et réprimés par ART.441-1 AL.2, ART.441-10, ART.441-11 C.PENAL.

- D'avoir courant 2000-2002, à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, altéré frauduleusement la vérité d'un écrit ou tout autre support de la pensée destiné à établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques, en l'espèce notamment des procès-verbaux de conseil d'administration de JUBEN HOLDING, des ordres de virements, un acte de cautionnement en imitant la signature de Bernard CHEVANNE et fait usage des dits faux au préjudice des époux CHEVANNE et de Julia CHEVANNE., faits prévus par ART.441-1 C.PENAL. et réprimés par ART.441-1 AL.2, ART.441-10, ART.441-11 C.PENAL.

- D'avoir courant 2001, à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, altéré frauduleusement la vérité d'un écrit ou tout autre support de la pensée destiné à établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques, en l'espèce une facture ELITIUS de 674 586,90EUR (du 2 ou 5/04/2001) adressée à COGEMAN et JUBEN HOLDING et fait usage du dit faux au préjudice de la société JUBEN HOLDING., faits prévus par ART.441-1 C.PENAL. et réprimés par ART.441-1 AL.2, ART.441-10, ART.441-11 C.PENAL.

- D'avoir courant 2001, à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, altéré

frauduleusement la vérité d'un écrit ou tout autre support de la pensée destiné à établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques, en l'espèce une facture ELITIUS de 674 586,90EUR (du 2 ou 5/04/2001) adressée à COGEMAN et JUBEN HOLDING et fait usage du dit faux au préjudice de la société JUBEN HOLDING., faits prévus par ART.441-1 C.PENAL. et réprimés par ART.441-1 AL.2, ART.441-10, ART.441-11 C.PENAL.

- D'avoir courant 2000-2002, à Paris, sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment recelé le produit des abus de biens sociaux commis par Jean BONNEFONT au préjudice de la société COGEMAN en l'espèce en faisant encaisser par sa société JUBEN HOLDING (dont il était le dirigeant) la somme d'environ 13 262 388 MEUR (86 995 520 F) sur le fondement de facturations indues et de remboursement de prêt injustifié., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2 C.PENAL. ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9 C.PENAL.

- D'avoir courant mars 2001 et le 7/03/2001 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, directeur général de COGEMAN et actionnaire à travers JUBEN HOLDING, sciemment recelé le produit de l'abus de biens sociaux commis par Jean BONNEFONT au préjudice de la société SA SEEM ce dernier ayant transféré une partie de la trésorerie de la SEEM par virement du 7/03/2001 de la somme de 190 700 000F (29 230 769EUR) au bénéfice de COGEMAN pour permettre le remboursement par cette dernière du même montant qui lui avait été avancé à titre de découvert par la banque VERNES afin d'acquérir les actions de la SEEM., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2 C.PENAL. ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9 C.PENAL.

Alain PEDRETTI est prévenu :

- De s'être à PARIS, dans le département des Hauts-de-Seine, courant 2001-2002, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, rendu complice du délit de corruption active commis par messieurs BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI sur la personne de Charles CECCALDI-RAYNAUD, investi d'un mandat électif public en tant que Maire de Puteaux et Président du SICUDEF chargé d'une mission de service public pour obtenir de ce dernier l'attribution de la concession de délégation de service public du chaud et du froid de la Défense au groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT, en l'espèce en présentant à M. GIMEL les intermédiaires luxembourgeois ou les sociétés luxembourgeoises et en présentant les intermédiaires financiers ayant permis de réaliser les montages nécessaires pour l'obtention par le groupement ENERPART VATECH SOFFIMAT de la délégation de service public du chaud et froid de la défense., faits prévus par ART.433-1 AL.1 1°,AL.4 C.PENAL. et réprimés par ART.433-1 AL.1,AL.4, ART.433-22, ART.433-23 C.PENAL. et vu les articles 121-6 et 121-7 du code pénal

- D'avoir entre 2001 et 2004 à Paris et sur la circonscription des Hauts-de-Seine en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment recelé le produit de l'abus de biens sociaux commis par Laurent GIMEL au préjudice de la société SA JUBEN HOLDING, en l'espèce en bénéficiant de fonds pour ses dépenses personnelles (hôtel, restaurant, voyages, véhicules) pour environ , pour l'achat de sa société STONE CONSULT., faits prévus par ART.321-1 AL.1,AL.2

Page 10 / 29

C.PENAL. ART.L.242-6 3°, ART.L.242-30, ART.L.243-1, ART.L.244-1, ART.L.246-2 C.COMMERCE. et réprimés par ART.321-1 AL.3, ART.321-3, ART.321-9 C.PENAL.

A l'appel de la cause, le président, a constaté l'absence de Jean BONNEFONT et Alain PEDRETTI, la présence et l'identité de Antoine BENETTI, Bernard FORTERRE et Laurent GIMEL et a donné connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le président informe les prévenus de leur droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui leur sont posées ou de se taire.

Le président indique que l'action publique s'est éteinte pour Monsieur Charles CECCALDI-RAYNAUD en raison de son décès en 2019.

Avant toute défense au fond, une exception de nullité aux fins de constat de la violation du droit a être jugé dans un délai raisonnable et l'application de l'article 459 alinéa 3 du code de procédure pénale, a été soulevée par les conseils des prévenus Jean BONNEFONT, Antoine BENETTI, Bernard FORTERRE, et Alain PEDRETTI.

Maître BELOT, conseil de Bernard FORTERRE, Maître BARATELLI, conseil de Jean BONNEFONT et Maître MORON, conseil de Alain PEDRETTI ont été entendu en leurs conclusions in limine litis.

Maître FOURT Maximilien, substituant Maître RUBEN Steeve, conseil de Laurent GIMEL, a indiqué ne pas avoir déposé de conclusion écrite et a été entendu, à l'oral en ces demandes et au soutien des conclusions in limine litis déposées par les autres conseils, aux fins de constat de la violation du droit a être jugé dans un délai raisonnable et l'application de l'article 459 alinéa 3 du code de procédure pénale.

Maître KARSENTI, conseil de l'association ANTICOR, partie civile, et Maître GAUDILLIERE, conseil de la famille CHEVANNE, partie civile et conseil de la SELAFA MJA prise en la personne de Maître CHUINE Alex mandataire judiciaire agissant en qualité de mandataire liquidateur de la SA JUBEN HOLDING, ont été entendu en réponse à ces conclusions in limine litis déposées par la défense.

L'ensemble des parties ayant été entendues et le ministère public ayant pris ses réquisitions, le tribunal a statué de suite, après délibéré.

Après en avoir délibéré, le tribunal a décidé de ne pas joindre l'incident au fond et de faire droit aux conclusions in limine litis déposées par la défense.

Le greffier a tenu note du déroulement des débats.

Le tribunal, après en avoir délibéré, a statué en ces termes :

Jean BONNEFONT et Alain PEDRETTI n'ont pas comparu mais sont régulièrement représentés par leur conseil muni d'un mandat ; il y a lieu de statuer contradictoirement à leur égard.

Antoine BENETTI, Bernard FORTERRE et Laurent GIMEL ont comparu à l'audience assistés de leur conseil ; il y a lieu de statuer contradictoirement à leur égard.

MOTIFS

1/ Demandes des parties et déroulement des débats

1.1/ Les conseils respectifs de MM. Antoine BENETTI, Jean BONNEFONT et Bernard FORTERRE, à savoir Maître Emmanuel DAOUD, de l'AARPI VIGO, avocat au Barreau de Paris, Maître Olivier BARATELLI, avocat au Barreau de Paris et Maître Jean-Didier BELOT, avocat au Barreau de Paris ont adressé au tribunal et au procureur de la République de Nanterre un projet de conclusions *in limine litis* aux fins de faire constater la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable, par jugement séparé en application de l'article 459 3ème alinéa du code de procédure pénale.

Leurs conclusions définitives avaient été déposées à l'audience du 21 septembre 2020, à l'occasion de laquelle un renvoi a été ordonné en raison de l'impossibilité pour les juges composant cette chambre de siéger pour des motifs de santé liés à la COVID.

A l'audience de renvoi du 11 janvier 2021, les mêmes avocats ont déposé à nouveau le même jeu de conclusions daté de ce jour, qui a été visé par la greffière et le président.

Sur le fondement de :

- l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme,
- l'article 47 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux,
- l'article 9-3 du Pacte international des droits civiques et politiques de 1966,
- l'article préliminaire du code de procédure pénale,
- l'article 175-2 du même code relatif à la durée de l'instruction judiciaire ;

après avoir relevé que l'appréciation du délai raisonnable de la procédure pénale, dans le cadre du contrôle de la tenue du procès équitable au sens des règles conventionnelles et internes rappelées ci-dessus, repose sur une appréciation globale, combinant plusieurs critères cumulatifs mais analysés séparément, qui ont été établis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de longue date ;

les concluants demandent à ce tribunal de constater, à titre principal, la violation manifeste du droit de valeur conventionnelle et de droit interne de MM. BENETTI, BONNEFONT et FORTERRE à être jugés dans un délai raisonnable et en conséquence d'annuler l'ensemble des actes de la procédure et, à titre subsidiaire, de constater l'impossibilité de valider les poursuites à l'encontre de ces derniers à raison de cette violation manifeste.

Après avoir fourni un argumentaire détaillé sur la durée et les étapes de la procédure et avoir développé leur appréciation de la mise en œuvre effective des garanties procédurales existant à chaque étape de la procédure d'information judiciaire constatées pendant le dossier dit de « La chaufferie de La Défense », ayant abouti au renvoi de leurs clients devant ce tribunal pour répondre de plusieurs délits chacun, de corruption active d'agent public, de recel de favoritisme et d'abus de biens sociaux au préjudice de plusieurs sociétés, ils concluent à la nullité de la procédure pénale prise dans son ensemble.

Ils relèvent spécifiquement à l'appui de leur demande les conséquences du constat du délai particulièrement déraisonnable de la procédure en cause sur la tenue d'un procès équitable de leurs clients.

Ils font état d'un certain nombre d'évolutions jurisprudentielles récentes, tant de la part de chambre criminelle de la Cour de Cassation depuis 2013 que du Conseil constitutionnel depuis 2015, relevant qu'un droit de valeur conventionnelle et constitutionnelle doit être assorti d'une sanction effective, qui sont reprises et mentionnées dans leurs écritures (pages 19 à 22 desdites conclusions).

Ils ajoutent que l'affirmation du droit à une indemnisation pécuniaire en réparation du préjudice résultant du constat d'un délai déraisonnable par la juridiction de jugement ne saurait compenser la violation d'un droit de valeur constitutionnelle.

Ils demandent enfin au tribunal pour l'ensemble de ces motifs et au visa de l'article 459 alinéa 4 du code de procédure pénale de ne pas joindre l'incident au fond et de statuer par un jugement séparé.

1.2/ Par des conclusions séparées, déposées à l'audience et visées par la greffière et le président, Maître Agnès MORON, avocate au Barreau du Val-de-Marne, a déposé dans l'intérêt de Monsieur Alain PEDRETTI des conclusions *in limine litis* relatives au délai raisonnable, demandant au tribunal de conclure dans le même sens et de ne pas joindre l'incident au fond.

1.3/ A l'audience du lundi 11 janvier 2021, après avoir constaté que les autres parties au procès ne déposaient pas de conclusions ou de réquisitions écrites, le tribunal a entendu Maître Jean-Didier BELOT à l'appui des conclusions déposées *in limine litis* au nom de Jean BONNEFONT, Bernard FORTERRE et Antoine BENETTI.

Le tribunal a entendu Maître Agnès MORON à l'appui de ses conclusions de nullité déposées dans l'intérêt de Alain PEDRETTI.

La parole a été ensuite donnée aux autres avocats de la défense, ainsi qu'à ceux des parties civiles, qui ont admis le caractère déraisonnable de la durée de la procédure.

Le tribunal a entendu Madame le procureur de la République en ses réquisitions, qui a justifié la durée de la procédure et a requis que l'incident soit joint au fond.

Après avoir donné la parole à la défense en dernier, le président a ordonné une suspension d'audience pour permettre au tribunal de délibérer sur le point de savoir s'il convenait de joindre l'incident au fond.

Après en avoir délibéré, le tribunal a rendu contradictoirement la décision suivante par un jugement séparé.

2/ Rappel du calendrier de la procédure et de l'information judiciaire

2.1/ Après avoir rappelé que les principales étapes de la procédure pénale ont été résumées par le magistrat instructeur dans les premières pages de son ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, notifiée le 7 novembre 2019, en page 4/64 (cote D14004), exposé complété par un résumé de la « chronologie des événements », tels qu'ils ressortent de l'information, en page 6/64 (cote D14006), auxquelles on renverra pour le détail de la chronologie.

2.2/ Après avoir rappelé que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) prend comme date de départ (*dies a quo*) de son appréciation du délai raisonnable d'un procès, le jour où l'accusation a été portée au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales (CESDH) (27 juin 1968, Neumeister c. Allemagne).

Cette date de départ peut correspondre à l'ouverture d'une procédure d'enquête préliminaire (27 juin 1968, Wemhoff c. Allemagne), à une arrestation (18 janvier 2007, Subinski c. Slovénie) ou encore à une mise en examen (Neumeister c. Allemagne, cité).

2.3/ En l'espèce, il ressort de l'examen de la procédure que le 26 juin 2002, l'ouverture de deux informations judiciaires a été ordonnée et confiée à un premier juge d'instruction du chef d'abus de biens sociaux d'une part et de favoritisme et de corruption publique d'autre part.

Cette ouverture faisait suite à compter de juin 2001 à une enquête administrative de la Direction des fraudes (DGCCRF) relative aux conditions dans lesquelles le SICUDEF, présidé par Monsieur Charles CECCALDI-RAYNAUD aurait fait approuver par ledit syndicat intercommunal la décision de n'engager des négociations de renouvellement de l'exploitation de la chaufferie de La Défense qu'avec l'entité ENERPART-VATECH-SOFFIMAT, représentée par Monsieur Bernard FORTERRE qui s'était associé à Monsieur Jean BONNEFONT et à Monsieur Antoine BENETTI, en violation des règles relatives à la réglementation en vigueur à l'époque concernant la passation d'une délégation de service public.

2.4/ Principales étapes du déroulement de l'information judiciaire

Le 12 juillet 2001, la DGCCRF saisissait le parquet de Nanterre, suivant transmission de son rapport d'enquête sur ces faits et cette procédure sur le fondement de l'article 40 de la procédure pénale.

Un second magistrat a été désigné en remplacement le 23 janvier 2003 dans l'information ouverte pour abus de biens sociaux (D357) et le 1er septembre 2003 dans celle concernant les faits de favoritisme et de corruption publique (D143).

Un troisième juge d'instruction a été désigné en remplacement du précédent le 1er septembre 2003 dans le premier dossier (D358) et dans le second (D145)

Un quatrième juge d'instruction a été désigné pour le remplacer le 31 mai 2005, les deux informations judiciaires faisant alors l'objet d'une décision de jonction (D346).

Les trois premiers juges d'instruction ont ordonné des actes d'enquête et des perquisitions mais n'ont procédé à aucune mise en examen ni auditions au fond pendant cette première période de trois années.

L'essentiel du travail d'enquête et d'instruction sur les faits de favoritisme et corruption soupçonnés étaient accomplis par le quatrième juge d'instruction sur la période du 31 mai 2005 au 30 août 2011 (D7413), soit pendant une durée de 6 ans et 3 mois.

Le 29 juin 2005, Monsieur Laurent GIMEL était placé en garde à vue, présenté au juge d'instruction et mis en examen (D1150).

Le 22 juin 2007, soit deux ans plus tard, Monsieur Hervé BENETTI était placé en garde à vue, présenté au juge d'instruction et mis en examen (D1297).

Le 4 juillet 2007, Monsieur Jean BONNEFONT était placé en garde à vue, présenté au juge d'instruction et mis en examen (D1389).

Le lendemain, Monsieur Bernard FORTERRE était placé en garde à vue, présenté au juge d'instruction et mis en examen (D1411).

Le 26 juillet 2007, Charles CECCALDI-RAYNAUD était mis en examen (D1428).

Avant cette période-clé de juillet 2007, de nombreuses auditions de MM. GIMEL et BRUTMAN, informateur initial de la DGCCRF avaient été effectuées.

C'est le 5 octobre 2010 que la première confrontation entre MM. BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI avait lieu devant le juge d'instruction, ce dernier n'ayant été entendu qu'à une seule reprise depuis sa mise en examen (D4657), MM. BONNEFONT et FORTERRE n'ayant pas été entendus par le juge d'instruction entre juillet 2007 et octobre 2010.

Le 24 juin 2011, la mise en examen supplétive des trois mis en examen visés ci-dessus était ordonnée du chef d'abus de biens sociaux et de délits connexes.

Le 4 août 2011, une ordonnance du juge d'instruction de rejet des demandes d'actes faites par les conseils de Messieurs BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI était rendue.

Dans un souci de clarification descriptive d'une information judiciaire longue et complexe, cette étape procédurale a été retenue par ce tribunal comme date de césure entre deux phases chronologiques successives de la procédure d'information judiciaire afin d'apprécier le caractère raisonnable de celle-ci (cf.3.2. ci-dessous)

24 juin 2011, une audition de Monsieur Charles CECCALDI-RAYNAUD avait lieu, sans qu'aucune confrontation ne soit organisée entre celui-ci et MM. BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI (D6895).

Le 5 août 2011, le juge d'instruction procédait à la notification de l'article 175 du code de procédure pénale (D7204).

Un arrêt de la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Versailles était rendu le 30 novembre 2012, infirmant l'ordonnance de rejet de demande d'actes du 4 août 2011 (D7866).

Le 6 septembre 2013, une confrontation devant le cinquième juge d'instruction était organisée en présence de MM. BONNEFONT, FORTERRE, BENETTI, PEDRETTI, AFFLELOU (en tant que témoin assisté) mais sans la présence de M. GIMEL, en fuite au Maroc et qui devait faire l'objet d'un mandat d'arrêt subséquent émis le 2 octobre 2013.

Le 5 décembre 2014, une ordonnance de refus partiel de demande d'actes, demandé par certains prévenus et par la partie civile était rendue par le sixième juge d'instruction en charge du dossier.

Le 17 décembre 2014, le juge d'instruction procédait à la seconde notification de l'article 175 du code de procédure pénale (D12455).

Le 12 juin 2015, un arrêt de la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Versailles infirmait partiellement l'ordonnance de refus de la demande d'actes supplémentaire du 5 décembre 2014 et précisait les actes d'information utiles à la clôture de la procédure (D12715)

Le 9 octobre 2017, le juge d'instruction procédait à la troisième notification de l'article 175 du code de procédure pénale (D13355).

Un laps de temps de **2 ans et dix mois** s'est donc écoulé entre ces deux actes signifiant la fin de la procédure d'information judiciaire.

Le 5 janvier 2018, des observations communes aux avocats de MM. BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI étaient déposées.

Le 10 janvier 2018, des observations par le conseil de Charles CECCALDI-RAYNAUD, à l'appui du mémoire rédigé par ce dernier à la première personne et confirmant l'ensemble des réponses et des explications qu'il avait fournies le 26 juillet 2007 (mise en examen) et le 24 juin 2011 (devant le juge d'instruction mais sans confrontation avec les premiers), étaient déposées.

Le 18 juillet 2019 Charles CECCALDI-RAYNAUD décédait.

Le 9 août 2019, le réquisitoire définitif du procureur de la République de Nanterre était notifié aux parties (D13953).

Le 9 septembre 2019, des observations aux fins de non-lieu des conseils de MM. BENETTI, FORTERRE et BONNEFONT étaient communiquées.

Le 7 novembre 2019, l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction (le septième dans cette procédure) en charge de cette information judiciaire devant ce tribunal des cinq personnes mises en examen était notifiée, pour y être jugés du 21 au 25 septembre 2020, après constatation de l'extinction de l'action publique concernant Charles CECCALDI-RAYNAUD (D14001 à D14063).

Pour des motifs liés à la pandémie de la COVID, le procès n'a pu avoir lieu à cette date et a été renvoyé contradictoirement pour commencer le lundi 11 janvier 2021.

3/ Sur l'appréciation du délai raisonnable

3.1/ méthode d'appréciation résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

Comme il a été rappelé ci-dessus, la CEDH procède à une appréciation globale des conditions du déroulement de la procédure pénale pour apprécier *in concreto* le délai raisonnable, condition non exclusive mais essentielle du procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), à partir des trois critères suivants:

- la gravité et la complexité des faits, le nombre des infractions et des personnes poursuivies.
- le comportement des prévenus et l'appréciation du caractère dilatoire des initiatives prises par ceux-ci au cours de la procédure.

- le comportement de l'autorité judiciaire et notamment le déroulement de l'information judiciaire.

3.2/ sur l'appréciation globale du délai raisonnable dans ce dossier

Il ressort de l'examen détaillé du déroulement de la procédure, suivant les critères d'appréciation constants retenus par la CEDH pour apprécier le critère du délai raisonnable, en matière pénale, qu'un délai de **18 ans et 6 mois** s'est écoulé entre l'ouverture de la double information judiciaire confiée à un juge d'instruction de Nanterre le 26 juin 2002 et l'ouverture des débats devant ce tribunal le 11 janvier 2021.

Vu la jurisprudence de la CEDH, qui permet de faire remonter le début de la procédure pénale à l'ouverture d'une enquête préliminaire, visée ci-dessus, il est possible de prendre comme point de départ de la procédure le courant du mois de juin 2001, dans la mesure où les services administratifs de la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF) disposent de pouvoirs d'enquête et de collecte de preuves permettant d'alimenter la procédure pénale. Dans cette hypothèse la procédure d'enquête s'est déroulée sur **19 ans et 7 mois**.

En l'espèce, suite aux remarques et aux critiques formulées par la représentante de la DDCCRF des Hauts-de-Seine, représentant l'Etat au sein de la Commission de délégation de service public du SICUDEF, la direction nationale a décidé de diligenter une enquête ; elle a entendu dans ce contexte un témoin, Monsieur Thierry BRUTMAN, qui a fourni des éléments mettant en cause Monsieur CECCALDI-RAYNAUD, maire de Puteaux et président du SICUDEF, mais aussi des personnes susceptibles d'avoir participé à une opération de corruption pour obtenir de celui-ci qu'il leur fasse bénéficier de la reprise de l'exploitation de la chaufferie de La Défense sans mise en concurrence effective et en sachant dès l'origine que la société concessionnaire, CLIMADEF, ne verrait pas son contrat d'exploitation renouvelé.

En intégrant cette phase préliminaire d'enquête administrative, la durée totale de la procédure a été de **19 ans et 7 mois** entre le début de celle-ci, mettant déjà en cause quatre des six prévenus, à savoir Charles CECCALDI-RAYNAUD, Jean BONNEFONT, Bernard FORTERRE et Antoine BENETTI, et le début du procès de trois d'entre eux ainsi que Laurent GIMEL et Alain PEDRETTI devant ce tribunal (Monsieur Charles CECCALDI-RAYNAUD étant décédé le 18 juillet 2019).

Il ressort de l'examen détaillé de la jurisprudence de la CEDH en cette matière qu'aucune décision de condamnation d'un Etat-signataire pour ce motif n'a relevé une durée totale de la procédure aussi longue, et en tout cas supérieure à 16 années révolues (23 septembre 1998, Portington c. Grèce).

Dans des décisions commentées où la France était mise en cause devant la Cour de Strasbourg, le délai maximum relevé comme étant jugé non raisonnable en matière pénale était de 5 ans et 11 mois (6 janvier 2004, Rouille c. France) et de 12 ans, 7 mois et 10 jours (8 juin 2004, Clinique Mozart c. France). Dans le premier cas, dans une affaire relative à des faits constitutifs d'abus de confiance aggravé, la complexité des faits, la multiplicité des prévenus et la technicité des documents à examiner dans le cadre de l'enquête ne justifiaient pas dans l'appréciation de la Cour une telle durée.

Le tribunal a notamment relevé que la Cour conventionnelle, si elle relève dans nombre de ses décisions que la très grande complexité d'une affaire, lorsque les soupçons relèvent de la délinquance « en col blanc », s'agissant par exemple de fraude

à grande échelle impliquant plusieurs sociétés ou de transactions complexes ayant pour objet d'échapper au contrôle des organes d'instruction et nécessitant une importante expertise comptable et financière (C.P. et autres c. France considérant 30.), peut justifier la durée d'une procédure se poursuivant pendant de nombreuses années, elle n'estime pas « raisonnable » de longues périodes inexplicables de stagnation de la procédure (Adiletta et autres c. Italie considérant 17.). De plus, si la complexité d'une affaire peut justifier un certain délai, elle ne suffit pas en elle-même à justifier toute la durée de la procédure (Rutkowski et autres c. Pologne considérant 137.)

En l'espèce, le tribunal a relevé les points suivants afin de déterminer si la procédure en cause a répondu ou non aux critères du délai raisonnable fixé, tels que définis par la jurisprudence de la CEDH et consacré en droit interne depuis 2000 par l'article préliminaire du code de procédure pénale.

A titre préliminaire, la segmentation temporelle choisie et détaillée ci-dessous n'inclut pas la période comprise entre le début de l'enquête de la DGCCRF en juin 2001 et l'ouverture d'information judiciaire, le 26 juin 2002, soit 13 mois et la période finale comprise entre la fin du processus d'information judiciaire le 9 octobre 2017 et le début du procès devant ce tribunal, le 11 janvier 2021, soit une période de 3 ans et 3 mois.

L'appréciation du délai raisonnable a donc porté principalement sur la procédure d'information judiciaire, d'une durée totale de 15 ans et 3 mois, celle-ci étant segmentée en deux périodes pour une meilleure compréhension des étapes de la procédure, étant rappelé d'une part que la procédure prise dans son ensemble a duré, jusqu'à ce jour, 19 ans et 7 mois et d'autre part que la troisième et dernière notification de l'article 175 du code de procédure pénale est intervenue le 9 octobre 2017 et qu'un délai de 22 mois s'est écoulé entre cette date et le 9 août 2019, date de la notification aux parties du réquisitoire définitif du procureur de la République.

A/ Concernant la première période : du 26 juin 2002, date d'ouverture des deux informations judiciaires initiales au 4 août 2011, date de l'ordonnance de refus d'actes d'instruction complémentaires par le quatrième juge d'instruction ;

Le tribunal a relevé :

- d'une part que l'essentiel des faits poursuivis au titre des délits de corruption et de recel de favoritisme (qui était bien le cœur de la prévention en ce qu'elle touchait à l'affaire de la chaufferie de La Défense) concernait des personnes établies en France et plus précisément à Paris et dans les Hauts-de-Seine ;
- que le montage de corruption présumée a été décelé dès le début de l'enquête administrative de la DGCCRF en juin 2001 ;
- que ces soupçons ont été étayés rapidement par les propos tenus par Monsieur Thierry BRUTMAN, conseiller économique travaillant au Luxembourg, entendu dès le 22 juin 2001 par la DDCCRF (et figurant en cote D34 avant même la transmission de l'article 40 au parquet de Nanterre) ;
- que ce pacte de corruption, qui se serait traduit par la remise de pots-de-vin versés en espèces entre juin 2001 et janvier 2002, était la contrepartie circonstanciée de l'avantage indu accordé à Jean BONNEFONT et Bernard FORTERRE, entrepreneurs associés dans le projet de reprise de la chaufferie, par le président du SICUDEF, Charles CECCALDI-RAYNAUD ;

- que ce dernier était à la manœuvre, pratiquement à découvert, pour accélérer le calendrier de renouvellement de la concession de la chaufferie de La Défense, décidée fin 1999, pour réduire le processus d'appel à candidatures à la sélection du projet porté par les sociétés ENERPART-VATECH-SOFFIMAT et donc par MM. BONNEFONT et FORTERRE, en choisissant de négocier exclusivement avec ces derniers dès le 18 mai 2001, en faisant modifier les critères de choix de l'appel à proposition, puis en faisant approuver un processus de négociations avec ce seul groupement, écartant du même coup les six autres entités qui avaient répondu à l'appel d'offres ;
- que l'ensemble de ces constats, en l'occurrence des soupçons précis d'un pacte de corruption et des personnes y ayant participé, étaient dénoncés par l'administration au parquet de Nanterre le 12 juillet 2001, soit quatre mois avant même que le contrat de concession à ENERTECH soit formellement signé en novembre 2001.
- **d'autre part** que la découverte de l'origine des pots de vins prétendument versés à Charles CECCALDI-RAYNAUD ou à des membres son entourage, ces derniers n'étant jamais identifiés avec précision à l'exception de sa fille Joëlle CECCALDI-RAYNAUD, a été rapidement effectuée et décrite par les déclarations de Monsieur Thierry BRUTMAN, entendu dès le 22 juin 2001 et qui dénonçait dès son courrier du 11 octobre 2002 (D349) des faits d'abus de biens sociaux dans le cadre du rachat de la SEEM (maison-mère de CLIMADEF) par la société JUBEN HOLDING, dont le dirigeant de droit était Monsieur Laurent GIMEL.
- que Laurent GIMEL a, dès sa première audition par les enquêteurs le 20 avril 2004 (D 476), soit deux ans et deux mois après l'ouverture des deux informations judiciaires, révélé l'essentiel du montage de la reprise de la SEEM par la société COGEMAN;
- que COGEMAN était le « véhicule d'investissement », créé par MM. BONNEFONT et FORTERRE avec Laurent GIMEL, via la société familiale JUBEN HOLDING, dont ce dernier assurait la gestion sans en rendre compte en détail à ses actionnaires, à savoir sa jeune femme Julia, les parents et le frère de celle-ci, co-fondateurs de cette société destinée à gérer l'important héritage venant de la succession de l'industriel Sylvain FLOIRAT ;
- que Laurent GIMEL a confirmé dès le 20 avril 2004 lors de son audition devant les enquêteurs le mécanisme des pots-de-vin destinés à Charles CECCALDI-RAYNAUD, leur provenance, leurs montants et les conditions précises de leur remise à Antoine BENETTI ;
- que si la mise à jour postérieure des détournements de fonds opérés par Laurent GIMEL au préjudice de JUBEN HOLDING et le mécanisme de fausses factures, qui avaient permis de leur donner un semblant de régularité, a été rendue possible par la poursuite des actes d'enquête ordonnés par le magistrat instructeur entre 2011 et 2013, celle-ci est restée incomplète;
- que la poursuite de l'enquête n'a notamment pas permis d'élucider le montage et les détournements de fonds de la société JUBEN HOLDING au profit de tiers impliqués d'une part dans l'affaire du club sportif dit US CRETEIL, notamment M. Alain AFFLELOU, et d'autre part dans celle d'IMMOSTRASBOURG. L'identification des bénéficiaires ultimes des

sommes libellées en dollars américains, qui avaient été retirées au Luxembourg pour être remises en espèces ou virées sur d'autres comptes et que l'accusation a toujours considéré comme la preuve des pots-de-vin remis à Charles CECCALDI-RAYNAUD n'a pas été possible.

Il résulte de l'examen de cette première période de 9 ans et 1 mois que l'information judiciaire, si elle a permis de mettre à jour l'essentiel des faits et des actes constitutifs des délits présumés de favoritisme et de corruption publique, n'a pas élucidé avec précision et certitude l'objet, les montants et les bénéficiaires réels des abus de biens sociaux commis au préjudice de la société JUBEN HOLDING et de ses actionnaires.

B/ Concernant la seconde période : du 4 août 2011, date de l'ordonnance de refus d'actes d'instruction complémentaires par le quatrième juge d'instruction, au 9 octobre 2017, date de la dernière notification de fin d'information de l'article 175 du code de procédure pénale par le septième juge d'instruction.

Le tribunal a relevé

- **d'une part** que la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 30 novembre 2012, statuant sur appel des conseils de Bernard FORTERRE, Antoine BENETTI et Jean BONNEFONT de l'ordonnance de refus d'acte rendue le juge d'instruction, le 4 août 2011, a infirmé ladite ordonnance et dit « qu'il y avait donc lieu que l'ensemble des actes demandés le 29 juillet 2011, soient réalisés » en incluant l'audition d'Alain AFFLELOU, à l'occasion de laquelle une nouvelle confrontation aurait pu, selon la motivation de la chambre d'instruction, être organisée par le juge d'instruction.
- Sans reprendre ici le détail des nombreux flux financiers, dont cet arrêt demandait qu'ils soient appréhendés (voir page 12 dudit arrêt, coté D07877 en procédure), il convient de relever qu'ils portaient précisément sur les opérations intervenues entre les sociétés intermédiaires utilisées par Laurent GIMEL (ELITIUS, THORNHILL DIGITAL, STONE CONSULT, MTH TECHNOLOGY et GLENCOYS INVESTMENT OVERSEAS) pour réaliser ses opérations contestées.
- Ces opérations matérialisaient les abus de biens sociaux au préjudice de JUBEN HOLDING et avaient bénéficié directement ou indirectement aux personnes impliquées d'une part dans l'opération IMMOSTRASBOURG et d'autre part dans celle concernant les opérations financières de l'US CRETEIL et éventuellement à d'autres personnes titulaires de comptes bancaires au Luxembourg et au bénéfice de sociétés enregistrées au Luxembourg, en Suisse, en Allemagne et dans les îles vierges britanniques. En dépit de l'importance éventuelle de cette demande, le juge d'instruction n'y avait pas fait droit et ce quelques jours avant de quitter ses fonctions à Nanterre.
- A juste titre, les prévenus font valoir que son successeur allait refuser de faire acte d'instruction lors de la « confrontation » entre Alain PEDRETTI, mis en examen et Alain AFFLELOU, témoin assisté, en l'absence de Laurent GIMEL, réalisée le 6 septembre 2013, abandonnant aux avocats présents le soin de poser les questions de leur choix, après avoir indiqué laconiquement que « la confrontation prévue ce jour a précisément cet objet (laisser les avocats poser leurs questions) et donnons en conséquence la parole aux avocats des parties après avoir toutefois demandé à Messieurs Alain AFFLELOU et Alain PEDRETTI s'ils souhaitaient préalablement apporter des

précisions ou des modifications aux déclarations qu'ils ont faites jusqu'à présent dans la procédure » (D09747).

- Marquée depuis plusieurs années déjà par une tendance à laisser certaines des personnes mises en examen ou placées sous le statut de témoin assisté dénoncer des faits délictuels réels ou imaginaires sans les confronter à leurs propres contradictions ou au manque de preuves sérieuses présentées à l'appui de leurs déclarations, l'information judiciaire pouvait se poursuivre ainsi sous la direction d'un cinquième juge d'instruction sans qu'aucune diligence nouvelle n'y soit apportée malgré la demande insistante et ciblée de la chambre d'instruction, juridiction en charge du contrôle de la poursuite effective de l'information judiciaire.
- **D'autre part** que pendant la dernière phase de l'information judiciaire (du 17/12/2014, date de la seconde notification de l'article 175 du code de procédure pénale, au 09/10/2017, date de la troisième et dernière notification au sens dudit article), la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 12 juin 2015, statuant sur appel de la partie civile (la famille CHEVANNE) de l'ordonnance de refus partiel de la mesure d'instruction complémentaire rendue par le cinquième juge d'instruction, le 5 décembre 2014, a infirmé partiellement le refus de ce dernier d'instruire en relevant « qu'il y a donc lieu que l'ensemble des actes demandés soient réalisés », ordonnant une nouvelle fois d'établir d'une part la matérialité des virements effectués par ELITIUS et MTH sur des comptes opaques en Suisse et d'autre part pour identifier le bénéficiaire réel des virements effectués sur le compte d'un certain Benny BERNSTOCK à la « Bank of Leumi » en Israël (D12733).
- Le tribunal a relevé que, si ces demandes d'actes avaient une faible probabilité de prospérer, elles avaient le mérite de tenter de mettre enfin au clair l'objet précis et l'ampleur chiffrée des détournements opérés éventuellement par Laurent GIMEL et ses complices potentiels ; que leur objet s'éloignait de la recherche des preuves sur le circuit et le versement effectif des pots-de-vin prétendument versés à Charles CECCALDI-RAYNAUD et à son entourage.
- La partie civile insistait à juste titre sur la clarification de l'origine et de l'objet de la somme de 4,5 millions de francs reçue par Alain AFFLELOU le 4 janvier 2001, étant rappelé que ce montant correspondait à 10% près au montant des sommes en liquide que Laurent GIMEL aurait remises à Antoine BENETTI dans les bureaux parisiens de JUBEN HOLDING entre avril 2001 et la fin janvier 2002 à titre de pots-de-vin destinés à Charles CECCALDI-RAYNAUD.

Qu'il ressort de l'examen attentif de ces étapes procédurales que, pendant une période de 6 ans et 2 mois, la poursuite de l'information judiciaire, pourtant sous la forte incitation de la chambre de l'instruction, avait notamment pour objet de reconstituer la destination réelle des fonds détournés par Laurent GIMEL au préjudice essentiellement de la société JUBEN HOLDING et d'élucider la matérialité des accusations portées par celui-ci et par Alain PEDRETTI sur les pots-de-vin versés à Antoine BENETTI à titre de dons rémunérant les actes de favoritisme pratiqués par Charles CECCALDI-RAYNAUD dans le cadre du pacte de corruption qui l'aurait lié au « trio » de corrupteurs actifs Messieurs BONNEFONT, FORTERRER et BENETTI.

Que la poursuite de l'information judiciaire a été largement vidée de sa substance par l'insuffisance de diligences permettant sa finalisation dans des délais raisonnables et par la succession de magistrats-instructeurs, qui n'étaient plus en mesure d'appréhender l'ensemble d'une procédure devenue tentaculaire et lacunaire en ce qui concerne les flux financiers appréhendés et leurs bénéficiaires réels.

Que, si les recours des conseils des prévenus et de la partie civile, ayant comme objectif précis l'élucidation des circuits d'argent, ont permis à deux reprises, comme cela a été rappelé ci-dessus, d'envisager la reconstitution réelle de l'objet et de la destination des fonds détournés, ces démarches n'ont pas contribué à retarder la poursuite de la procédure.

Le tribunal a relevé qu'à l'occasion de l'audience le conseil des parties civiles représentant les consorts CHEVANNE et le liquidateur judiciaire de JUBEN HOLDING a précisé qu'elles avaient été amenées à s'associer aux conseils de trois des prévenus dans le cadre du recours à la chambre de l'instruction en 2011 aux fins d'obtenir la réalisation d'actes supplémentaires d'enquête.

Que par voie de conséquence, ces parties civiles s'associaient aux conclusions de la défense demandant au tribunal de constater la durée déraisonnable de la procédure.

Le conseil de l'association de lutte contre la corruption et les atteintes à la probité ANTICOR a fait le même constat de la durée déraisonnable de la procédure, pour des motifs procéduraires mais aussi politiques notamment pendant la première phase de la procédure d'enquête.

3.3/ Motivation du tribunal concernant le délai raisonnable de la procédure

Le délai de la procédure, considérée dans sa globalité, selon les critères constants établis par la jurisprudence de la CEDH a donc été de 19 ans et 7 mois jusqu'à aujourd'hui, date du début du procès devant ce tribunal.

Il résulte de l'examen détaillé des circonstances spécifiques du déroulement de la procédure pénale les constats suivants sur la base des critères établis par la CEDH que:

- six personnes ont été mises en examen et que les deux informations judiciaires initialement ouvertes portaient d'une part sur des faits de favoritisme et de corruption publique, concernant au final un seul élu et trois à quatre corrupteurs actifs présumés et d'autre part sur des faits d'abus de biens sociaux au préjudice de deux sociétés essentiellement, la SEEM et la société familiale JUBEN HOLDING, dont le dirigeant de droit était Laurent GIMEL ;
- cinq des six personnes mises en examen dans ce dossier ont participé pleinement à la procédure dès l'ouverture des informations judiciaires, qu'elles ont été, à l'exception d'un seul, toujours assistés par les mêmes conseils, qui ont régulièrement demandé que leurs clients soient entendus et confrontés dans ce dossier;
- que les conseils des prévenus et d'une partie civile ont à deux reprises fait appel d'ordonnances de refus d'actes d'enquête et d'information rendues par des juges d'instruction successifs; qu'en 2011 la partie civile s'est associée au recours formé par trois des prévenus contre l'ordonnance de refus d'actes du quatrième juge d'instruction (D7959); que la chambre de

l'instruction a infirmé les décisions de refus initiales des magistrats-instructeurs, ordonnant la poursuite de l'information judiciaire;

- comme le calendrier résumé ci-dessus en 2.4 le montre, six juges d'instruction se sont succédés entre 2002 et 2019 pour mener à bien les deux puis l'unique information judiciaire, deux d'entre eux instruisant le dossier de manière durable et continue pendant une période supérieure à deux ans, notamment le quatrième juge d'instruction, qui a été en charge du dossier pendant six ans et deux mois, de juin 2005 à septembre 2011.
- le septième et dernier juge d'instruction en charge du dossier s'est efforcé de faire un travail de synthèse des faits et des éléments à charge dans ce dossier, sans procéder à de nouveaux actes d'information, qui n'auraient plus eu de motifs sérieux et légitimes vu la longueur de l'information judiciaire entreprise.
- Le choix de joindre les deux informations judiciaires à la fin mai 2005, au lieu de permettre une analyse globale et cohérente de l'ensemble des faits susceptibles de constituer les infractions présumées, a entraîné une dispersion des actes d'enquête et d'instruction sur le volet des détournements financiers au préjudice de la société JUBEN HOLDING et destinés à financer des opérations délictueuses dans le secteur du sport professionnel et de l'immobilier, sans apporter d'éclairage nouveau sur le volet de l'affaire de « la chaufferie de La Défense », c'est-à-dire les faits de favoritisme et de corruption présumés, concernant les mis en examen.

Au final, le délai total de la procédure, d'une durée à ce jour de 19 ans et 7 mois, dont 15 ans et 3 mois d'information judiciaire, apprécié sur le fondement des critères de la jurisprudence de la CEDH, appliqué par les juridictions pénales de l'ordre juridique interne, est caractérisé ainsi :

- d'une part la nature des infractions poursuivies et le nombre de personnes mises en cause, qui ne présentaient ni un caractère exceptionnel ou des ramifications internationales nombreuses, la structure et les modalités du pacte corruptif présumé ayant été décrites dès les trois premières années de la procédure ; que s'il n'est pas contesté que l'affaire présentait un caractère complexe, elle ne justifiait pas la poursuite de la procédure pénale pendant une durée de près de vingt ans.
- d'autre part le comportement des personnes mises en cause et de leurs conseils, qui ne se sont pas soustraits, à l'exception d'un seul Monsieur Laurent GIMEL à compter de 2012, aux actes de procédure commandés par les juges d'instruction successifs; qu'il ne peut dès lors être fait grief aux parties d'avoir entravé par leur comportement le cours de l'information judiciaire.
- enfin la réaction des autorités judiciaires dans la poursuite de l'enquête préliminaire et de l'information judiciaire qui s'est prolongée de manière totalement inhabituelle dans la pratique de la lutte contre la délinquance économique et financière par l'autorité judiciaire française.

Pour ces motifs, la durée totale de la procédure ne constitue pas un délai raisonnable.

4/ Sur les conséquences du constat de l'absence du délai raisonnable sur le bien-fondé de la procédure et la tenue du procès pénal

Vu l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) ».

4.1/ la situation particulière des prévenus et les conséquences du délai déraisonnable sur leur capacité à se défendre

Dans le cas d'espèce, le tribunal a relevé qu'au 26 juin 2002, date de l'ouverture des deux informations judiciaires initiales, les principaux mis en cause étaient âgés de respectivement :

- 80 ans pour Monsieur BONNEFONT
- 77 ans pour Monsieur CECCALDI-RAYNAUD
- 64 ans pour Monsieur FORTERRE
- 50 ans pour Monsieur BENETTI

qu'il en résulte qu'au moment de pouvoir répondre devant leurs juges des faits pour lesquels ils sont renvoyés devant ce tribunal, ils sont âgés de respectivement

- 99 ans pour M. Jean BONNEFONT
- 82 ans pour M. Bernard FORTERRE
- 68 ans pour M. BENETTI

Charles CECCALDI-RAYNAUD, l'un des principaux si ce n'est le principal protagoniste de ce dossier des chefs de prévention de corruption, de favoritisme et de recel d'abus de biens sociaux est décédé le 18 juillet 2019 à l'âge de 94 ans et l'extinction de l'action publique a été constatée le concernant.

Il ressort des demandes spécifiques d'aménagement du procès formulées par leurs conseils respectifs que :

- M. Jean BONNEFONT n'est plus en mesure, du fait de sa fragilité physique et de son état de santé, d'assister à son procès, alors qu'il avait encore souhaité en septembre dernier être présent le premier jour des débats pour assurer sa défense;
- M. Bernard FORTERRE, qui a été diagnostiqué depuis deux ans du syndrome de Parkinson, et qui doit suivre des soins à domicile quotidiens en raison de son état de santé, souhaite pouvoir être entendu par le tribunal mais a indiqué qu'il ne pourra assister à son procès que pendant une ou deux après-midi au maximum.

Le passage du temps et les troubles liés au grand âge et à leur état de santé, notamment sur le plan de la mémoire personnelle, ne permettent pas à deux des prévenus de pouvoir rendre compte de leurs actions et de répondre sur les faits qui leur sont reprochés plus de vingt ans après leur commission.

Qu'en l'espèce, la durée non raisonnable de la procédure prive deux des principaux prévenus, à savoir Monsieur BONNEFONT, âgé de 99 ans et Monsieur FORTERRE, âgé de 82 ans et souffrant de la maladie de Parkinson, de leur capacité à se défendre

pleinement et personnellement devant la juridiction de jugement.

L'impossibilité pour l'ensemble des prévenus d'être confrontés à Charles CECCALDI-RAYNAUD, aujourd'hui décédé, les prive aussi de leur droit à la tenue d'un débat contradictoire sur leurs rôles respectifs dans le pacte de corruption établi par l'accusation et repris dans la discussion par le magistrat-instructeur dans l'ORTC.

4.2/ sur les conditions de la tenue d'un procès équitable en raison du manquement à l'une de ses composantes essentielles

Vu l'article préliminaire I alinéa 1 du code de procédure pénale qui dispose que la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties et III alinéa 1 du même article qui dispose que toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'est pas établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

Vu l'article 427 alinéa 2 du code de procédure pénale, qui dispose que le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.

Les concluants soulèvent, à l'appui de leurs conclusions de nullité de la procédure, qu'alors que l'oralité des débats relève de l'essence même du procès pénal, l'altération inévitable de la mémoire après tant d'années passées depuis les faits reprochés prive nécessairement les prévenus d'un procès équitable, par la violation de leur droit à être jugés dans un délai raisonnable.

Après avoir rappelé que Jean BONNEFONT et Bernard FORTERRE n'ont jamais été confrontés à Charles CECCALDI-RAYNAUD pendant la durée de l'information judiciaire;

que le retour d'Antoine GIMEL sur le territoire français en septembre 2020 en vue d'assister à son procès a modifié les circonstances de la tenue de celui-ci, dans la mesure où l'incrimination de MM. BONNEFONT, FORTERRE et BENETTI repose largement sur les accusations portées par celui-ci concernant le versement de pots-de-vin au bénéfice de Charles CECCALDI-RAYNAUD et de son entourage, en rémunération du supposé pacte de corruption conclu avec les bénéficiaires de l'attribution du marché de la chaufferie de la Défense; que ceux-ci n'ont jamais été confrontés dans le cadre de l'information judiciaire, de telle sorte que le procès est la première occasion pour eux de se retrouver face à leur principal accusateur;

que la dégradation de santé de Jean BONNEFONT ces derniers mois et ses 99 ans révolus lui interdisent d'assister dorénavant à son procès ;

que, si Bernard FORTERRE souhaite se présenter devant ses juges et pouvoir disposer d'un temps aménagé pour répondre aux questions du tribunal, sa confrontation pourtant nécessaire avec Laurent GIMEL risquerait de porter atteinte au respect des principes du caractère contradictoire des débats et de l'égalité des armes, en raison de son âge avancé et des troubles neurologiques dont il est affecté, les accusations portées par Laurent GIMEL contre celui-ci constituant un élément essentiel des éléments à charge retenus contre lui.

Que par voie de conséquence, la tenue du procès devant ce tribunal ne permettra pas de rétablir l'atteinte portée aux droits de la défense et de ré-équilibrer les thèses contradictoires en présence assurant la mise en œuvre effective de l'égalité des armes.

Que pour ces motifs, les droits de la défense ne sont pas préservés en raison des conséquences ci-dessus rappelées de la durée déraisonnable de la procédure engagée contre MM. FORTERRE, BENETTON et BENETTI.

4.3/ sur les effets du constat du délai déraisonnable sur les intérêts des prévenus au sens de l'article 802 du code de procédure pénale

L'article 802 du code de procédure pénale précise qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

Si la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est jusqu'à aujourd'hui opposée à sanctionner la constatation du caractère non raisonnable de la durée de la procédure pénale par la nullité de celle-ci, elle n'en relève pas moins que cette condition de délai est une composante essentielle d'une procédure pénale juste et équitable.

Qu'en l'espèce, en privant l'ensemble des prévenus de pouvoir répondre du chef des infractions pour lesquelles ils ont été renvoyés devant ce tribunal, dans des conditions équilibrées, en raison pour certains d'entre eux de leur différence d'âge et de la dégradation de l'état de santé, tant sur le plan physique qu' intellectuel, notamment Jean BONNEFONT, aujourd'hui âgé de 99 ans et Bernard FORTERRE, aujourd'hui âgé de 82 ans et atteint de la maladie de Parkinson, mais aussi Messieurs BENETTI, PEDRETTI et GIMEL qui n'ont jamais été confrontés ensemble à Charles CECCALDI-RAYNAUD pendant plus de quinze années d'information judiciaire, tous restant à ce jour présumés innocents, face à leurs contradicteurs et accusateurs, la longueur de la procédure engagée contre eux leur a fait nécessairement grief en les privant de la possibilité de bénéficier d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de de l'article préliminaire I. du code de procédure pénale.

Pour l'ensemble de ces motifs, le tribunal estime que le caractère non raisonnable du délai de la procédure pénale rend impossible le respect du principe supérieur du droit à un procès équitable, dans la mesure où le passage irrémédiable du temps empêche les prévenus de pouvoir assurer pleinement leur défense, alors qu'ils contestent les faits et clament leur innocence, en étant notamment confrontés effectivement à leur principal accusateur, M. Laurent GIMEL, qui après avoir quitté délibérément le territoire français pendant la seconde phase de l'information judiciaire a décidé de revenir en France pour se faire juger.

Que dans ces conditions, le respect de la présomption d'innocence, de l'égalité des armes et du débat contradictoire pendant le procès ne sauraient être garantis et que le délai non raisonnable de la procédure pénale a eu pour effet de porter ainsi directement et personnellement atteinte à leurs intérêts et à leur droits fondamentaux et leur fait nécessairement grief.

5/ Sur la nullité des actes de la procédure

5.1/ sur le respect du procès équitable garanti par l'article préliminaire du code de procédure pénale et les autres articles dudit code assurant le respect des droits de la défense.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a relevé dans plusieurs arrêts que le délai raisonnable participe de la sauvegarde de tous les autres droits protégés par le principe affirmé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; qu'il a été repris à cet effet en droit interne par l'article préliminaire du code de procédure pénale, résultant de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000, qui prévoit dans son III alinéa 5 « qu'il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable ».

Que par ailleurs dans quatre arrêts prononcés le 15 avril 2011 (n° 10.17049, n° 10.30242, n° 10.30313, n° 10.30316, Bull crim n°1, 2, 3 et 4), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pour justifier l'exigence de la présence d'un avocat dès le début de la garde à vue a indiqué : « *Mais attendu que les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation : que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires* » ; que cette motivation est exactement transposable en cas de non-respect du délai raisonnable.

Qu'en l'espèce, le tribunal a relevé que les recours introduits à deux reprises avec succès devant la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles, s'ils ont permis de reprendre le cours de l'information judiciaire en ordonnant aux juges d'instruction en charge du dossier de mener des actes d'enquête et des auditions complémentaires, n'ont pas eu pour effet de permettre la clôture de celle-ci dans des délais raisonnables.

Qu'en conséquence, la mise en œuvre des autres articles du code de procédure pénale assurant le respect des droits de la défense n'a pas permis de les préserver effectivement et de faire aboutir rapidement une information judiciaire qui durait déjà depuis plus de neuf ans quand la chambre de l'instruction a dans son arrêt du 30 novembre 2012 infirmé l'ordonnance de refus d'acte rendue le 4 août 2011 par le magistrat-instructeur alors en charge du dossier.

Qu'il en résulte qu'en l'espèce, la longueur anormalement longue de l'enquête, y compris en matière d'atteintes à la probité et d'infractions de nature économique et financière, que ne justifiait ni la complexité des faits, ni le nombre de personnes mises en cause ni le caractère dissimulé de certains faits caractérisant les infractions soupçonnées, a non seulement fait grief aux personnes mises en examen dans ce dossier mais rend impossible la poursuite d'une procédure juste et équitable.

Le tribunal constatera donc que la procédure qui lui est soumise viole la norme conventionnelle supérieure, inscrite en droit interne depuis l'entrée en vigueur de l'article préliminaire du code de procédure pénale en 2000, à savoir le droit à être jugé dans un délai raisonnable, condition essentielle d'un procès juste et équitable et que, garant effectif des valeurs qu'il est censé protéger, il constatera que cette violation ne

peut connaître d'autre sanction que celle de la nullité de la procédure.

5.2/ sur la notion qu'un droit de valeur constitutionnelle doit être assorti d'une sanction effective de sa violation.

Le tribunal estime que l'application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, selon laquelle le constat d'un délai de procédure déraisonnable ne saurait avoir pour effet l'annulation de celle-ci mais ouvre un droit à une action en responsabilité pour faute lourde contre l'Etat en raison du dysfonctionnement du service public de la justice, ne saurait s'appliquer dans le cas d'espèce en raison des motifs propres à certaines décisions récentes du Conseil constitutionnel.

Outre que depuis la décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, considérant n°29, le principe des droits de la défense, et notamment le droit de toute personne à être jugée dans un délai raisonnable, a été considéré par le Conseil constitutionnel comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République et, depuis sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, considérant n°24, comme un principe de portée constitutionnelle rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution » ; qu'il en résulte, suivant ces décisions que « sont garantis par cette disposition, le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable ainsi que le principe du contradictoire »

Que la portée de cette reconnaissance de la valeur de norme supérieure des droits effectifs de la défense a conduit le Conseil constitutionnel à considérer dès 2015 que l'impossibilité d'exercer une voie de recours devant la chambre de l'instruction ou toute autre juridiction en l'absence de tout délit déterminé imparti au juge d'instruction pour statuer conduit à ce que la procédure applicable (en l'espèce les dispositions du 2ème alinéa de l'article 99 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1993) méconnaissait les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et privait de garanties légales la protection constitutionnelle du droit de propriété ; que par suite, la disposition contestée était déclarée contraire à la Constitution (Décision n°2015-494 QPC du 16 octobre 2015, considérant n°7).

Dans une autre décision du 20 novembre 2015, le Conseil constitutionnel a considéré que l'absence de tout recours en annulation en cas d'inobservation d'une formalité substantielle méconnaissait les exigences de l'article 16 de la déclaration de 1789 ; que par voie de conséquence, le juge constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution le dernier alinéa de l'article 308 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 2 février 1981, qui disposait que les dispositions relatives à l'enregistrement des débats de la Cour d'assises n'étaient pas prescrites à peine de nullité de la procédure ». (Décision n° 2015-499 QPC du 20 novembre 2015 considérant n°4).

Qu'il découle de ces décisions que la sauvegarde d'un principe fondamental de valeur constitutionnelle ne saurait être assurée sans que sa violation ait des conséquences effectives de nature à préserver effectivement les intérêts ainsi protégés.

Qu'en l'espèce, la constatation du délai manifestement déraisonnable de la procédure ne saurait avoir pour seule conséquence d'ouvrir aux justiciables concernés un droit à une réparation pécuniaire, dès lors que ses conséquences ont pour effet immédiat et

direct d'empêcher la tenue de leur procès dans des conditions justes et équitables permettant de préserver les droits de la défense, notamment en raison des circonstances liées à l'âge et à l'état de santé de deux des cinq personnes renvoyées devant ce tribunal.

Le tribunal a relevé que dans les circonstances rappelées ci-dessus un recours en indemnisation pour faute grave du service public de la justice ne serait pas de nature à rétablir l'atteinte manifeste portée aux droits de la défense, notamment celui d'être jugé dans un délai raisonnable dans le cadre d'un procès respectant les principes du procès équitable et du contradictoire, principes de valeur constitutionnelle rattachés au respect de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Qu'en conséquence seule la constatation de la nullité de l'entière procédure ayant conduit au renvoi des prévenus devant ce tribunal constitue une sanction effective de la violation du droit à un procès équitable et du strict respect du contradictoire, principe de nature constitutionnelle protégé par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal, statuant publiquement, en premier ressort et **CONTRADICTOIREMENT** à l'égard de Jean BONNEFONT, Antoine BENETTI, Bernard FORTERRE, Laurent GIMEL, Alain PEDRETTI, Bernard CHEVANNE agissant tant en son nom personnel, qu'en sa qualité d'ayant droit de son épouse Madame Martine FAVERETTO épouse CHEVANNE décédée le 27 octobre 2008, Julia CHEVANNE et Benjamin CHEVANNE agissant tant en leur nom personnel, qu'en leur qualité d'ayant droit de leur mère Madame Martine FAVERETTO épouse CHEVANNE décédée le 27 octobre 2008 et de la SELAFA MJA, prise en la personne de Maître CHUINE Alex, mandataire judiciaire agissant en qualité de mandataire liquidateur de la SA JUBEN HOLDING ;

ANNULE les actes d'enquête et d'information judiciaire ayant conduit au renvoi devant ce tribunal de Messieurs Jean BONNEFONT, Bernard FORTERRE, Antoine BENETTI, Laurent GIMEL et Alain PEDRETTI par ordonnance de constatation de l'extinction de l'action publique, de non-lieu partiel et de renvoi devant le tribunal correctionnel, notifiée le 7 novembre 2019.

et le présent jugement ayant été signé par le président et la greffière.

LA GREFFIERE



LE PRÉSIDENT





Francis SZPNER
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre
Ancien Membre du Conseil National des Barreaux

Caroline TOBY
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre
Ancien Membre du Conseil National des Barreaux

Christophe AYELA

Renaud SEMERDJIAN

Marion KAHN-GUERRA
Spécialiste en Droit du Travail et en Droit de la
Sécurité Sociale et de la Protection Sociale

François BAROIN

Vincent NIORE
Vice-Bâtonnier élu du Barreau de Paris

Avocats Associés

Virginie MEYRIER

Counsel

Pascal CHAIGNEAU
Professeur des universités

Of Counsel

Vincent CHAMPETIER

Emilie de GOYS

Aude DUCRET

Eloi CHAN

Audrey BERGEL

Jean SVASTA

Julia NIORE

Valentin SIMONNET

Inès YAHI

Marion COIFFIER

Rebecca LAHOUD-HEILBRONNER

Jean-Philippe RISTORI

Docteur en Droit

Avocats à la Cour

43, rue de Courcelles

75008 Paris

France

T : +33 (0)1 40 70 84 10

F : +33 (0)1 53 76 26 81

Palais : R 049

www.stasassociés.com

Monsieur le Bâtonnier Dominique MATTEI
98 rue Grignan
13 001 MARSEILLE

Paris, le 8 février 2021

Objet : Commission sur le renforcement des droits de la défense et sur l'étendue des garanties de la protection du secret professionnel de l'avocat durant l'enquête pénale avec exploration du rôle du Bâtonnier en contestation des mesures intrusives :

Monsieur le Président,

Je vous remercie de votre courriel du 5 février et de m'avoir adressé la version définitive du tableau de synthèse des « propositions » de la commission.

Cela dit, certaines propositions sont annoncées comme étant « minoritaires » précisément quant au rôle du juge des libertés et de la détention (JLD) prévu à la proposition 7 et à l'étendue du secret professionnel de l'avocat en matière de conseil.

C'est pourquoi, j'ai repris par la présente les précédentes observations que j'avais intégrées au projet de rapport et je vous remercie de bien vouloir les annexer au rapport définitif au même titre que mes contributions des 7 décembre, 14 décembre, 17 décembre 2020 et 21 janvier 2021.

S'agissant de l'étendue du secret professionnel de l'avocat, je tiens à souligner, d'une part, que la jurisprudence et la doctrine qui réduisent le secret à la seule défense heurtent de manière flagrante *contra legem* les dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 28 mars 2011 qui prévoit que le secret professionnel s'applique en « **toutes matières** » qu'il s'agisse du domaine du « conseil » ou de celui de la « défense », d'autre part, que le secret professionnel ne s'évince que contre la démonstration de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction appréciée de manière intrinsèque par l'analyse des éléments saisis au cours d'une perquisition au domicile et / ou au cabinet¹.

¹ Voir en annexe lettre de Maître Vincent Nioré du 7 décembre 2020.

Exclure d'emblée du secret professionnel l'activité de conseil par principe « hors la loi »² comme le soutien un syndicat qui a envoyé sa contribution est non seulement contraire à la loi mais représente une injure faite à la profession d'avocat dans son ensemble au même titre que prétendre que « *Les secrets institutionnalisés, dont celui de l'avocat, ont une face sombre à l'abri de laquelle peuvent prospérer des dérives* » (PNF le 3 décembre 2020 audience 32^{ème} chambre TJ de Paris).

Le secret a pour fondement de protéger - par la présence contestataire du Bâtonnier - la confiance du justiciable que ce soit en matière de défense ou de conseil et j'entends citer le professeur à l'Ecole Nationale Supérieure de Police Louis LAMBERT qui dans son ouvrage « *Traité théorique et pratique de police judiciaire* » (1951 Editions J.DESVIGNE LYON) précise que « *La perquisition est, du point de vue juridique, l'acte le plus délicat que nous ayons à accomplir au cours de nos enquêtes* » et que les cabinets d'avocats « *ne sont nullement inviolables, nullement soustraits à la perquisition judiciaire. Ce qui est seulement inviolable, c'est-à-dire insaisissable dans ces cabinets, ce sont les documents ayant le caractère de confidences de clients, car ces documents sont protégés par le secret professionnel. Avocats, notaires, avoués, médecins se trouvent en effet tenus par l'article 378 du code pénal, sous peine d'un à six mois de prison et de 12000 à 60000 francs d'amende, de garder les secrets que les particuliers leur ont confiés à raison de leurs fonctions ; et ces secrets, ils sont obligés de les garder même vis-à-vis de la justice : saisir les papiers qui contiennent les dits secrets, les extraire du cabinet dans lequel ils sont en dépôt sous la protection de la loi pénale, serait violer le secret professionnel, plus exactement contraindre le dépositaire des documents à trahir, au préjudice de ses clients, la promesse de secret en vertu de laquelle avaient eu lieu des confidences. Les professions d'avocat, de notaire, d'avoué, de médecin se verraient gênées et dépréciées si les particuliers savaient que les secrets confiés par eux à ces personnes tenues au secret professionnel courent le risque d'être un jour divulgués à l'occasion d'une recherche policière ou judiciaire : le secret est absolu ou il n'est pas. Mais hors les pièces ayant ce caractère de confidences protégées par l'article 378 du Code pénal, tout est saisissable chez un avocat... Il est parfaitement régulier, par exemple, de rechercher des sommes d'argent chez un avocat inculpé de vol ou d'escroquerie... S'il vous advient un jour d'avoir à perquisitionner chez un avocat, souvenez-vous que l'usage est de ne procéder qu'en la présence du bâtonnier, ou du moins, qu'après l'avoir prié d'assister à la perquisition. Cette présence... constitue une garantie contre toute saisie inconsidérée de documents protégés par le secret professionnel* » (Traité pages 494 et 495).

C'est donc bien la confiance qui est protégée qu'il s'agisse d'une activité de défense ou de conseil et il est clair que les travaux de la présente commission n'ont pas pour but d'organiser l'enterrement de première classe du secret professionnel en matière de conseil.

Par ailleurs, s'agissant de la défense comme du conseil, le secret professionnel s'applique dès le premier contact entre l'avocat et le client quelles qu'en soient les modalités (correspondances électroniques, conversations, rendez-vous, SMS etc...).

L'opinion ici exprimée n'est en rien « *minoritaire* ».

² « Il n'y a aucune raison à modifier pour renforcer les dispositions déjà inscrites dans le CPP. Il faut bien distinguer pour l'avocat entre ses activités de défense qui doivent et qui sont déjà bien protégées par le CPP de ses activités de conseil qui ne doivent absolument pas entrer dans ce champ de protection. Il ne faut absolument pas faire d'amalgame entre ces deux versants du métier d'avocat si ce n'est à rendre quasi intouchable l'avocat hormis le cas d'un délit flagrant. La limite entre le conseil et le « hors la loi » peut être fine dans certaines affaires de blanchiment par exemple. L'intégrité ou l'absence d'intégrité dans certains cas ne doit pas pouvoir se justifier et être protégée par le secret professionnel », Contribution Alliance Police Nationale.

J'ajoute qu'en matière de perquisition ou visite domiciliaire des autorités administratives (administration fiscale article L16B du LPF, autorité de la concurrence article L450-4 du Code de commerce, autorité des marchés financiers article L621-12 du CMF), les textes prévoient la présence de l'avocat de la personne visitée « *la faculté pour le contribuable de faire appel à un conseil de son choix* » et lorsqu'il s'agit d'un avocat visité ou perquisitionné, la présence supplémentaire du Bâtonnier avec le pouvoir de contestation de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

L'avocat de la défense est donc présent avec le Bâtonnier contestataire en cas de visite domiciliaire d'une autorité administrative chez un avocat.

Ainsi, comme je l'ai déjà exprimé, la présence de l'avocat de la défense s'impose naturellement en matière de perquisition judiciaire pour protéger le secret professionnel voire le *legal privilege*.

De plus, s'agissant du rôle du JLD, les textes précités prévoient qu'il autorise la mesure et qu'il la contrôle « *La visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge... A cette fin il donne toutes instructions aux agents... il désigne le chef du service qui nomme l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations* » jusqu'à pouvoir se rendre sur place « *Le juge peut, s'il l'estime utile, se rendre dans les locaux pendant l'intervention* » et « *à tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite* ».

S'il s'agit d'un avocat visité, le JLD est également le juge de la contestation des saisies.

En outre, il faut observer que la personne perquisitionnée ou visitée dispose de la possibilité d'interjeter appel de la décision du JLD qui a autorisé la mesure intrusive, de faire appel toujours selon les règles de la procédure civile dans les quinze jours des opérations de saisies devant le Premier Président de la Cour, et ce, concurremment avec la contestation que le Bâtonnier organise devant le JLD pour le cas où il s'agit d'un avocat visité. Il existe donc une coexistence de plusieurs voies de recours.

Il est rappelé que l'OPJ désigné par le JLD « *veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense* » dans les termes de l'article 56 alinéa 3 du CPP.

En conclusion, il faut relever non seulement l'importance du rôle du JLD es qualités de juge de l'enquête, juge de l'autorisation, juge de l'organisation de la mesure par la désignation de l'OPJ garant du respect du secret professionnel et des droits de la défense, juge du contrôle de la mesure, et juge de sa contestation mais aussi la présence de l'avocat de la défense en perquisition administrative qui, en toute logique, par symétrie, doit être étendue à la matière judiciaire sans devoir être redoutée au plan du sempiternel risque de l'éventuelle déperdition des preuves puisque rien ne s'y oppose étant déjà consacrée par les textes dans une matière similaire.

Là encore, l'opinion exprimée n'est pas minoritaire.

Il est clair que la perquisition, par sa nature intrusive, génère systématiquement une atteinte excessive aux droits de la défense que le Bâtonnier ou son délégué est dans l'obligation de contester à charge pour le magistrat d'en saisir le JLD que le rapport sur la procédure pénale « Jacques BEAUME » (page 84, juillet 2014) définit comme « **le juge de la loyauté et de la régularité de l'enquête, à travers la protection des droits fondamentaux et l'appréciation du contradictoire à l'égard de tel ou tel mis en cause** »³.

³ Voir en annexe lettre Maître Vincent Nioré du 21 janvier 2021.

De plus, les dispositions de l'article 802-2 du CPP font du JLD le juge de la nullité (juge de la « *requête en annulation de la perquisition* ») de la perquisition sous certaines conditions.

Ainsi, le JLD est devenu le juge de l'autorisation des mesures intrusives de l'enquête, du contrôle de leur exécution en matière administrative, de leur « *régularité* » (56-1 du CPP « *le bâtonnier peut s'opposer à la saisie s'il estime que cette saisie serait irrégulière* ») et de leur « *annulation* » (article 802-2 du CPP).

Par conséquent, force est de constater que le Procureur général envisagé par certains des membres de la commission comme possible organe de recours gracieux de l'enquête alors qu'il est investi d'un pouvoir d'injonction de poursuites par l'article 36 du Code de procédure pénale et d'un pouvoir de poursuite disciplinaire contre les avocats, se trouve à l'évidence à tous égards radicalement et fondamentalement inapte à assumer le rôle d'autorité de recours en matière d'enquête préliminaire⁴.

La perquisition chez l'avocat doit être subordonnée à la démonstration antérieure de l'existence de « *raisons plausibles de soupçonner* » ou d'un ou de plusieurs « *indices effectifs préexistants* » de la participation de l'avocat à la commission d'une infraction comme l'a jugé le JLD de Paris au sujet des perquisitions chez les avocats ou « *d'indices* » comme le juge la chambre criminelle à propos des perquisitions chez des magistrats (Cass crim 22 mars 2016 n° 15-83.207 « *Qu'il n'existait aucun indice de participation d'un membre de la formation de jugement ayant participé au délibéré à une quelconque infraction, et qu'en conséquence... les juges d'instruction avaient porté une atteinte non nécessaire au secret du délibéré* ») et que le rôle du Bâtonnier en contestation de perquisition consiste à défendre le libre exercice de la profession d'avocat, le secret professionnel et les droits de la défense⁵.

En matière d'interception d'écoutes téléphoniques, la chambre criminelle de la Cour de cassation exige la condition de l'existence « *d'indices de participation de l'avocat à la commission d'une infraction* » (Cass crim 15 janvier 1997 n°96-83753) : « *Le pouvoir de prescrire... l'interception, l'enregistrement, et la transcription de communications téléphoniques... trouve sa limite dans le respect des droits de la défense qui commande, notamment, la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat désigné par la personne mise en examen. Il ne peut être dérogé à ce principe qu'à titre exceptionnel s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction* ».

Le texte de l'article 100-5 alinéa 3 du CPP ne concerne que la transcription et non pas la captation et l'enregistrement si bien que plusieurs des membres de la commission insistent pour que ce texte soit étendu à l'interdiction des deux autres hypothèses, qu'il s'agisse du domaine de la défense ou de celui du conseil étant précisé que, dans ce sens, les dispositions de l'article 706-95 du CPP alinéa 1^{er} prévoient en matière de criminalité organisée l'autorisation préalable du JLD pour « *l'interception, l'enregistrement et la transcription* » de correspondances électroniques⁶.

En outre, le bâtonnier « *protecteur des droits de la défense* » doit pouvoir contester cette notification devant le JLD mais les avis divergent à ce sujet sur l'extension des pouvoirs du bâtonnier protecteur des droits de la défense également pour ce qui concerne l'information préalable faite au bâtonnier de l'audition de l'avocat en qualité de témoin.

Le Bâtonnier ou son délégué agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense (Crim. 8 janvier 2013, n°12-90.063, Crim. 9 février, 2016 n°15-85063) et que la CEDH le définit comme une « *garantie spéciale de procédure* » par sa présence contestataire en perquisition et devant le JLD. (Arrêt CEDH Da Silveira 21 janvier 2010 contre France n° 43757/05).

⁴ Voir en annexe lettres de Maître Vincent Nioré des 7, 14, 17 décembre 2020 et 21 janvier 2021.

⁵ Voir en annexe lettre de Maître Vincent Nioré du 7 décembre 2020.

⁶ Voir en annexe lettre de Maître Vincent Nioré du 7 décembre 2020.

Par arrêt du 25 juin 2013 (n°12-88.021), la Chambre Criminelle maintenant l'arrêt de la Chambre de l'Instruction retient que « le Bâtonnier ou son délégué est présent et exerce tout au long de la perquisition son contrôle avant toute éventuelle saisie d'un document en exprimant son opposition à la saisie lorsque celle-ci peut concerner d'autres infractions que celle mentionnée dans la décision ».

Ainsi, alors que le Bâtonnier n'a pas accès au dossier d'enquête, il doit veiller aux saisies incidentes si bien qu'il doit avoir connaissance à tout le moins des éléments essentiels du dossier pénal en cours de perquisition. Par arrêt rendu le 8 août 2007 (n°07-84252), la Chambre criminelle a jugé qu'il incombait au juge des libertés et de la détention d'exercer le contrôle prévu par les alinéas 4 à 7 de l'article 56-1 du CPP « *afin de rechercher si la saisie des données informatiques ne portait pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat, au respect du secret professionnel et à celui des droits de la défense* ».

Par conséquent, il se déduit du statut du Bâtonnier que sa relation avec le Barreau est strictement couverte par le secret professionnel (comme déjà jugé le 22 juin 2016 Cass. crim. n°15-83205 : « *Alors que ne pouvait être transcrite la conversation téléphonique entre un avocat, placé sous interception, et son bâtonnier, qui ne révélait aucun indice de participation de ce dernier à la commission d'une infraction pénale* ») et qui doit également s'appliquer par principe aux notes d'honoraires (comme déjà jugé à une vingtaine de reprises par le JLD) qui contiennent les diligences de l'avocat à tort trop souvent interprétées comme l'indicateur d'une proximité et dès lors d'une pseudo complicité.

De plus, le Bâtonnier doit avoir accès au dossier pénal d'enquête au cours de l'audience de contestation du JLD puisqu'en l'état il expose que seuls les magistrats ont accès au dossier pénal.

A propos des voies de recours contre l'ordonnance du JLD en matière de perquisition de l'article 56-1 du CPP, cette ordonnance doit être susceptible d'appel devant le premier Président de la Cour à l'instar de l'appel contre les opérations de visite des autorités administratives et, de plus, il doit être intégré dans le texte de l'article 56-1 du CPP la possibilité d'exercer concurremment un recours en excès de pouvoir (les deux voies de recours se superposant) que la Chambre criminelle a consacré pour l'avocat perquisitionné par son arrêt du 8 juillet 2020 (n°19-85491).

Cet accroissement des pouvoirs du Bâtonnier se justifie également par le nombre très restreint de poursuites diligentées contre des avocats après perquisition. En revanche, depuis le 1^{er} janvier 2011 jusqu'au 31 décembre 2020, ont été recensées à Paris environ 297 perquisitions domicile /cabinet/téléphone portable pour 232 avocats perquisitionnés par 305 magistrats Paris/Province dont 212 juges d'instruction et 93 membres du parquet dont 43 du PNF. Ces perquisitions ont été suivies par environ 150 audiences de contestations du JLD Paris/ Province.

Ainsi, plus le contentieux pénal dont les magistrats instructeurs ont la charge diminue (3%), plus leurs interventions chez les avocats augmentent.

En tout état de cause, rien ne justifie de restreindre la protection du secret professionnel à la seule défense en cette matière.

Enfin, dans la mesure où la défense du secret professionnel se confond en contestation de perquisition avec l'exercice des droits de la défense dont la chambre criminelle investit le Bâtonnier, force est en d'en déduire que le secret professionnel de l'avocat relève aussi de la Constitution et n'a plus seulement valeur législative, réglementaire ou conventionnelle. Le critiquer en matière de conseil porterait une atteinte non conventionnelle à l'article 47 de la Charte de l'Union européenne et une atteinte inconstitutionnelle aux droits de la défense à valeur constitutionnelle.

D'une manière plus générale, j'entends faire référence à mes contributions des 7 décembre, 14 décembre, 17 décembre 2020 et 21 janvier 2021 jointes en annexe⁷.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes sentiments bien dévoués et les meilleurs.

Vincent NIORE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'V. Nioré', written in a cursive style.

⁷ Voir en annexe lettre de Maître Vincent Nioré du 7 décembre 2020.

BARREAU DE PARIS

PROJET DE PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

La loi du 31 décembre 1971 n° 71-1130 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est ainsi modifiée :

I. – Au deuxième alinéa de l'article 21, les mots « et instruit toute réclamation formulée par les tiers » sont supprimés.

II. – Au troisième alinéa de l'article 21, les mots « En cette matière, le bâtonnier peut déléguer ses pouvoirs aux anciens bâtonniers ainsi qu'à tout membre ou ancien membre du conseil de l'ordre » sont supprimés.

III. – Est inséré un nouvel alinéa à la suite du troisième alinéa de l'article 21 :

« Au titre de son pouvoir de contrôle, lorsque des avocats membres de son barreau font l'objet de perquisitions ou d'écoutes téléphoniques, le bâtonnier doit en être avisé immédiatement et les mesures envisagées ne peuvent être exécutées qu'en sa présence. »

« Il s'assure de la légalité et du strict respect du secret professionnel des procédures dans lesquelles il est appelé à intervenir ».

« Dans le respect des dispositions des articles 66-5 et 66-5-1 de la présente loi, le bâtonnier instruit toutes réclamations formées par les tiers. Sauf dispositions contraires, le bâtonnier peut, en toutes matières, déléguer ses pouvoirs au vice - bâtonnier, aux anciens bâtonniers ainsi qu'à tous membres ou anciens membres du conseil de l'ordre ».

IV. – Au quatrième alinéa de l'article 21, les mots « ou de son délégué » sont insérés après « La décision du bâtonnier ».

V. – L'article 66-5 est ainsi modifié :

« L'avocat est tenu au secret professionnel, fondement de la relation de confiance avec le client. Le secret professionnel est d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps.

Il existe en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil, de la représentation, de l'assistance ou de la défense. Il s'applique à toutes les informations relatives au client et aux affaires qu'il a portées à la connaissance de l'avocat ou dont l'avocat a eu connaissance dans l'exercice de sa profession.

Le secret professionnel couvre tous les échanges entre l'avocat et son client et les documents de travail, notamment les correspondances, les consultations, les notes d'entretien, agendas, relevés de diligences, notes d'honoraires et, plus généralement, toutes informations fournies ou intéressant le client, les pièces du dossier, quel qu'en soit le support, y compris dématérialisé, en quelque lieu qu'ils se trouvent ».

VI. – Est créé un article 66-5-1 :

« Le secret professionnel de l'avocat fonde la confidentialité des échanges entre avocats sous quelque forme et quelque support que ce soit.

Il en est de même pour les échanges entre l'avocat et le bâtonnier, entre l'avocat et les instances professionnelles, dès lors qu'ils font référence à des éléments couverts par le secret professionnel.

Ces dispositions ne font pas obstacle aux correspondances ou documents qui peuvent avoir un caractère officiel dès lors qu'ils en portent expressément la mention, et qu'ils ne se réfèrent à aucun échange confidentiel antérieur ou sont équivalents à un acte de procédure ».

VII. – Est créé un article 66-5-2 :

« Les dispositions de l'article 66-5 ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention "officielle", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

Elles ne font pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L.222-7 du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L.222-18 du même code ».

Article 2

Le Code de procédure pénale est ainsi modifié :

I. - L'article 56 du Code de procédure est modifié comme suit :

« Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désarmer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. L'officier de police judiciaire peut également se transporter en tous lieux dans lesquels sont susceptibles de se trouver des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal, pour y procéder à une perquisition aux fins de saisie de ces biens ; si la perquisition est effectuée aux seules fins de rechercher et de saisir des biens dont la confiscation est prévue par les cinquième et sixième alinéas de ce même article, elle doit être préalablement autorisée par le procureur de la République.

Dès le début de la mesure, la personne peut demander à être assistée par un avocat dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 du présent code.

La mesure ne peut débuter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé dans les conditions de l'alinéa précédent.

Il a seul, avec les personnes désignées à l'article 57 du présent code et celles auxquelles il a éventuellement recours en application de l'article 60, le droit de prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques avant de procéder à leur saisie.

Toutefois, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Tous objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Cependant, si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés fermés provisoires jusqu'au moment de leur inventaire et de leur mise sous scellés définitifs et ce, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition suivant les modalités prévues à l'article 57.

Il est procédé à la saisie des données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité en plaçant sous main de justice soit le support physique de ces données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition.

Si une copie est réalisée, il peut être procédé, sur instruction du procureur de la République, à l'effacement définitif, sur le support physique qui n'a pas été placé sous main de justice, des données informatiques dont la détention ou l'usage est illégal ou dangereux pour la sécurité des personnes ou des biens.

Avec l'accord du procureur de la République, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des objets, documents et données informatiques utiles à la manifestation de la vérité, ainsi que des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal.

Le procureur de la République peut également, lorsque la saisie porte sur des espèces, lingots, effets ou valeurs dont la conservation en nature n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des personnes intéressées, autoriser leur dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ou à la Banque de France ou sur un compte ouvert auprès d'un établissement bancaire par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués.

Lorsque la saisie porte sur des billets de banque ou pièces de monnaie libellés en euros contrefaisants, l'officier de police judiciaire doit transmettre, pour analyse et identification, au moins un exemplaire de chaque type de billets ou pièces suspectés faux au centre d'analyse national habilité à cette fin. Le centre d'analyse national peut procéder à l'ouverture des scellés. Il en dresse inventaire dans un rapport qui doit mentionner toute ouverture ou réouverture des scellés. Lorsque les opérations sont terminées, le rapport et les scellés sont déposés entre les mains du greffier de la juridiction compétente. Ce dépôt est constaté par procès-verbal.

Les dispositions du précédent alinéa ne sont pas applicables lorsqu'il n'existe qu'un seul exemplaire d'un type de billets ou de pièces suspectés faux, tant que celui-ci est nécessaire à la manifestation de la vérité.

Si elles sont susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis, les personnes présentes lors de la perquisition peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire le temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces opérations. »

II. L'article 56-1 du Code de procédure est modifié comme suit :

« Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci, dans le respect du secret professionnel de l'avocat. La perquisition dans le cabinet d'un avocat ne doit être effectuée que s'il existe des indices graves et concordants de la participation de l'avocat à une infraction, préalablement à la mesure de perquisition. Le contenu de cette décision est doit être porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Dès le début de la perquisition et tout au long de celle-ci, le bâtonnier ou son délégué doivent avoir accès aux éléments de la procédure d'enquête et d'instruction mettant en cause l'avocat. Le magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Sont interdites les perquisitions qui permettraient d'obtenir des éléments de preuve d'une procédure pénale en cours ne concernant pas l'avocat perquisitionné. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.

Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au secret professionnel de l'avocat et au libre exercice de la profession de l'avocat.

Aucun document couvert par le secret professionnel ne pourra être remis sur injonction d'un juge ou réquisition du Parquet sans la consultation préalable du Bâtonnier ou de son délégué qui devra notifier son opposition au magistrat poursuivant s'il estime que cette saisie est irrégulière. Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué, qui n'est pas joint au dossier de la procédure. Si d'autres documents ou d'autres objets ont été saisis au cours de la perquisition sans soulever de contestation, ce procès-verbal est distinct de celui prévu par l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure.

Dans les cinq jours de la réception de ces pièces, le juge des libertés et de la détention statue sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours devant le Premier Président de la cour d'appel et d'un pourvoi en cassation.

Devant le Juge des libertés et de la détention, le Bâtonnier ou le délégué du Bâtonnier reçoit du greffe et avant l'audience copie de la décision de saisine du Juge des libertés et de la détention par le Parquet ou le magistrat instructeur.

Le dossier de la procédure est mis à la disposition du Bâtonnier ou de son délégué avant l'audience devant le Juge des libertés et de la détention.

L'avocat, objet de la perquisition, peut bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition et de l'audience devant le Juge des libertés et de la détention.

A cette fin, il le Juge des libertés et de la détention procède à un débat contradictoire au cours duquel il entend le magistrat qui a procédé à la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet ou au domicile duquel elle a été effectuée, son avocat et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes.

S'il estime qu'il n'y a pas lieu à saisir le document ou l'objet, le juge des libertés et de la détention ordonne sa restitution immédiate, ainsi que la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure.

Dans le cas contraire, il ordonne le versement du scellé et du procès-verbal au dossier de la procédure. Cette décision n'exclut pas la possibilité ultérieure pour les parties de demander la nullité de la saisie devant, selon les cas, la juridiction de jugement ou la chambre de l'instruction.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats. Dans ce cas, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition. Il en est de même en cas de perquisition au cabinet ou au domicile du bâtonnier.

En cas d'investigations visant le bâtonnier en exercice, les attributions de ce dernier, prévues au présent article, sont exercées par le plus ancien bâtonnier dans l'ordre du tableau, à défaut par le bâtonnier d'un barreau limitrophe.».

III. – L'article 100 est modifié comme suit :

« En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, solliciter du juge des libertés et de la détention, par une requête motivée, l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications.

La décision d'interception est écrite et motivée, à peine de nullité.

Ces opérations sont ensuite effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction ».

IV. – L'article 100-5, alinéa 3 est modifié comme suit :

« A peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances et les échanges d'un avocat, y compris avec le bâtonnier ou son délégué, dans les domaines relevant de l'activité de conseil ou de l'exercice des droits de la défense, sous quelques formes et support que ce soit.».

V. – L'article 100-6 est modifié comme suit :

« Les enregistrements doivent être détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique, et en cas de décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement.

La décision du procureur de la République ou du procureur général est notifiée aux parties, lesquelles disposent d'un délai de quinze jours pour s'y opposer.

Le juge des libertés et de la détention statue sur cette opposition dans le délai d'un mois après débat contradictoire et par une ordonnance motivée susceptible de recours.

Au surplus, toute personne intéressée peut, à tout moment de la procédure, solliciter de la juridiction saisie la destruction de tout ou partie des supports des enregistrements d'interceptions.

Dans tous les cas, un débat contradictoire se tient devant la juridiction saisie.

Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction. »

VI. – Est inséré un deuxième alinéa à l'article 432 :

« La preuve ne peut résulter des échanges entre un avocat et son client ou entre un avocat et le bâtonnier ou son délégué ».

Article 3

L'article L. 450-4 du Code de commerce est modifié comme suit :

Est inséré après le dixième alinéa de l'article L. 450-4 :

« Les agents mentionnés à l'article L450-4 du Code de commerce ainsi que les officiers de police judiciaire veillent au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, aucune visite ou intrusion ne peut avoir lieu à quelque titre que ce soit sans la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

Conformément aux dispositions de l'article 56-1, l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat, lors de la perquisition ou d'une audience ultérieure ».

Article 4

L'article L. 621-12 du Code monétaire et financier est modifié comme suit :

Est inséré après le onzième alinéa de l'article L. 621-12 du Code Monétaire et Financier :

« Les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers veillent au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, aucune visite ou intrusion ne peut avoir lieu à quelque titre que ce soit sans la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

Conformément aux dispositions de l'article 56-1, l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou d'une audience ultérieure ».

Article 5

L'article L 16 B du Livre des procédures fiscales est ainsi modifié :

Est inséré un cinquième alinéa au III de l'article L 16 B :

« Les agents de l'administration fiscale veillent au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, aucune visite ou intrusion ne peut avoir lieu à quelque titre que ce soit sans la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

« Conformément aux dispositions de l'article 56-1, l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou d'une audience ultérieure ».

Article 6

L'article 64 du Code des douanes est ainsi modifié :

Est inséré après le troisième alinéa du II b) de l'article 64 :

« Les agents des douanes veillent au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, aucune visite ou intrusion ne peut avoir lieu à quelque titre que ce soit sans la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

« Conformément aux dispositions de l'article 56-1, l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou d'une audience ultérieure ».

Article 7

L'article 69 du décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est ainsi modifié :

Est inséré à l'article 69 :

« La Commission veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense conformément aux dispositions de l'article 56-1 du Code de procédure pénale.

Lorsque la personne interrogée est visée par l'article 56-1 du Code de procédure pénale, l'interrogatoire ne peut avoir lieu qu'en présence de son bâtonnier ou de son délégué.

Conformément aux dispositions de l'article 56-1, l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou d'une audience ultérieure ».

Article 8

L'article L. 215-18 du Code la consommation est ainsi modifié :

Est inséré après le huitième alinéa du V de l'article L. 215-18 :

« Lorsque la visite domiciliaire est effectuée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile, aucune visite ou intrusion ne peut avoir lieu à quelque titre que ce soit sans la présence du Bâtonnier ou de son délégué.

Conformément aux dispositions de l'article 56-1, l'avocat, objet de la perquisition, doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou d'une audience ultérieure ».



**MINISTÈRE
DE L'INTÉRIEUR**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Gendarmerie nationale

N° 004842 du 28 JAN. 2021
GEND/CAB

Le général d'armée Christian Rodriguez
directeur général de la gendarmerie nationale

à

Maître Dominique Mattei
président de la commission relative aux droits de la défense et au secret professionnel des avocats

Objet : Contribution écrite autour des deux sujets fondamentaux que sont les modalités d'un élargissement des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire et les garanties de protection du secret professionnel de l'avocat.

Pièces jointes : 2 Annexes.

La commission que vous présidez, missionnée par Monsieur le Garde des Sceaux, nous a fait l'honneur de souhaiter recueillir la contribution de la gendarmerie nationale autour des deux sujets fondamentaux que sont les modalités d'un élargissement des droits de la défense pendant l'enquête préliminaire et les garanties de protection du secret professionnel de l'avocat.

Vous trouverez en annexe 1 les éléments saillants que je souhaitais porter à votre connaissance concernant vos points d'interrogation et, en annexe 2, sept propositions que la gendarmerie vous soumet afin d'apporter une contribution plus précise sur l'enquête et le rôle de l'avocat, dans une approche globale.

40 % environ de l'activité opérationnelle de la gendarmerie est dédiée à la police judiciaire et représente aujourd'hui une mission essentielle que le législateur a déjà consacrée à plusieurs reprises. Notre institution est forte des femmes et des hommes qui la composent, dont plus de 34.000 sont OPJ, chacun, travaillant d'ores et déjà à charge et à décharge, dans l'intérêt de la population, des victimes et avec l'exigence constante du respect des droits de la défense.

Mais cette mission doit être préservée d'une inflation législative toujours plus importante, en assurant rapidité et efficacité dans la conduite des investigations par la simplification de la procédure pénale, dans l'intérêt des victimes, de la société comme dans celui des droits de la défense.

Général d'armée Christian Rodriguez



ANNEXE 1

Mission de la commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat.

Réponse écrite de la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale au questionnaire en vue des auditions et consultations.

I – Élargir les droits de la défense pendant l'enquête préliminaire

1. Les dispositions actuelles régissant l'enquête préliminaire, notamment depuis les réformes relatives au déroulement des auditions libres de garde à vue, ainsi que celle prévue par l'article 77-2 du CPP permettant un règlement ou un déroulement plus contradictoire de certaines enquêtes, notamment celles durant depuis plus d'un an, vous apparaissent-elles aboutir à un équilibre satisfaisant entre le respect des droits de la défense et l'objectif de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions ?

Il à noter, d'une part, qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 63-4-2 du CPP, l'avocat peut **poser toute question de son choix à l'issue des auditions ou confrontations**. Certes, l'officier de police judiciaire peut s'opposer à ces interrogations lorsqu'il considère qu'elles sont susceptibles de nuire au bon déroulement de l'enquête mais l'avocat conserve alors la possibilité de faire des observations écrites, consignées dans la procédure.

D'autre part, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 permet désormais à la personne ayant fait l'objet d'une audition libre ou d'une garde à vue de solliciter le parquet afin de **consulter le dossier de la procédure** (article 77-2 du CPP). Les observations ou demandes d'actes de la personne ou de son avocat sont versées au dossier de la procédure et le procureur de la République apprécie les suites qu'il souhaite y apporter dans le souci constant de la manifestation de la vérité.

C'est pourquoi, la procédure pénale française, qui résulte tant de l'influence de l'évolution normative internationale que de celle de la jurisprudence notamment européenne, apparaît assurer aujourd'hui de manière tout à fait satisfaisante un équilibre entre le respect des droits de la défense et l'objectif central de préservation de l'efficacité de l'enquête et la recherche des auteurs d'infractions.

2. Les dispositions des articles 75-1 et 75-2 du CPP relatives à la durée et au déroulement des enquêtes préliminaires sous le seul contrôle du procureur de la République, de même que celles de l'article 77-2 précité vous paraissent-elles devoir être renforcées ou complétées, afin d'éviter des atteintes aux droits des personnes mises en cause résultant de la durée parfois excessive de certaines enquêtes ?

L'enquête préliminaire diligentée par le procureur de la République comporte **un délai d'exécution susceptible d'être prorogé**. Symétriquement, les enquêteurs doivent **aviser le Procureur de la République au terme d'une période de six mois** lorsqu'ils ont engagé une enquête préliminaire d'initiative.

Ce délai de 6 mois, après lequel les enquêteurs doivent rendre compte de leurs investigations au parquet, paraît raisonnable au regard de la **complexité croissante des investigations** (ex : étude de la téléphonie et géolocalisation dans des dossiers de simples cambriolages) ainsi que de l'essor d'une délinquance transnationale impliquant de plus en plus le recours aux mécanismes de coopération policière et judiciaire et par conséquent un allongement de la durée des enquêtes.

Ce dispositif légal est donc, selon la gendarmerie, en totale conformité avec les dispositions de l'article 6 § 1 de la CEDH qui précisent que les procédures doivent être conduites dans un délai raisonnable.

Toutefois, selon la DGGN, plusieurs pistes pourraient être envisagées pour mieux encadrer le régime de l'enquête préliminaire, notamment une durée initiale maximale qui pourrait être établie à 2 ans à

compter du premier acte d'enquête avec la possibilité pour le parquet de prolonger les investigations après décision écrite et motivée. Par ailleurs, la célérité des enquêtes dépend aussi des moyens juridiques qui pourraient être développés (renforcement des pouvoirs des agents de police judiciaire afin de recentrer les officiers de police judiciaires sur les actes d'investigations les plus complexes ou sensibles, utilisation par principe de la visioconférence quand cela est techniquement possible, définition de délais légaux en matière de réponse aux réquisitions, accès directs des enquêteurs aux fichiers des autres administrations, etc.) (cf. annexe 2).

3. Ce renforcement vous paraît-il pouvoir résulter d'un meilleur encadrement de la durée des enquêtes et/ou par une augmentation du contradictoire à l'issue d'un certain délai, ou par une combinaison de ces deux évolutions ?

La DGGN tient à rappeler que sous l'influence notamment du droit européen, la phase de mise en état de l'affaire pénale s'est progressivement teintée d'accusatoire, faisant ainsi une place de plus en plus large aux droits de la défense. Le respect de ces derniers s'impose donc aujourd'hui comme un principe cardinal de la procédure pénale qui trouve son fondement dans plusieurs textes majeurs dans la hiérarchie des normes :

- Le Conseil constitutionnel relie expressément le principe du contradictoire à l'article 16 de la DDHC pour fonder sa valeur constitutionnelle.

- Le respect des droits de la défense a de surcroît valeur conventionnelle, puisqu'il figure parmi les garanties requises au titre du droit à un procès équitable (article 6§3 de la CEDH).

- L'article préliminaire du Code de procédure pénale confirme son assise en lui consacrant les premières lignes du Code de procédure pénale. Le respect des droits de la défense s'impose ainsi aux autorités policières et judiciaires, mais également au législateur.

- Enfin, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 30 juin 1995 rendu en assemblée plénière que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel. »

Le législateur a également souhaité une prise en compte accrue des droits de la défense dans la phase de l'enquête judiciaire, ce qui a mené à l'adoption, notamment, de la loi du 14 avril 2011 qui est venue renforcer le rôle tenu par l'avocat en garde à vue. Dans la même lignée, la loi du 27 mai 2014 a interdit qu'une personne suspecte puisse être auditionnée sans avoir eu la possibilité d'être assistée par un avocat. Enfin, la loi du 3 juin 2016 a imposé la présence de l'avocat aux opérations de reconstitution ainsi qu'au séances d'identification des suspects.

La garantie des droits de la défense se trouve ainsi de plus en plus vigoureusement protégée au cours de la phase préparatoire au procès pénal alors même que le Conseil Constitutionnel avait été amené à affirmer que la garde à vue demeure une mesure de police judiciaire qui n'a pas pour objet de permettre un débat contradictoire sur sa légalité ou le bien-fondé des éléments de preuve.

Il nous semble toutefois utile de préciser de façon explicite que dans le Code de procédure pénale les enquêteurs, à l'instar du parquet (article 39-3), diligent leurs investigations à charge et à décharge dans le but unique de la manifestation de la vérité. De plus, il semblerait légitime qu'un chapitre du même code soit consacré aux grands principes présidant aux missions et attributions des avocats en qualité d'acteurs essentiels dans le cadre de l'enquête et de l'instruction (cf. annexe 2).

4. En particulier, compte tenu de l'accès au dossier de la procédure que prévoit le II de l'article 77-2 du code de procédure pénale un an après l'audition du suspect, ce droit vous semble-t-il devoir être élargi ?

La DGGN n'est pas favorable à une extension des possibilités d'accès au dossier de la procédure lors de la phase préparatoire au procès pénal. En effet, un tel choix pourrait, à terme, mettre en péril la confidentialité des investigations en cours et dans certains dossiers, la sécurité des personnes impliquées dans une procédure pénale en qualité de victime ou de témoin.

Si les droits de la défense durant l'enquête pénale, qui font l'objet de la présente commission, sont indispensables, il convient de ne pas perdre de vue également les intérêts et la sécurité de la victime comme des témoins.

5. De même, le droit à l'accès à la procédure d'enquête prévu par le II de l'article 77-2 à l'issue d'un délai d'un an vous semble-t-il devoir être ouvert aux personnes mises en cause dans un délai plus court ?

Le délai actuellement observé avant la formulation d'une demande d'accès à la procédure auprès du parquet présente une double justification au regard du principe de bonne administration de la justice.

Tout d'abord, l'enquête initiale, en amont de la phase juridictionnelle, est une phase d'investigation affectée à la recherche et au recueil des preuves et non à la mise en accusation d'un suspect. En l'espèce, le principe du contradictoire ne peut être satisfait si cet accès est prématuré privant les parties de substance, en présence d'une procédure qui ne serait pas suffisamment nourrie.

En outre, l'intérêt de la réduction de ce délai est à mesurer au regard des atteintes potentielles à la **présomption d'innocence** en raison de l'accentuation du risque d'altération prématurée du **secret de l'enquête**. L'accès à la procédure vient contrarier l'**article 11 du CPP** relatif au secret de l'enquête et de l'instruction qui s'applique à tous les gendarmes concourant à une procédure judiciaire qui s'expose, en cas de violation, à une double sanction, pénale au sens de l'**article 226-13 du CP**, mais également disciplinaire. L'ouverture prématurée des investigations aux parties accentue le risque de fuite et *in fine* de médiatisation.

En instaurant un délai plus court d'accès aux procédures, le risque d'altération du secret viendrait fragiliser la garantie de la présomption d'innocence et du **droit au respect de la vie privée** résultant des articles 2 et 9 de la DDHC de 1789. En droit européen, ce secret assure pareillement un respect essentiel au **droit à un procès équitable** (article 6 de la CEDH) et à la **vie privée** (article 8 de la CEDH).

Par ailleurs, le délai d'un an ne nous semble pas excessif. Il convient également de rappeler que les enquêtes sont aussi contraintes par des délais parfois très longs de réponse aux réquisitions judiciaires.

6. Par ailleurs, un meilleur encadrement de la durée de l'enquête préliminaire pourrait-il selon vous résulter d'un contrôle renforcé exercé par l'autorité judiciaire, relevant non seulement du procureur de la République mais également du procureur général, qui constituent le premier niveau de la protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête ? Estimez-vous possible et nécessaire que ce contrôle puisse être également, dans un second temps, confié à un juge ? Faut-il envisager des sanctions, et si oui, lesquelles ?

Lorsque le procureur de la République confie une enquête préliminaire à un service judiciaire, il fixe le délai dans lequel l'enquête doit être menée. Ce délai est susceptible de prorogation au vu de l'avancée des investigations. Toutefois, le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis. Le procureur de la République, qui représente l'échelon le plus proche des services judiciaires, semble être plus à même d'exercer ce contrôle, qui est confié à un juge lorsqu'une information judiciaire a été ouverte.

Toutefois, à ce stade, il ne semble pas nécessaire de réduire la durée des enquêtes préliminaires en raison de l'existence d'un double contrôle judiciaire et hiérarchique de la célérité des enquêtes .

Sur ce point, il convient de rappeler que l'**article 39-3 du CPP** dispose que « dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des instructions générales ou particulières aux enquêteurs. Il contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci ». En complément, si l'article D2 du même code mentionne que les OPJ sont « égaux devant la loi en prérogative et en responsabilité », il précise néanmoins que « le chef de formation coordonne l'exécution des opérations de police judiciaire effectuées dans son service et veille à la transmission des procès-verbaux aux autorités judiciaires ». Ainsi, **les procédures des enquêteurs font l'objet de plusieurs niveaux de vérification** afin d'en garantir la légalité comme le traitement dans les délais légaux impartis. Au-delà du rôle du parquet, il convient de rappeler que le juge des libertés et de la détention joue également un rôle essentiel en matière de contrôle des actes d'investigation concernant les mesures susceptibles de limiter temporairement l'exercice des libertés fondamentales.

Au plan interne, la gendarmerie, du fait même de son statut militaire, a mis en place une doctrine particulièrement développée en matière de contrôle de l'activité des unités par la hiérarchie. A ce titre, une instruction n°288 du 21 janvier 2005 relative à l'exercice du pouvoir d'inspection et à la pratique du contrôle mentionne que ces opérations servent notamment à « vérifier que les normes de légalité, de sécurité et de qualité sont respectées ». Par conséquent, en pratique, les commandants d'unités exercent, chacun à leur niveau, un suivi précis des procédures judiciaires réalisées par leurs subordonnés tant au cours des investigations qu'à leur clôture avant transmission au magistrat en charge du dossier. De plus, il convient de rappeler qu'en cas de retard abusif dans le traitement d'une procédure, l'officier ou l'agent de police judiciaire s'expose au-delà des sanctions disciplinaires internes, à des observations dans sa notation par le parquet, comme le stipule l'article 19-1 du CPP. **Ce processus est par nature destiné à réduire les risques de nullité ou de partialité des actes réalisés, mais également à veiller à la célérité des investigations.**

7. Quelles sont éventuellement vos autres propositions afin d'élargir les droits des plaignants et des mis en cause au cours des enquêtes préliminaires et le contrôle de la durée de celles-ci ?

Il semble contraire à une bonne administration de la justice de permettre la poursuite d'une enquête préliminaire au-delà d'un certain délai qui pourrait raisonnablement être établi à **2 ans à compter du premier acte d'enquête**. A l'issue de cette période, il pourrait donc être envisagé de préconiser que le parquet ne puisse autoriser la poursuite des investigations qu'après une décision écrite et motivée.

8. Quelles sont vos propositions pour améliorer l'efficacité des enquêtes préliminaires ?

La simplification de la procédure et de ses modes de transmission constitue le levier majeur pour répondre aux objectifs visés. La mise en œuvre des mesures prévues dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a permis de fluidifier certaines tâches (faciliter la formalisation des réquisitions par les APJ, simplification des conditions de déplacement des enquêteurs sur le territoire national, etc.), et a donc eu une incidence sur le volume d'heures requis pour mener les investigations. En parallèle, le chantier de **transformation numérique de la chaîne pénale** lancé par les ministères de l'intérieur et de la justice s'inscrit également dans une dynamique de simplification et de modernisation mais également d'amélioration de la traçabilité ainsi que du suivi des procédures.

C'est donc avant tout en rendant la procédure pénale plus simple, au travers d'actes moins chronophages, que l'on pourra favoriser un traitement plus rapide des enquêtes dans l'intérêt des victimes mais également des mis en cause. A titre d'illustration, dans le cadre de la plupart des investigations judiciaires, l'enquêteur est amené à interroger des bases de données informatiques. Parmi celles-ci, certaines peuvent être destinées à un usage exclusif des forces de l'ordre alors que d'autres relèvent de la sphère de compétence d'autres administrations ou organismes. Pour ces dernières, les gendarmes ne peuvent alors accéder aux informations détenues dans les fichiers que par la voie d'une réquisition judiciaire qui induit inéluctablement des délais de traitement. Le fait de simplifier l'obtention de ces informations en permettant aux gendarmes et policiers d'accéder directement aux fichiers (administratifs, judiciaires ou sociaux) des différentes administrations et organismes publics permettrait donc de réduire d'autant le temps des investigations.

II – Renforcer les garanties de la protection du secret professionnel de l’avocat

1. Dans le cadre des investigations menées dans l’enquête préliminaire, l’enquête de flagrance et l’instruction, le secret professionnel de l’avocat qui est mis en cause dans le cadre d’une procédure pénale vous semble-t-il suffisamment protégé, notamment par les articles 56-1, 100-5 et 100-7 relatifs aux perquisitions et aux interceptions de correspondance ?

L’encadrement du secret professionnel de l’avocat mis en cause prend sa source dans l’article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005. C’est dans cette obligation au secret professionnel que ce dernier est à son tour protégé dans le but de garantir la protection des informations significatives en vue de la manifestation de la vérité. En effet, leur divulgation est de nature à altérer les droits de la défense, la présomption d’innocence mais également le secret de l’enquête et de l’instruction.

Tenu par son secret professionnel, l’avocat doit s’abstenir de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou publier des documents ou pièces intéressant une enquête en cours. Afin de concilier les exigences du secret professionnel absolu et d’ordre public et d’autres valeurs fondamentales comme la manifestation de la vérité, ces mêmes documents sont protégés lorsque le cabinet d’un avocat fait l’objet d’une perquisition ou que ces correspondances sont interceptées. C’est dans cet esprit que le législateur a souhaité **encadrer la communication de pièces par l’avocat à son client** (art. 114 CPP) ou bien encore les perquisitions au sein des cabinets d’avocats (art. 56-1 CPP).

Cette protection existe encore en matière d’interceptions téléphoniques en raison de **l’impossibilité de retranscrire les correspondances d’un avocat lorsqu’elles relèvent de l’exercice des droits de la défense** (art 100-5 et 100-7 du CPP).

Ce régime protecteur paraît donc, selon la gendarmerie, suffisant puisque les consultations adressées par un avocat à son client, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l’avocat et ses confrères, les notes d’entretien, et plus généralement toutes les pièces du dossier de la défense sont couvertes par le secret professionnel de l’avocat et ne peuvent donc être intégrées dans une procédure judiciaire. Dès lors, **l’accroissement de cette protection déjà dérogatoire ne semble pas avoir de justification juridique et aurait pour conséquence directe d’interdire toute investigation concernant les avocats.**

2. Les dispositions précitées vous paraissent-elles devoir être modifiées pour renforcer dans ces hypothèses la protection de ce secret professionnel ?

3. Un régime juridique particulier protecteur du secret professionnel de l’avocat vous paraît-il devoir être institué pour d’autres actes d’investigations, notamment pour les réquisitions des articles 77-1-1 et 99-3 du code de procédure pénale ?

4. Quelles garanties procédurales vous paraissent-elles envisageables, dans le cadre de l’enquête et dans celui de l’instruction préparatoire ?

Dans le cadre des perquisitions, effectuées au domicile ou au cabinet d’un avocat, la **présence d’un représentant de l’ordre, en l’occurrence du bâtonnier qui doit être sollicité par le magistrat qui procède lui-même à cette mesure**, afin qu’il puisse y assister et formuler des observations au regard du respect du secret professionnel, constitue déjà un régime de protection renforcé. En effet, **le non respect de cette condition de forme peut entraîner la nullité de la perquisition et des actes qui en sont le prolongement** (art 59 CPP) .

De plus, la perquisition ne peut être menée qu’à la suite d’une **décision écrite et motivée** prise par ce magistrat qui doit **indiquer la nature de ou des infractions sur lesquelles portent les investigations**, les raisons justifiant la perquisition et l’objet de celle-ci. Aussi, aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d’autres infractions que celles mentionnées dans la décision à peine de nullité.

Par ailleurs, l’audience de contestation des saisies opérées au cours de cette perquisition, présidée par le Juge des Libertés et de la Détention constitue également une garantie fondamentale du régime déjà suffisamment dérogatoire existant au bénéfice des avocats. A l’audience, le représentant du Bâtonnier, comme l’avocat visé par la perquisition, ont la possibilité de contester la saisie de chacun de documents visés tandis que le magistrat ayant perquisitionné, Procureur de la République ou magistrat instructeur, devra justifier de manière précise, sur le

fondement d'une analyse in concreto des données de son enquête, de l'impérieuse nécessité de confirmer la saisie opérée. Ce n'est qu'à l'issue d'un débat contradictoire parfois long et éprouvant comme votre Commission le sait que le JLD prend la décision de confirmer ou d'infirmer la saisie opérée.

Pour autant, il pourrait être envisagé d'uniformiser le régime juridique relatif aux autorisations et au contrôle de toutes les mesures intrusives ou coercitives prises à l'encontre d'un avocat. Ce nouveau dispositif permettrait un double regard systématique par le Ministère Public dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance ou le magistrat instructeur lorsqu'une information judiciaire est ouverte, et le JLD à un second niveau en tant qu'organe de décision et contrôle.

ANNEXE 2

Mission de la commission relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel de l'avocat.

Propositions écrites de la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale.

I – L'encadrement de la durée des enquêtes préliminaires

La durée des enquêtes préliminaires est d'ores et déjà encadrée par la loi (art 75-1 du CPP). Le délai de 6 mois après lequel les enquêteurs doivent rendre compte de leurs investigations au parquet paraît aujourd'hui raisonnable au regard de la complexité croissante des investigations qui se multiplient mais également de l'essor d'une criminalité transfrontalière impliquant la mise en œuvre de processus de coopération policière et judiciaire internationales.

Par ailleurs, les stocks accusés par la Gendarmerie Nationale, dont le pourcentage est particulièrement faible, révèlent l'efficacité globale du double contrôle de l'exécution des procédures par l'autorité judiciaire et la hiérarchie directe des OPJ de la gendarmerie. En outre, au-delà du Ministère Public, il convient de rappeler que le juge des libertés et de la détention (JLD) joue un rôle majeur en terme de contrôle de la légalité des actes les plus coercitifs (ex : autorisations de perquisition sans assentiment,...).

Proposition 1 : Il semble toutefois contraire à une bonne administration de la justice de permettre la poursuite d'une enquête préliminaire au-delà d'un certain délai qui pourrait **raisonnablement être établi à 2 ans à partir du premier acte d'enquête**. A l'issue de cette période, il pourrait être envisagé de préconiser au parquet d'autoriser la poursuite des investigations sous couvert d'une **décision écrite et motivé, d'ouvrir une information judiciaire** ou, à défaut, de clôturer la procédure.

Proposition 2 : L'encadrement de la durée des enquêtes passe également par le recours à de nouveaux traitements des procédures au travers de diverses mesures envisageables :

- **Favoriser le recours aux nouvelles technologies au service de l'enquête** (utilisation par principe de la visioconférence quand cela est techniquement possible, mise en place de la procédure pénale numérique de nature à faciliter la transmission des pièces, simplification des réquisitions au travers d'outils tels que FICOBA, etc.). A ce titre, il conviendra de veiller à ce que la future procédure pénale numérique favorise la mise en place d'un dispositif efficient de suivi et de traçabilité des enquêtes.

- **Envisager d'accroître la répression des carences à réquisition au-delà de celle prévue à l'article R 642-1 du code pénal (contravention de 2ème classe)**. Il paraîtrait également légitime, toujours dans le but de réduire le temps d'enquête, **de permettre aux enquêteurs d'accéder directement aux fichiers (administratifs, judiciaires ou sociaux) des différentes administrations et organismes publics** tout en supprimant le formalisme des réquisitions.

- **Accroître les pouvoirs des agents de police judiciaire**, acteurs incontournables des enquêtes judiciaires, en les autorisant par principe, et ce quel que soit le cadre juridique, à réaliser et à acter en procédure toute mesure d'investigation non coercitive (hors placement en garde à vue et perquisitions) afin de réduire les temps d'enquête et recentrer les officiers de police judiciaire sur les mesures susceptibles de limiter temporairement l'exercice des libertés fondamentales.

- **Institutionnaliser les bonnes pratiques** visant à permettre un traitement plus rapide des procédures (ex : imposer la rédaction de soit-transmis détaillant avec précision les investigations demandées afin d'éviter les actes inutiles et les demandes de précisions ultérieures, etc.).

II - La meilleure prise en compte des droits de la défense

Ce point est essentiel. Le respect des droits de la défense est un gage de respect des principes fondamentaux de la justice et même de la démocratie. Pour autant, il convient, toujours dans le souci de mesurer et de rationaliser les évolutions procédurales majeures, d'examiner avec soin les différents aspects qui peuvent se faire jour.

En premier lieu, s'il a été constaté que la présence de l'avocat aux auditions et confrontations d'une personne gardée à vue, imposée par la loi du 14 avril 2011, permet dans la plupart des cas de favoriser les échanges entre la personne mise en cause et les enquêteurs, il apparaît qu'accroître encore davantage la présence de ce dernier lors de la réalisation d'autres types d'actes reviendrait d'une part à alourdir le formalisme des procédures d'ores et déjà critiqué par les enquêteurs et potentiellement allonger la durée des investigations. En outre, la recherche de la manifestation de la vérité exige que les enquêteurs et les personnes suspectées puissent établir la réalité judiciaire recherchée selon un lien direct, et ce d'autant que les gendarmes sont formés à des techniques d'audition destinées à éviter tous propos suggestifs de nature à influencer les déclarations des personnes auditionnées.

Ensuite, l'accès au dossier de la procédure lors de la phase préparatoire au procès pénal risque de **mettre en péril la confidentialité des investigations en cours et potentiellement la sécurité des personnes impliquées dans une procédure pénale en qualité de victime ou de témoin**. En effet, ouvrir l'accès aux identités et coordonnées des plaignants et témoins, aux investigations en cours ou réalisées lors d'une phase procédurale pourrait bien exposer les personnes impliquées à des pressions ou représailles en nuisant à la recherche des éléments de preuve mais en facilitant possiblement des fuites.

Enfin, toute mesure qui conduirait l'enquêteur à devoir, à l'avenir, communiquer une pièce de procédure à l'avocat sur sa demande, l'informer de la réalisation de certains actes, réaliser un acte à la demande d'un avocat, etc. risquerait d'alourdir et de ralentir les investigations en allongeant les délais d'exécution.

Cependant la gendarmerie a identifié deux pistes de réflexions ayant pour objet de rappeler l'impartialité avec laquelle les enquêteurs se doivent d'exercer leur mission et le rôle essentiel et majeur des avocats dans le cadre de la procédure pénale.

Proposition 3 : Il pourrait être inscrit dans le code de procédure pénale (dans l'article 12 notamment relatif à la police judiciaire), à l'instar de l'article 39-3 à propos du parquet, que les OPJ et APJ diligent leurs investigations « à charge et à décharge » afin de rappeler expressément l'impartialité avec laquelle ils accomplissent leurs missions de police judiciaire.

Proposition 4 : A l'instar des dispositions relatives au ministère public et à la police judiciaire, il y aurait tout lieu de créer dans le code de procédure pénale un chapitre dédié aux principes généraux présidant aux missions et attributions des avocats dans le cadre de l'enquête et de l'instruction.

III - Le renforcement de la protection du secret professionnel de l'avocat mis en cause dans une procédure pénale.

La procédure pénale actuelle prévoit des dispositions particulièrement protectrices des avocats et **totalelement dérogoatoires au droit commun** (art 56-1 du CPP pour les perquisitions, art 100-7 du CPP en matière d'écoutes téléphoniques). Une modification de ce régime déjà dérogoatoire, rendant encore plus complexe la mise en œuvre des mesures prévues par les textes, conduirait à créer une situation d'inégalité au profit des avocats qui ne trouverait aucune justification, ni dans la réalité opérationnelle de la conduite des investigations, ni dans le respect des principes fondamentaux européens et internationaux. Et qui, par là même, ne pourrait pas être comprise du justiciable.

Proposition 6 : S'il ne paraît pas opportun d'accorder aux avocats de nouvelles mesures de protection au plan judiciaire, en revanche, il y aurait lieu de confier les autorisations et le contrôle de toute mesure intrusive ou coercitive à l'encontre d'un avocat à un juge unique, le juge des libertés et de la détention (JLD). Cette proposition rejoint la recommandation n°13 du rapport de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat - Juillet 2020 (dit rapport PERBEN). Ainsi, quel que soit le cadre juridique d'enquête, il y aurait systématiquement un double regard sur ces mesures : le parquet ou le juge d'instruction en qualité de demandeurs et le JLD en qualité de décideur de la mesure et de contrôle de sa mise en œuvre.



Bureau National - 55 rue de Lyon - 75012 PARIS - ☎ 01 44 67 83 30 - 📠 01 44 67 84 20 - secretariat@scsi-pn.fr

Réf. : 04/CRo/VLh

Paris, le 3 février 2021

Monsieur le ministre,

Vous avez confié en septembre dernier à M. Dominique Mattéi, ancien bâtonnier du barreau de Marseille, l'animation d'une commission « relative aux droits de la défense durant l'enquête pénale et au secret professionnel des avocats ». L'intitulé de cette instance comme sa composition initiale particulièrement déséquilibrée (7 avocats parmi ses 9 premiers membres) ont suscité chez les policiers la crainte d'un nouvel alourdissement de la procédure pénale.

Le contenu de la lettre de mission que vous avez adressée à M. Mattéi suppose qu'il serait nécessaire d'introduire dans le Code de procédure pénale de nouvelles contraintes pour les enquêteurs et magistrats dans le cadre de l'enquête préliminaire. Bien que de nouveaux membres aient rejoint cette commission par la suite devant l'émotion des acteurs de l'enquête pénale, nous déplorons qu'une véritable audition des représentants syndicaux des policiers n'ait pas été envisagée dans le cadre de ses travaux. En effet, le contenu du questionnaire qui nous a été transmis ce mois-ci est venu renforcer nos inquiétudes.

L'angle des questions laisse entendre que la mauvaise volonté des policiers est responsable de la durée jugée parfois excessive des enquêtes préliminaires. Le SCSi, majoritaire au sein du corps de commandement de la police nationale, tient à s'élever contre cette vision qui fait fi du manque criant de moyens humains et matériels des services d'investigation. Nous avons répondu dans les délais aux interrogations de la commission Mattéi mais souhaitons vous alerter solennellement aujourd'hui quant au vif émoi des enquêteurs.

Nos collègues exerçant dans les services en charge de missions de police judiciaire ont été unanimes à souligner que les textes actuels sont équilibrés et protègent suffisamment les droits de la défense. Sauf à vouloir acter un basculement de notre procédure pénale vers le modèle accusatoire anglo-saxon, le développement du contradictoire au stade des investigations serait vécu comme une nouvelle complexification du formalisme procédural, rédhibitoire pour les enquêteurs.

De plus, les points abordés par la commission Mattéi évoquent davantage les dossiers de grande criminalité financière que la délinquance de masse dont relèvent l'immense majorité des enquêtes préliminaires en France. Il serait aberrant et contre-productif que le traitement des procédures en préliminaire soit paralysé par de nouvelles dispositions adoptées à l'aune de la situation de quelques dossiers exceptionnels.

Alors que vous avez évoqué des pistes de simplification du travail des enquêteurs lors de notre réunion avec le président de la République le 15 octobre 2020, le moment semble mal venu pour leur envoyer un signal antinomique. Le caractère chronophage de la procédure pénale, qui ne permet pas aux fonctionnaires de police de se concentrer sur le cœur de l'enquête, est l'une des raisons de la crise d'attractivité de la filière judiciaire au sein de notre institution. Celle-ci fait d'ailleurs l'objet d'un chantier conduit par le ministère de l'Intérieur et la DGPN en vue de sa revalorisation. Il serait pour le moins paradoxal que ces efforts importants soient mis à mal par la future traduction législative des travaux de la commission Mattéi.

Les policiers sont respectueux des droits de la défense mais ceux-ci ne sauraient progresser au préjudice de l'efficacité des investigations judiciaires ni des droits des victimes. Nous attendons au contraire des progrès dans le domaine de la réponse pénale, sujet qui sera évoqué au mois de mars lors des débats du Beauvau de la sécurité.

Nous espérons que vous saurez entendre l'alarme des enquêteurs et en tenir compte. Le SCSJ se tient à votre disposition pour tout échange que vous jugeriez nécessaire autour de ces questions.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le ministre, l'expression de nos salutations distinguées.



Christophe ROUGET
Secrétaire général

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
Monsieur Éric DUPONT-MORETTI
Garde des Sceaux
Ministre de la Justice
13 place Vendôme
75042 – PARIS CEDEX 01

Copie à : Monsieur Gérard DARMANIN, ministre de l'Intérieur

