



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 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 intenter 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 purple ink, appearing to read 'Estellia ARAEZ', with a long horizontal stroke extending to the right.

Estellia ARAEZ

Présidente du SAF