Décision n° 2021 – 830 DC

Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

Liste des contributions extérieures

Services du Conseil constitutionnel - 2021

Plusieurs auteurs peuvent rédiger une contribution commune

	Contributions	
	Date de réception	**Auteur(s)**
1	23/11/2021	Conseil supérieur du notariat
2	29/11/2021 15/12/2021	Union syndicale des magistrats
3	03/12/2021	Syndicat de la magistrature
4	06/12/2021	Mes Nicolas BOULLEZ et David LEVY pour le compte de l'association des avocats conseils d'entreprises (ACE – Avocats ensemble)
5	08/12/2021	Conférence Internationale des Barreaux
6	09/12/2021	Me Etienne TÊTE
7	09/12/2021	SCP PIWNICA et MOLINIÉ pour le compte de l'Ordre des avocats au barreau de Paris
8		
9		
10		
11		
12		

2021-830 DC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 23 novembre 2021

CONSEIL SUPÉRIEUR
DU NOTARIAT

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil Constitutionnel

Le Président

2, rue de Montpensier

75001 PARIS

DA/JF/NG

Paris, le 23 novembre 2021

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitutionnel,

Dans le cadre de la saisine par le Premier ministre sur la loi pour confiance dans l'institution judiciaire enregistrée sous le n° 2021-830, le Conseil supérieur du notariat a l'honneur de vous adresser une contribution extérieure portant sur le sujet de la conformité à la Constitution de l'article 44 de ladite loi qui vise à permettre la dévolution de la force exécutoire à certains actes contresignés par avocat.

Nous soumettons à votre attention les observations développées dans le mémoire joint.

Je suis d'autant plus au regret d'être en devoir de les formuler que le Conseil supérieur du notariat adhère pleinement aux objectifs de la loi concernant la discipline et la déontologie de la profession notariale.

Je vous prie d'agréer Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres, l'assurance de ma considération très respectueuse.

David AMBROSIANO

P.J.

60, boulevard de La Tour-Maubourg - 75007 Paris
Tél. : 01 44 90 30 00 - Fax : 01 44 90 30 30 - www.notaires.fr

Contribution extérieure visant à contester la constitutionnalité de l'article 44 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

Le présent mémoire fait suite à la saisine du Conseil constitutionnel conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution. Il porte sur l'article 44 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, définitivement adoptée le 18 novembre 2021 (ci-après la « Loi »).

A. La disposition contestée

L'article 44 de la Loi ajoute un nouvel item a l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution qui établit la liste limitative des titres exécutoires.

Aux termes de ce nouvel article, constituent des titres exécutoires : « *7° Les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente.* »

Sont ainsi ajoutés à la liste des titres exécutoires des actes contresignés par avocats dans le cadre des modes amiables de règlement des différends auxquels le greffe appose la formule exécutoire.

Cet article issu du projet de loi a été adopté sans modification à l'Assemblée nationale comme au Sénat.

B. Le contexte de son adoption

L'article s'inscrit dans le mouvement de promotion des modes alternatifs de règlement des différends. L'objectif de la disposition est en effet de favoriser le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges, en renforçant la portée des accords conclus par les parties. Au nom de leur efficacité, de leur rapidité et de leur simplicité, le législateur a multiplié les possibilités de recours à la médiation[1], à la conciliation[2], à la transaction[3] ou à la procédure participative[4].

Pour que l'accord issu de l'une de ces procédures dispose de la force exécutoire, les parties doivent saisir le juge aux fins de son homologation. Cette dernière peut intervenir en cours d'instance ou en dehors de toute instance judiciaire.

---

[1] La médiation et la conciliation conventionnelles sont définies à l'article 1530 du code de procédure civile comme « *le processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.* »

[2] La procédure de conciliation permet de trancher rapidement, à l'amiable, un différend civil simple entre deux personnes physiques ou morales, en présence d'un tiers : le juge de proximité, le juge d'instance ou un conciliateur de justice.

[3] Aux termes de l'article 2044 du code civil, la transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

[4] Aux termes de l'article 2062 du code civil, « *la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige.* »

Ce n'est pas que l'accord non homologué soit dépourvu d'effet : il s'agit en effet d'un contrat sous signature privée, qui a force obligatoire et est la loi des parties. En revanche, l'homologation par le juge lui confère la qualité de titre exécutoire, ce qui permet aux parties de recourir aux procédures civiles d'exécution forcée.

L'origine de la disposition contestée est à rechercher dans les propositions du Rapport de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat, présidée par M. Dominique Perben, qui proposait de permettre aux parties de rendre leurs accords exécutoires de manière plus simple[5].

Si le rapport Perben proposait de « *conférer la force exécutoire aux actes contresignés par avocats dans le cadre des modes amiables de règlement des différends, lorsqu'ils constatent l'accord réalisé entre les parties* », le législateur s'écarte de cette préconisation en subordonnant la force exécutoire non seulement à la contresignature des avocats des parties, mais également à l'intervention du greffe de la juridiction compétente, chargé d'apposer la formule exécutoire.

Comme le constatent les rapports faits au nom de la Commission des lois tant de l'Assemblée nationale que du Sénat, l'intervention du greffe vise à écarter le risque d'inconstitutionnalité pesant sur un dispositif qui aurait permis aux avocats de donner force exécutoire aux accords qu'ils contresignent.

En dépit des précautions prises, telles que la signature de l'accord par les avocats des parties et l'intervention du greffier qui appose la formule exécutoire, le législateur n'a pas assorti l'article 44 de garanties suffisantes au regard des exigences constitutionnelles.

Il apparaît en effet que l'article 44 de la Loi méconnait plusieurs exigences constitutionnelles justifiant qu'il soit déclaré contraire à la Constitution :

- En permettant qu'un accord contresigné par des avocats obtiennent force exécutoire sur simple demande au greffe, l'article 44 dénature la force exécutoire telle qu'elle est constitutionnellement protégée (**1**.) ;
- En plaçant le greffe en situation d'avoir à exécuter une demande émanant de personnes morales de droit privé n'exerçant pas de mission de service public, l'article 44 porte atteinte au principe d'indépendance de la justice et à l'exigence de son impartialité (**2.**) ;
- En permettant qu'il soit fait recours à la force publique pour l'exécution d'une transaction ou d'un l'accord conclu entre des personnes morales de droit privé, sans prévoir un contrôle préalable par une personne tierce dépositaire de l'autorité publique, l'article 44 de la Loi porte atteinte à l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (**3.**) ;
- En l'absence de contrôle préalable sur le contenu de l'accord assuré par une personne dépositaire de l'autorité publique, l'article 44 de la Loi présente un risque au regard des exigences constitutionnelles de sauvegarde de l'ordre public et de la nécessité de protéger équitablement les intérêts des personnes intéressées par l'accord (**4.**).
- N'ayant pas assorti l'article 44 de garanties suffisantes au regard de ces exigences constitutionnelles, le législateur a méconnu l'étendue de sa propre compétence telle qu'elle est définie à l'article 34 de la Constitution (**5.**).

Ces conclusions reposent sur les développements ci-après :

[5] Rapport de la mission relative à l'avenir de la profession d'avocat, présidée par M. Dominique Perben, remis au Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Juillet 2020.

1. **L'article 44 dénature la force exécutoire telle qu'elle est constitutionnellement protégée.**

La force exécutoire des décisions de justice est un « *corollaire du principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (Cons. const. 98-403 DC, 44 juillet 1998, cons. 46).

Elle est par ailleurs consubstantielle à l'effectivité des droits et libertés garantis par la Constitution en ce qu'elle permet de recourir à l'exécution forcée de décisions de justice. Ainsi, la protection du droit de propriété ne saurait être effective sans la possibilité de recourir à l'exécution de la décision de justice constatant l'existence de ce droit.

Corollaire du principe de séparation des pouvoirs et consubstantielle à l'effectivité des droits et libertés, le principe de la force exécutoire des décisions de justice découle de l'article 16 de la déclaration des droits de 1789 aux termes duquel « *Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Dans cette mesure, il importe que le législateur ne dénature pas les conditions par lesquelles il est conféré la force exécutoire à certains actes ou titres. Or l'article 44 de la Loi a pour effet de dénaturer la force exécutoire.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « *le législateur peut conférer un effet exécutoire à certains titres délivrés par des personnes morales de droit public et, le cas échéant, par des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public, et permettre ainsi la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée* » (Cons. const. n°99-416 DC, 23 juillet 1999, cons. 39). *A contrario*, il ne saurait en aller de même d'actes issus d'un accord entre personnes privées, quand bien même l'acte aurait été contresigné par leurs avocats. C'est pour surmonter cet obstacle constitutionnel que le législateur a prévu l'intervention du greffe, représentant de l'autorité judiciaire, qui appose la formule exécutoire.

En apparence, l'article 44 respecte l'exigence constitutionnelle de délivrance de la force exécutoire par les seules personnes morales de droit public ou, lorsqu'elles sont chargées d'une mission de service public, de droit privé. Cette garantie n'est pourtant qu'un artifice, compte tenu du rôle ainsi assigné au greffe. A s'en tenir aux termes de l'article 44, le greffe n'est qu'un exécutant de la demande, présentée à lui par les parties, de revêtir l'acte issu de leur accord de la formule exécutoire.

Les travaux préparatoires de la loi apportent quelques nuances à cette affirmation sans en mettre en cause le principe. L'étude d'impact précise en effet que le greffe procédera à un contrôle des conditions légales de l'apposition de la formule exécutoire, qui consistera à :
– vérifier la compétence territoriale et matérielle du greffe, qui sera alignée sur l'actuelle compétence du juge de l'homologation ;
– vérifier la nature de l'acte, c'est-à-dire vérifier que l'acte qui lui est soumis correspond à l'un des quatre cas prévus par la loi (transaction ou accord de conciliation, médiation ou procédure participative) ;
– contrôler la signature des parties à l'accord et la contresignature de leurs avocats.

Ces vérifications, au demeurant nullement prévues par l'article 44 de la Loi, sont d'ordre purement formel et relatives à la compétence territoriale et matérielle de la juridiction ; elles ne portent en aucun cas sur la teneur de la transaction ou de l'accord issue de la médiation, de la conciliation ou de la procédure participative. Les vérifications dont l'étude d'impact fait état ne concernent pas la protection des parties ou des tiers ou de l'ordre public puisqu'il s'agit d'abord pour le fonctionnaire

de vérifier la compétence territoriale et d'attribution de sa juridiction. Quant au contrôle de la contresignature, il est réduit a sa plus simple expression, comme en témoigne au demeurant l'étude d'impact qui estime a 20 minutes le temps nécessaire au greffier pour assurer ce rôle (étude d'impact, p. 312). On est donc très loin du rôle de vérification qui incombe au juge homologateur ou au notaire.

Dans le nouveau dispositif législatif, le greffe intervient donc de manière quasi-mécanique à la demande des parties, laissant à celles-ci toute liberté pour définir, avec leurs avocats, les termes d'un accord qui sera revêtu de la force exécutoire et, à ce titre, susceptible d'exécution forcée.

L'accord ainsi revêtu de la formule exécutoire aura la même force qu'une transaction homologuée par un juge. Dans cette nouvelle procédure, le rôle des avocats est décisif dès lors que ni le juge compétent, ni le greffe, ni aucun autre officier public et ministériel investi de prérogatives de puissance publique n'intervient pour porter un regard sur l'accord des parties. L'article 44 précise que l'accord doit être contresigné par les avocats de chacune des parties. En vertu de l'article 1374 du code civil, « *L'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause* ». L'acte contresigné par les avocats a donc une valeur probante. L'article 44 de la Loi va bien au-delà et lui confère mécaniquement une force exécutoire.

Le dispositif fait ainsi des parties et de leurs avocats, *de facto*, si ce n'est *de jure*, les véritables détenteurs d'une prérogative de puissance publique. Or les avocats ne sauraient être assimilés à des personnes privées chargées d'une mission de service public. Leur indépendance exclut qu'ils puissent être soumis au contrôle d'une personne publique, contrôle pourtant inhérent à l'attribution d'une mission de service public à une personne privée.

Le rôle passif du greffe et l'absence de regard porté sur les termes de l'accord par une personne dépositaire de l'autorité publique dénature la force exécutoire telle qu'elle doit être constitutionnellement protégée en tant que corollaire de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits fondamentaux.

2. **Dans cette mesure, l'article 44 porte atteinte aux principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité de la justice.**

L'exigence constitutionnelle d'indépendance de la justice, affirmée à l'article 64 de la Constitution pour ce qui est de l'autorité judiciaire et déduite de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme pour ce qui est de l'ensemble des institutions juridictionnelles, signifie que les juridictions ne sauraient recevoir d'instruction d'aucune autorité, qu'elle soit gouvernementale ou administrative, ou d'aucune personne privée.

Or, le dispositif de l'article 44 de la Loi conduit à ce que des personnes privées, représentées par leurs avocats, donnent instruction à un représentant de l'autorité judiciaire de revêtir une convention passée entre elles de la formule exécutoire. Elle aura alors la même force exécutoire que celle d'un jugement.

L'indépendance de la justice se trouve ainsi mise à mal. Elle l'est d'un point de vue organique d'abord, puisque les dispositions de l'article 44 impliquent que le greffe, partie intégrante de l'autorité judiciaire, dont la mission est indispensable au bon fonctionnement du service public de la justice, se trouve en position de recevoir une instruction émanant de personnes privées qui ne sont chargées de quelque mission de service public que ce soit. Elle l'est d'un point de vue matériel

ensuite, dès lors que les actes revêtus de la formule exécutoire seront comparables à des transactions homologuées par un juge et auront la même force qu'un jugement. A cet égard, l'article 44 entretient au demeurant une confusion entre les actes sous seing privé et les décisions de justice.

Le dispositif de l'article 44 prévoit que le greffe ne reçoit pas d'un magistrat l'ordre d'apposer la formule exécutoire, mais de personnes privées. Ainsi, l'intervention des avocats tend à se substituer à celle du juge telle que le prévoit la procédure d'homologation. Il est assigné à l'autorité judiciaire, incarnée par le greffier, un rôle de « chambre d'enregistrement ». Dans cette mesure, il est manifestement porté atteinte au principe constitutionnel d'indépendance de la justice.

L'article 44 de la Loi met également en cause l'exigence d'impartialité de la justice, faute de garanties suffisantes permettant de préserver les termes d'une précédente convention homologuée par le juge. Dans la décision n°2019-778 DC du 21 mars 2019 a été déclarée contraire aux exigences d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 une disposition législative confiant à des personnes privées en charge d'un service public le pouvoir de réviser le montant de contributions à l'entretien et à l'éducation des enfants, laquelle peut donner lieu à la délivrance de titres exécutoires (Cons. const. n°2019-778 DC, 21 mars 2019, parag. 39 à 42). En l'espèce, la modification pouvait porter sur des contributions antérieurement fixées par l'autorité judiciaire, ou issues d'une convention homologuée par elle, ou d'une convention de divorce par consentement mutuel.

A fortiori, doit être déclarée inconstitutionnelle, pour ce même motif, une disposition législative qui permet que des personnes privées, n'ayant pas en charge un service public, révisent les termes d'une convention précédemment homologuée par un juge ou d'un jugement. Or c'est précisément ce que permet l'article 44 de la Loi dès lors que les parties, et leurs avocats, se seraient mis d'accord sur la nécessité de cette révision. Le dispositif mis en place ne prévoit pas en effet que le greffe puisse refuser d'apposer la formule exécutoire dans cette hypothèse et pour ce motif. Ainsi, le législateur a permis que soient modifiées des décisions judiciaires sans assortir cette possibilité de garanties propres à préserver l'exigence d'impartialité de la justice qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789.

Pour l'ensemble de ces raisons, le législateur n'a pas entouré le dispositif de garanties suffisantes au regard des exigences d'indépendance de la justice et d'impartialité de la justice.

3. Faute de prévoir un contrôle par une personne dépositaire de l'autorité publique, l'article 44 de la Loi méconnaît l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Aux termes de l'article 12 de la Déclaration des droits de 1789, « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ».

En permettant aux parties de recourir aux voies civiles d'exécution pour la mise en œuvre de leur accord et donc de recourir autant que de besoin à la force publique, l'article 44 permet que la force publique ne soit pas utilisée à l'avantage de tous mais au profit de leur accord particulier. Cette possibilité leur est offerte sans que leur transaction ou leur accord fasse l'objet d'un contrôle préalable par un tiers indépendant des parties ayant le souci de l'intérêt général.

L'article 44 de la Loi méconnaît donc l'article 12 de la Déclaration des droits de 1789 en ce qu'il a pour conséquence l'instrumentalisation de la force publique au profit d'intérêts privés.

En outre, le Conseil constitutionnel a pu juger que « *les modalités de l'exercice des missions de police judiciaire ne sauraient (…) être soumises à la volonté de personnes privées* » (Cons. const., n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, cons. 66). Cette interdiction énoncée relativement aux interventions de police judiciaire vaut plus largement pour toute intervention des forces de l'ordre, y compris lorsqu'elle a pour finalité l'exécution d'un titre exécutoire. Or le dispositif de l'article 44 conduit, *in fine*, à admettre qu'une intervention de police puisse être soumise à la volonté de personnes privées, volonté non préalablement vérifiée par une personne dépositaire de l'autorité publique.

Cette situation est d'autant plus problématique dans le contexte jurisprudentiel récent où le Conseil a élevé au rang de « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » (Cons. const., n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France*) l'interdiction de déléguer des missions de police à des personnes privées, en se fondant précisément sur l'article 12 de la Déclaration des droits de 1789.

Le dispositif de l'article 44 de la Loi fragilise les exigences constitutionnelles déduites de l'article 12 de la Déclaration des droits dans la mesure où le recours à la force publique sera fonction de la volonté d'une personne privée demandant l'exécution d'une transaction ou d'un accord dont la force exécutoire aura été attribuée automatiquement sans intervention préalable d'une personne dépositaire de l'autorité publique.

4. **L'absence de regard porté par une personne dépositaire de l'autorité publique sur le contenu de l'accord présente en outre un risque au regard des exigences constitutionnelles de sauvegarde de l'ordre public et de la nécessité de protéger équitablement les intérêts des personnes intéressées par l'accord.**

Dans le cadre d'une procédure d'homologation par le juge d'une convention issue d'une transaction, d'une médiation ou d'une procédure participative, le magistrat s'assure que l'accord ne méconnaît pas les intérêts des personnes intéressés, mais aussi qu'il ne porte pas atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Comme l'affirme le professeur Yves Strickler, « *la dimension apaisée du parcours des parties dans le cadre d'une convention de procédure participative assistée par avocat ne leur donne néanmoins pas carte blanche* » ; pèse sur les parties « *l'ombre tutélaire du juge* » et « *ainsi, chacun sait à tout instant que la déraison dans l'établissement de l'accord pourra être corrigée à l'occasion de l'exercice de cet <u>indispensable contrôle</u>* » qui pourra conduire le juge à refuser l'homologation en cas d'atteinte portée à l'intérêt des personnes intéressées par l'accord conclu, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[6].

C'est précisément ce contrôle indispensable qui fait défaut dans le dispositif de l'article 44 de la Loi. Certes il est prévu que la transaction ou l'acte issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative est contresigné par les avocats et que chaque partie fait appel à son propre avocat, de sorte que les intérêts des deux parties puissent être défendus. Pourtant le déséquilibre entre les parties, notamment économique, peut avoir des conséquences sur le choix de leur avocat. En outre, les avocats peuvent être amenés à contresigner un accord manifestement déséquilibré si tel est le souhait de leurs clients.

Dans cette mesure, le contreseing n'est pas une garantie suffisante pour préserver un certain équilibre entre les parties et s'assurer que l'accord ne lèse pas l'une d'elle. L'intervention d'un tiers indépendant et habilité à porter un regard sur le contenu de la convention est seule de nature à permettre que soient préservés l'équilibre des parties et les intérêts des personnes intéressées par l'accord.

[6] Y. Strickler, Mode alternatifs de résolution des litiges, *Jurisclasseur Procédure civile*, Fasc. 1700-75, n°71 (souligné par nous).

Il faut rappeler à cet égard que c'est bien en se fondant sur l'ensemble des garanties prévues par la loi que le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de la procédure de divorce par acte contresigné des avocats et reçu par notaire. La décision constate que le législateur a veillé à assortir la nouvelle procédure conventionnelle de divorce de garanties destinées à assurer la protection des époux (Cons. const, n°2016-739 DC, 17 novembre 2016, paragr. 48 à 54). Parmi ces garanties, le Conseil constitutionnel relève que le législateur a « *subordonné le caractère exécutoire de cette convention à son dépôt au rang des minutes d'un notaire, chargé d'en apprécier la validité formelle* ». Il note également que le notaire est chargé de faire un certain nombre de vérifications quant au contenu de la convention. Ainsi, alors que le législateur a prévu que l'enfant, s'il est capable de discernement, soit informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge, il faut, sous le contrôle du notaire, qu'il soit fait mention dans la convention de divorce, de la délivrance de cette information et du souhait du mineur de ne pas faire usage de cette faculté. Et si le mineur demande à être entendu, la procédure conventionnelle doit être abandonnée au profit de la procédure judiciaire. Au regard « *des garanties apportées à la procédure conventionnelle de divorce par consentement mutuel* », le Conseil estime que le législateur n'a pas méconnu le droit de mener une vie familiale normale déduit du dixième alinéa du Préambule de 1946.

Selon les termes de cette décision, la garantie du respect des exigences constitutionnelles repose, au moins pour partie, sur l'intervention du notaire chargé de vérifier le contenu de la convention de divorce au regard des garanties légales. *A contrario*, il faut considérer que le contrôle par un officier public et ministériel est une garantie nécessaire et préalable à l'octroi du caractère exécutoire.

Or l'article 44 de la Loi ne prévoit pas l'intervention d'un officier public et ministériel qui aurait la charge des intérêts des personnes intéressées par l'accord, de la préservation d'un certain équilibre entre les parties et de la sauvegarde de l'ordre public.

5. Par l'imprécision de l'article 44 de la Loi, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence, privant ainsi de garanties légales les exigences constitutionnelles.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Il résulte de la jurisprudence constitutionnelle constante qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, car il doit prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

Or on ne trouve ni dans le texte de l'article 44 de la Loi, ni dans une autre disposition législative à laquelle il serait renvoyé, de précision sur la fonction de vérification de la convention au regard des exigences légales. Le nouveau dispositif législatif se distingue ainsi du 4°bis l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution relatif au divorce conventionnel qui renvoie expressément aux dispositions de l'article 244-1 du code civil, lequel définit clairement le rôle du notaire : il contrôle la régularité de la convention au regard des exigences prévues aux 1° à 6° de l'article 244-3 du code civil et s'assure que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 244-4 du même code.

L'article 44 de la Loi est quant à lui silencieux sur le rôle du greffe. Or il ne saurait revenir au pouvoir réglementaire, auquel il n'est au demeurant pas renvoyé, de combler l'imprécision de la Loi dès lors qu'il revient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution.

Ce silence fait naître une incertitude quant à la responsabilité en cas de litige sur la portée exécutoire de l'accord. Cette responsabilité incombe-t-elle au greffier alors que son rôle est passif ou aux avocats lesquels défendent chacun l'intérêt personnel de leur client ? Nul ne le sait.

On notera que le Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat a relevé cette difficulté. Mais il a estimé que la portée relativement modeste de l'article 44 ne justifiait pas de s'opposer à son adoption. Le Rapport retient un argument d'ordre pratique : il serait rare de devoir passer par l'exécution forcée lorsque les parties ont fait le choix d'une procédure amiable. L'argument présente un caractère spécieux dès lors que, d'une part, la finalité de ce nouveau dispositif est précisément de renforcer l'attractivité des modes alternatifs de règlement des différends et d'en développer l'usage et, d'autre part, il est constant que la portée exécutoire de la transaction ou de l'accord peut donner lieu à contestation. Quelle que soit en pratique la fréquence de ces contestations, leur rareté ne saurait exempter le législateur de son obligation de définir les garanties légales des exigences constitutionnelles.

UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS

18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS

Tél : 01.43.54.21.26.

contact@union-syndicale-magistrats.org

www.union-syndicale-magistrats.org

Paris le 26 novembre 2021

Objet : Observations sur l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositions
de la loi dite de « confiance » dans la justice (« Porte étroite »)
Saisines n° 2021-829 et 2021-830 DC

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil Constitutionnel,
Monsieur le Secrétaire Général,

À la suite de votre saisine par Monsieur le Premier Ministre, nous souhaitons attirer votre attention sur le caractère inconstitutionnel de trois dispositions de la loi dite de « confiance dans l'institution judiciaire », à savoir :

- Les dispositions de l'article 2 limitant la durée des enquêtes préliminaires en matière financière (I) ;
- Les dispositions de l'article 3 renforçant la protection des consultations juridiques des avocats, et des avocats eux-mêmes (II) ;
- Les dispositions de l'article 1er concernant l'enregistrement et la diffusion des audiences (III).

I. L'article 2 de la loi, concernant les enquêtes préliminaires, contrevient aux impératifs constitutionnels de lutte contre la fraude fiscale et de bonne administration de la justice

L'article 2 de la loi crée un article 75-2 du code de procédure pénale.

Rappelons tout d'abord que la prolongation d'une enquête préliminaire ne crée, en elle-même, aucun grief à qui que ce soit puisque, en l'absence d'information judiciaire et de saisine du tribunal correctionnel, les personnes mises en cause ne peuvent être placées en détention provisoire ou soumises à un contrôle judiciaire. Et si elles font l'objet de mesures coercitives (ex : garde à vue), l'article 77-2 du code de procédure pénale prévoit déjà qu'elles peuvent

demander copie de la procédure au procureur de la République et présenter des observations. Aucune norme constitutionnelle n'était sérieusement menacée par le régime actuel.

Le nouvel article du code de procédure pénale est rédigé ainsi :

Art. 75-3. – La durée d'une enquête préliminaire ne peut excéder deux ans à compter du premier acte de l'enquête, y compris si celui-ci est intervenu dans le cadre d'une enquête de flagrance.

> *« L'enquête préliminaire peut toutefois être prolongée une fois pour une durée maximale d'un an à l'expiration du délai mentionné au premier alinéa, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, qui est versée au dossier de la procédure.*
>
> *« Les enquêteurs clôturent leurs opérations et transmettent les éléments de la procédure au procureur de la République en application de l'article 19 avant l'expiration du délai de deux ans ou, en cas de prolongation, du délai de trois ans, afin de permettre soit la mise en mouvement de l'action publique, le cas échéant par l'ouverture d'une information judiciaire, soit la mise en œuvre d'une procédure alternative aux poursuites, soit le classement sans suite de la procédure. Tout acte d'enquête intervenant après l'expiration de ces délais est nul, sauf s'il concerne une personne qui n'a été mise en cause au cours de la procédure, au sens de l'article 75-2, que depuis moins de deux ans ou, en cas de prolongation, de trois ans.*
>
> *« Lorsque l'enquête porte sur des crimes ou délits mentionnés aux articles 706-73 ou 706-73-1 ou relevant de la compétence du procureur de la République antiterroriste, les délais de deux ans et d'un an prévus au présent article sont portés respectivement à trois ans et à deux ans.*
>
> *« Pour la computation des délais prévus au présent article, il n'est pas tenu compte, lorsque l'enquête a donné lieu à une décision de classement sans suite puis a repris sur décision du procureur de la République, de la durée pendant laquelle l'enquête a été suspendue. Il n'est pas non plus tenu compte, en cas de demande d'entraide judiciaire, du délai entre la signature de la demande par le parquet émetteur et la réception par ce même parquet des pièces d'exécution. Lorsqu'il est procédé au regroupement de plusieurs enquêtes dans le cadre d'une même procédure, il est tenu compte, pour la computation des délais prévus au présent article, de la date de commencement de l'enquête la plus ancienne. »*

Or, l'absence de dérogation à la « règle des deux ans plus un », pour les enquêtes financières complexes, porte atteinte à la fois à l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale et à celui de bonne administration de la justice.

Dans sa décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, le Conseil a combiné ces deux principes pour censurer l'instauration brutale d'une compétence exclusive au profit du procureur national financier : *« 20. Les dispositions contestées attribuent au procureur de la République financier et aux juridictions d'instruction et de jugement de Paris, une compétence exclusive pour la poursuite, l'instruction et le jugement de délits relevant actuellement d'une compétence concurrente entre, d'une part, ce procureur et ces juridictions et, d'autre part, les procureurs et les juridictions territorialement compétents. <u>En l'espèce, compte tenu de la gravité des faits réprimés par les infractions en cause, qui tendent en particulier à lutter contre la fraude fiscale, en ne prévoyant pas de dispositions transitoires de nature à prévenir les irrégularités</u>*

procédurales susceptibles de résulter de ce transfert de compétence, le législateur a méconnu à la fois l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et celui de lutte contre la fraude fiscale. »

Le dispositif déféré au Conseil présente porte atteinte aux mêmes principes que l'article 23 censuré le 8 décembre 2016, mais il serait susceptible d'entraîner des conséquences encore plus graves, alors même que la réforme envisagée ne répond à aucun impératif à valeur constitutionnelle, comme cela a été rappelé ci-dessus.

Tel que l'article est rédigé, dans le cas où une enquête financière ne serait pas terminée au bout de 3 ans, il faudrait soit la classer sans suite, soit ouvrir une information judiciaire, le renvoi devant le tribunal ou une mesure alternative aux poursuites n'étant, par hypothèse, pas possible s'agissant d'une enquête non terminée.

C'est précisément cette obligation pratique d'ouvrir une information judiciaire pour mener à leur terme des enquêtes complexes qui cristallise les difficultés.

En effet, et ce point avait été soulevé lors des débats devant le parlement, il ressort de l'analyse des données quantitatives retenues dans l'étude d'impact présentée avec le projet, que le nombre d'enquêtes supérieures à trois ans représente 3% des procédures, soit 49.858 procédures police et 9.480 procédures gendarmerie – soit environ 60.000 procédures, parmi lesquelles les plus complexes.

La plupart de ces enquêtes, longues et complexes en matière financière, feront l'objet d'ouvertures d'information. Or, il n'y a en France que 564 cabinets d'instruction, déjà engorgés, et que ces nouveaux dossiers représenteraient jusqu'à CINQ FOIS la charge annuelle entrante par cabinet (164 contre 31). Il s'ensuit qu'en retenant les chiffres bruts de l'étude d'impact la durée moyenne d'instruction passerait de 33 à 66 mois, voire, dans l'hypothèse la plus défavorable (164 dossiers en plus) à …. 17 ans et 4 mois. (cf. GOLDSZLAGIER, J., *Durée maximale des enquêtes préliminaires : de la lenteur à l'arrêt ?* Dalloz Actualités, 27 mai 2021)

L'impact sera concentré sur les juridictions connaissant une activité importante en matière financière (Paris, Marseille, Lyon, mais aussi Nanterre) donc sur quelques dizaines de juges d'instruction seulement.

Le seul aménagement retenu (suspension du délai en cas d'exécution d'une demande d'entraide internationale) ne peut contenir le transfert de charge vers l'instruction dans la mesure où :

1) le nombre de procédures concernées par cet aménagement n'a pas été chiffré ;
2) surtout, le retour d'une demande d'entraide doit être exploité et suppose de donner lieu à des investigations complémentaires qui peuvent être très lourdes.

Comme il a été indiqué ci-dessus, la durée moyenne des instructions, de près de 90 mois en matière financière, ne pourrait qu'augmenter encore, au-delà du raisonnable, rendant plus que probables de nouvelles condamnations de la France devant la CEDH.

En outre, la disposition transitoire prévue (à savoir que la règle ne s'applique qu'aux enquêtes initiées à compter de la promulgation de la loi) ne résout en rien la difficulté, qui ne pourrait être traitée que par une augmentation considérable des moyens des juridictions d'instruction

spécialisées en matière financière, et en particulier des moyens humains de l'instruction financière (magistrats et personnels de greffe).

Répondre à l'accroissement de la charge supposerait en effet de procéder au recrutement massif et à la formation de personnels dans le délai de trois années à compter de la promulgation de la loi. Or, d'une part, le nombre de places offertes aux concours d'entrée à l'ENM et aux recrutement sur titres prévu par l'article 18-1 de l'ordonnance statutaire est en baisse (250 places aux trois concours en 2020, 195 places aux trois concours en 2021) alors qu'il faut trois ans pour former un magistrat. D'autre part, aucune magistrat, sauf expérience professionnelle antérieure pertinente, ne peut se voir confier d'enquêtes financières complexes sans un sérieux complément de formation, qui prend nécessairement plusieurs années.

Or, il y a lieu de souligner, comme en atteste le Référé de la Cour des comptes en date du 12 décembre 2018 (S-2018-3520) sur les moyens affectés à la lutte contre la délinquance économique et financière (https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-03/20190204-refere-S2018-3520-lutte-delinquance-economique-financiere.pdf), que ces difficultés liées à la nécessaire spécialisation se rencontrent également au niveau des enquêteurs.

L'atteinte à la bonne administration de la justice qui avait entraîné la censure dans la décision n° 2016-741 DC, n'est pas ici un simple risque, mais une certitude mathématique, à horizon de trois ans, durée maximum de l'enquête préliminaire réformée.

Ensuite, en dépit du caractère constitutionnellement protégé de la lutte contre la fraude fiscale, seules les enquêtes en matière de criminalité et de délinquance organisée (articles 706-73 et 706-73-1) peuvent bénéficier d'une extension pour une durée totale de 5 ans dans le dernier état du texte.

La version du Sénat, qui prévoyait que cette exception concernait également « *les délits mentionnés aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, aux articles 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du code pénal, ainsi que sur le blanchiment de ces délits* » n'a pas été retenue. Cette omission n'est pas compatible avec la protection constitutionnelle dont jouit la lutte contre la fraude fiscale et caractérise une volonté délibérée de déstabiliser la justice financière.

En outre, si le législateur était véritablement préoccupé par l'absence de caractère contradictoire de l'enquête préliminaire, il suffisait, au lieu d'imposer une ouverture d'information, de prévoir l'application systématique, au bout des trois ans, de la « fenêtre contradictoire » de l'article 77-2 du code de procédure pénale. Il est étonnant que, au lieu d'offrir cette option, le législateur en ait choisi une qui va conduire à une embolie du système judiciaire.

Nous vous invitons donc à déclarer cet article inconstitutionnel dans son intégralité, ou, à défaut, de l'assortir d'une réserve d'interprétation précisant qu'il n'est pas applicable aux infractions visées aux articles 704, 705 et 706-73-1 du code de procédure pénale, qui visent les infractions économiques et financières complexes (y compris la fraude fiscale et son blanchiment).

Par ailleurs, le législateur a manqué à son obligation de transposition des textes de l'Union européenne (cf. Conseil Constitutionnel, décision n° 2006-540 du 29 juillet 2006, considérants

17 et 18) puisque ces dispositions ont été rendues applicables au délégué français du procureur européen par la modification (dernier alinéa de l'article II) de l'article 696-114 du code de procédure pénale: « *Lorsqu'il poursuit les investigations après l'expiration des délais d'enquête prévus à l'article 75-3, le procureur européen délégué est également tenu de procéder conformément aux dispositions applicables à l'instruction.* »

Le bureau du procureur délégué européen en France ne comprend que quatre personnes.

Les contraindre, en dehors des cas déjà prévus, à avoir recours aux dispositions applicables à l'instruction conduira à l'embolie d'une institution qui vient de naître.

L'absence d'exception prévue pour le procureur européen délégué (alors qu'il en existe une pour certaines infractions de droit national) constitue une atteinte au bon fonctionnement d'une instance communautaire et est également contraire à l'obligation constitutionnelle de transposition. Ainsi, cet article bouleverse l'équilibre voulu par le législateur européen et, partant, est contraire à l'article 88-1 de la Constitution.

Nous invitons donc à déclarer ce dernier alinéa contraire à la Constitution.

II. Une protection des conseils juridiques donnés par les avocats, et des avocats eux-mêmes, incompatibles avec les impératifs constitutionnels

a. Une atteinte disproportionnée aux objectifs à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions et de lutte contre la fraude fiscale, ainsi que de bonne administration de la justice

i. Rappel : l'opposabilité du secret professionnel de l'avocat aux autorités d'enquête est, en droit continental, une exception liée à la spécificité de la défense pénale

Il convient de rappeler que, si de très nombreuses professions sont soumises au secret professionnel, très peu peuvent opposer ce secret dans le cas d'une enquête pénale.

Par exemple, les juristes en entreprise sont, en application des articles 55 et 58 de la loi n° 71-1130 modifiée, tenus au secret professionnel, mais ils n'ont jamais pu l'opposer aux services d'enquête.
Le même raisonnement vaut pour les notaires, les experts-comptables, etc., dont le secret professionnel est parfois opposable dans les contentieux civils, notamment lorsqu'est formée une demande de communication de pièces sur le fondement de l'article 11 du code de procédure civile.

En revanche, les confidences du client de l'avocat sont protégées en matière de défense, spécialement pénale, car il n'est pas concevable dans un Etat de droit qu'un client qui a avoué une infraction à son conseil qui le défend puisse voir cet aveu utilisé contre lui dans la procédure en question.

Ce secret de la défense a été consacré par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans un arrêt concernant la France, mais avec une limite évidente : cette protection ne vaut pas lorsque client et avocat sortent du cadre de la défense pour commettre une infraction, par exemple une violation du secret de l'enquête pour entraver les investigations (CEDH, *Versini Campinchi et autre c/ France*, 16 juin 2016, n° 49176/11, §§ 79 à 83, spécialement 83 : *« [La Cour] 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 chambre criminelle a, jusqu'ici, toujours limité l'opposabilité du secret professionnel à la seule défense (cf. notamment Crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 97-86.318, publié).

En droit comparé, il apparaît que la vision restrictive de la chambre criminelle de la Cour de cassation française est largement partagée dans les systèmes continentaux et par la CJUE (cf. MICHON, Nicolas, *Legal privilege et secret professionnel : Eléments de comparaison*, AJ Pénal, déc. 2019, p. 588, @ p. 589).

Cette dernière suivant d'ailleurs la version allemande de l'opposabilité du secret qui est encore plus restrictive puisqu'elle est limitée <u>à la procédure dans laquelle la perquisition est diligentée</u> (cf. CJCE, AM&S Europe Ltd, C-155/79) : *« 20 - si, dans certains Etats membres, la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients se fonde principalement sur la reconnaissance de la nature même de la profession d'avocat, en tant qu'elle coopère au maintien de la légalité, dans d'autres Etats membres, <u>cette même protection trouve sa justification dans l'exigence plus spécifique - d'ailleurs reconnue également dans les premiers Etats - du respect des droits de la défense.</u>*
*21 - au-delà de ces diversités, les droits internes des Etats membres révèlent cependant l'existence de critères communs en ce qu'ils protègent, dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, pour autant<u>, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée</u> **<u>dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client</u>** et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi.*
22 - placé dans un tel contexte, le règlement n° 17/62 doit être interprété comme protégeant lui aussi la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients <u>dans les limites de ces deux conditions</u>, en reprenant ainsi les éléments constitutifs de cette protection communs aux droits des Etats membres.
23 - quant à la première de ces deux conditions, le règlement n° 17/62 lui-même, notamment dans son onzième considérant et par les dispositions de l'article 19, prend soin de sauvegarder le plein exercice des droits de la défense, dont la protection de la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients constitue un complément nécessaire. <u>cette protection doit dans ce cas s'entendre, pour être efficace, comme couvrant de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative , en vertu du règlement n° 17/62, susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 85 et 86 du traité ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire ; elle doit pouvoir être étendue également à la correspondance antérieure, ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure.</u> »

Cette jurisprudence, qui distingue nettement conseil et défense du point de vue de l'opposabilité du secret professionnel aux enquêteurs, a notamment été confirmée par l'arrêt *Akzo Nobe*l (CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel c/ Commission*, C-550/07, § 41).

A cet égard, si certains prétendent, sur la base d'arrêts de la CJ(C)UE anciens (notamment un arrêt *Reyners* de 1974) rendus en matière de liberté d'établissement, que le conseil bénéficierait en droit européen du même statut protecteur que la défensen cette affirmation apparait infondée.

Ces affaires procèdent d'une logique totalement différente de celle qui nous occupe ici : permettre, de façon large, la prestation de services d'avocats pour le conseil et la défense d'un pays d'Europe à l'autre, ne signifie nullement que la CJUE assimile conseil et défense pour :

i) les saisies de documents rédigés par les avocats, comme cela a été rappelé, et

ii) les obligations de vigilance anti-blanchiment, domaine dans lequel, comme cela sera évoqué ci-dessous, tant la CJUE que le législateur de l'Union font une distinction très nette entre ce qui relève du conseil et ce qui relève de la défense.

En effet, la première directive anti-blanchiment (91/308) était focalisée sur certaines opérations auxquels les avocats pouvaient participer, et la CJUE a validé sans difficulté l'assujettissement des avocats aux obligations prévues par cette directive, en distinguant ces activités de celles du conseil : CJUE [GC], 26 juin 2007, aff. C-305/05, spécialement par. 33 « *S'agissant de la directive 91/308, ainsi qu'il a été rappelé au point 22 du présent arrêt, il ressort de l'article 2 bis, point 5, de celle-ci que les obligations d'information et de coopération ne s'appliquent aux avocats que dans la mesure où ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions essentiellement d'ordre financier et immobilier visées par cette disposition, sous a), ou lorsqu'ils agissent au nom et pour le compte de leur client dans toute transaction financière ou immobilière.*
En règle générale, ces activités, en raison de leur nature même, se situent dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire et, partant, en dehors du champ d'application du droit à un procès équitable. »

Les quatre directives suivantes (2001/97/CE, 2005/60/CE, 2015/849/UE, 2018/843/UE) ont accentué cette tendance, en imposant des obligations croissantes de vigilance et d'information (i.e. dénonciation) en cette matière aux professions indépendantes, dont les notaires et les avocats, y compris lorsqu'ils prodiguent des conseils juridiques en vue de la structuration d'une opération, mais en exonérant les activités de défense, confortant la pertinence de cette distinction entre conseil et défense.

La quatrième directive (n° 2015/849 du 20 mai 2015) est structurée de la façon suivante :

- L'article 2 contient une liste de personnes assujetties, qui, outre les institutions financières, vise, notamment :

« *les personnes physiques ou morales suivantes, agissant dans l'exercice de leur activité professionnelle:*

a) les auditeurs, experts-comptables externes et conseillers fiscaux;

b)les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou l'exécution de transactions portant sur:

i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales;

ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client;

iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles;

iv)l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés;

v)la constitution, la gestion ou la direction de fiducies/trusts, de sociétés, de fondations ou de structures similaires; »

L'article 33 précise que l'obligation de déclaration implique que la personne assujettie agisse :

« a) en informant rapidement la CRF, de leur propre initiative, y compris par l'établissement d'un rapport, lorsque l'entité assujettie sait, soupçonne ou a des motifs raisonnables de soupçonner que des fonds, quel que soit le montant concerné, proviennent d'une activité criminelle ou sont liés au financement du terrorisme, et en donnant rapidement suite aux demandes d'informations supplémentaires soumises par la CRF dans de tels cas; et

b) en fournissant rapidement à la CRF, directement ou indirectement, à la demande de celle-ci, toutes les informations nécessaires, conformément aux procédures prévues par le droit applicable.

Toutes les transactions ou tentatives de transactions suspectes sont déclarées. »

S'agissant des avocats, le considérant 39 permet que l'entité à laquelle sont adressés en premier lieu leurs signalements soit non pas l'autorité centrale (TRACFIN), mais l'ordre des avocats. Nous verrons plus avant comment ce système fonctionne – ou non – en France.

L'article 34 crée une exception qui reprend la distinction entre le conseil et la défense, puisqu'elle prévoit que : *« Les États membres n'appliquent pas les obligations prévues à l'article 33, paragraphe 1, aux notaires, aux membres des autres professions juridiques indépendantes, aux auditeurs, aux experts-comptables externes ni aux conseillers fiscaux, uniquement dans la stricte mesure où cette exemption concerne des informations qu'ils reçoivent de l'un de leurs clients ou obtiennent sur l'un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure. »*

Ce faisant, le législateur communautaire a clairement distingué deux cas pour les professions juridiques :

- **Les activités assujetties, qui concernent toutes les activités de structuration d'opérations (achat immobilier, constitution de sociétés, de trusts, etc.), pour lesquelles l'obligation d'information des autorités joue à plein,**
- **Les activités exemptées, qui, à la lecture de l'article 34 sont celles qui sont liées à une procédure, c'est-à-dire, par définition, après la mise en place de l'opération, et qui entrent dans l'exercice des droits de la défense (même anticipé).**

La cinquième directive (2018/843/UE) a complété ce dispositif en complétant le champ des personnes assujetties :

« les auditeurs, experts-comptables externes et conseillers fiscaux, et toute autre personne qui s'engage à fournir, directement ou par le truchement d'autres personnes auxquelles cette autre personne est liée, une aide matérielle, une assistance ou des conseils en matière fiscale comme activité économique ou professionnelle principale »

L'effet de cette modification est d'inclure les avocats fiscalistes dans le champ des personnes assujetties aux obligations d'information.

Il n'est donc pas possible d'affirmer que les activités de conseil juridique, notamment en matière fiscale, bénéficieraient du même statut que les activités de défense au regard du secret professionnel.

En effet, le conseiller fiscal, qu'il soit avocat ou autre, se doit de signaler aux autorités compétentes les opérations suspectes au regard du blanchiment, obligation qui ne peut s'accommoder d'un secret opposable aux autorités d'enquête. Les avocats, dès lors qu'ils exercent une activité économique de conseil, ne se voient pas donc traités, en droit de l'Union, différemment d'autres professions réglementées pratiquant le conseil juridique comme les notaires.

Les systèmes de Common Law connaissent un concept différent : le « *legal privilege* », qui est à la fois plus large (puisque, comme l'avait indiqué la CJUE, il est justifié par la contribution de l'avocat à la légalité), et plus étroit (car ses exceptions sont aussi plus larges), ce que nous examinerons plus avant ci-dessous.

ii. Une protection disproportionnée pour de simples consultations juridiques, qui ne préserve pas les enquêtes en matière financière et fiscale

1. Une protection disproportionnée eu égard à la nature de l'activité de l'avocat en matière de conseil

L'article 3 de la loi a explicitement étendu l'opposabilité aux enquêteurs du secret professionnel des avocats en matière de conseil et a imposé des contraintes nouvelles en cas de perquisitions, qui vont faire peser une lourde charge sur les services d'enquête et les magistrats, spécialement en matière financière.

En effet, la protection est désormais attachée aux consultations, par exemple celles qui pourraient être retrouvées dans le cadre d'une perquisition en entreprise, comme le précise l'article 56-1-1. Concrètement, cet article est de nature à faire augmenter de façon exponentielle

les saisines du juge des libertés et de la détention (qui ne sont que 256 d'après la Circulaire de Localisation des Emplois 2021).

Comme le relevait un spécialiste de ces questions, le système actuel, qui impose que le magistrat procède lui-même à la perquisition (solution inédite en droit comparé) est déjà très lourd, et élargir ces contraintes le conduira rapidement à une embolie et à l'abandon de cette mesure d'enquête (GOLDSZLAGIER, Julien, *Mourir guéri : La justice pénale financière au défi de ses garanties de procédure – Du sort des perquisitions et saisies en entreprise après le rapport Gauvain*, AJ Pénal Décembre 2019, p. 580).

L'auteur exposait les contraintes posées, concrètement, par l'existence de règles de protection du secret et leur élargissement aux conseils prodigués aux entreprises (id. p. 582) : « *Quoique la lettre du texte ne l'impose pas, la sélection des documents saisis suppose en pratique que le magistrat en charge prenne connaissance sur les lieux et dans les temps de la perquisition d'un volume considérable d'informations afin de discriminer les pièces et documents utiles à la manifestation de la vérité, d'une part, étrangères à la conduite de la libre défense, d'autre part. Cet examen, mené sous le contrôle du bâtonnier ou de son représentant, conduit en réalité le magistrat à réaliser in situ une partie du travail d'exploitation que réalisent les enquêteurs postérieurement à la saisie.*
Le lecteur extrapolera de lui-même, à partir de son expérience personnelle (celle de son retour de congés, par exemple), les contraintes du traitement d'une correspondance professionnelle s'étendant sur plusieurs mois, voire plusieurs années…
Au-delà même du temps nécessaire à l'acquisition et à la sélection des données utiles, il convient de souligner que l'intérêt probatoire de certaines informations ne se révèle que dans la confrontation à d'autres éléments qu'elles contribuent à éclairer. Ainsi, un échange de correspondances, quel qu'anodin que puisse en être le contenu, est susceptible de révéler l'existence, la date et la nature de relations entre personnes qui prétendent ne point se connaître. Plusieurs versions préparatoires d'un même document, en elles-mêmes non constitutives d'infractions, peuvent laisser suspecter la prise en compte par le rédacteur d'informations supposément ignorées, dans le cadre par exemple de la réponse à une commande publique, et constituer ainsi l'indice de faits de favoritisme ou d'un pacte de corruption.
L'élaboration de ces rapprochements intellectuels suppose une méthodologie qui n'émerge parfois qu'après la perquisition initiale, ne serait-ce qu'en raison de la découverte ultérieure des éléments pertinents d'éclairage. En réalité, l'exigence de la pré-exploitation in situ des éléments de preuve par le magistrat est de nature à altérer significativement l'efficacité des opérations de perquisition. Et sous l'honneur fait par la loi au statut perce la réalité de l'épuisement des ressources répressives.
[note de bas de page 20 : « Obliger les magistrats à accomplir seuls la perquisition, c'est jouer la carte du temps et, il faut bien le dire, jouer sur leur épuisement physique et nerveux », P. Gonzales, Guide de survie pour avocats perquisitionnés, Le Figaro, 28 mars 2017].
Outre le rôle confié au magistrat perquisiteur, l'administration de l'équilibre entre la prévention des infractions pénales et la libre défense a pu justifier en droit interne l'institution d'une procédure particulière, dite « de contestation », qui veut que le bâtonnier ou son représentant, présent lors de la perquisition, puisse s'opposer à la saisie de pièces ou documents qui lui apparaîtrait irrégulière. En ce cas, les pièces litigieuses sont placées sous scellé fermé, et leur sort est débattu lors d'une audience devant le juge des libertés et de la détention, qui décide, sur la base des principes qui précèdent, si les éléments saisis doivent être restitués ou s'ils peuvent être versés au dossier de la procédure.

L'ensemble de ce dispositif, destiné à soustraire à la connaissance, même fugitive, des enquêteurs, les informations couvertes par le secret professionnel, constitue un obstacle objectif au déroulement de l'enquête pénale. On en conçoit la raison s'agissant de valeurs protégées au titre de la libre défense et de l'exercice professionnel de l'avocat libéral. Elle s'évince plus difficilement du service d'un intérêt étranger à celui de l'économie générale de la bonne administration de la justice. Plus généralement, cette extension d'un dispositif particulier à la totalité du secteur économique interroge sur les enjeux matériels de la lutte contre la délinquance financière. »

S'agissant de l'intervention du juge des libertés et de la détention (JLD), dont le rôle est encore accru par le texte, l'auteur rappelait que le ressort du tribunal de Nanterre, où se trouvent la moitié des entreprises du CAC 40, ne compte que … 3 JLD (id., p. .583).

La question se pose donc de savoir si ces nouvelles contraintes, qui s'ajoutent à une procédure déjà très lourde (participation personnelle du magistrat, nécessité d'examiner les documents sur place …) et portent ainsi une atteinte concrète aux objectifs à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infraction et de lutte contre la fraude fiscale, ainsi que de bonne administration de la justice au vu de la consommation de ressources publiques qu'elles impliquent, sont justifiées par un intérêt public suffisant, et proportionnées à ce dernier.

Ce n'est pas le cas.

Tout d'abord, rappelons qu'il s'agit ici de la protection de simples consultations juridiques, c'est-à-dire de l'élaboration de montages, élaboration qui pourrait également être le fait d'un notaire ou d'un expert-comptable, et qui ne présente pas, loin s'en faut, le même besoin de protection que celui des éventuels aveux d'une personne poursuivie.

En effet, les consultations juridiques n'ont, contrairement aux droits de la défense, aucun statut constitutionnel et la CJUE a rappelé, lorsqu'elle a validé la mise en place d'obligations anti-blanchiment pour les avocats qu'elles ne pouvaient être placées sur le même plan (CJUE [GC], 26 juin 2007, aff. C-305/05, spécialement par. 33 « *S'agissant de la directive 91/308, ainsi qu'il a été rappelé au point 22 du présent arrêt, il ressort de l'article 2 bis, point 5, de celle-ci que les obligations d'information et de coopération ne s'appliquent aux avocats que dans la mesure où ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de certaines transactions essentiellement d'ordre financier et immobilier visées par cette disposition, sous a), ou lorsqu'ils agissent au nom et pour le compte de leur client dans toute transaction financière ou immobilière. En règle générale, ces activités, en raison de leur nature même, se situent dans un contexte qui n'a pas de lien avec une procédure judiciaire et, partant, en dehors du champ d'application du droit à un procès équitable.* ».

Cela est si vrai que les obligations de vigilance et de dénonciation anti-blanchiment ont été progressivement étendues par le législateur européen pour couvrir de nombreuses opérations impliquant un conseil juridique (achats immobiliers, mais aussi structuration de sociétés, et, en dernier lieu, conseil fiscal) comme cela a été rappelé ci-dessus dans l'analyse des directives 2015/849 et 2018/843.

Ensuite, pour mesurer le caractère disproportionné de l'atteinte ainsi portée aux intérêts constitutionnellement protégés, il convient de rappeler que la protection du secret du conseil est

une transposition de concepts de Common Law, dans laquelle le *Legal Privilege* (et non le secret) appartient au client : c'est la possibilité pour le client de recourir à des conseils qui est protégée.

Mais son corollaire, qui équilibre dans ces systèmes l'entrave opposée aux enquêtes, est que c'est l'abus du client, et non celui de l'avocat, qui fait perdre au client ce « privilège », comme l'a rappelé le juge Cardozo de la Cour Suprême américaine dès 1933 : C*lark v. U.S., 289 U.S. 1 (1933) : « il existe un privilège protégeant les communications entre avocat et client. Le privilège s'évapore si la relation fait l'objet d'un abus. Un client qui consulte un avocat pour des conseils qui lui serviront à commettre une fraude ne recevra aucune aide de la loi. Il devra laisser la vérité s'exprimer […] L'avocat peut être innocent, et, cependant, le client coupable doit laisser la vérité apparaître.* » (Cf., MICHON N., *Legal privilege et secret professionnel*, supra).

C'était le sens de la deuxième exception qui figurait dans le texte de la commission mixte paritaire, et qui a été supprimée au prétexte qu'elle était « peu claire » - alors qu'elle s'inscrivait tant dans un compromis entre Assemblée Nationale et Sénat (cette disposition ayant été ajoutée en CMP) que dans la tradition juridique qui a vu naître la protection du conseil.

Le législateur a ainsi créé, au prétexte de la « concurrence » entre systèmes juridiques, une protection qui dépasse celle des pays de Common Law, sans raison valable, supprimant la disposition d'équilibre voulue par le Sénat pour ces consultations juridiques.

L'on voit mal pourquoi le gouvernement, qui a amendé le texte auquel était parvenue la CMP, tient tant à ce que, lorsque le client a menti à l'avocat et utilisé ses conseils pour commettre une fraude, le client devrait se voir protégé par l'impossibilité pour les enquêteurs de saisir les consultations de l'avocat.

« L'attractivité » économique de la France ne saurait reposer sur le bénéfice d'une immunité pratique contre les poursuites en matière pénale, et ne saurait pas davantage justifier le sacrifice des objectifs à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale et de recherche des auteurs d'infraction.

Incidemment, quelles activités économiques la France attirerait-elle en étendant le secret au-delà de ce qui se pratique même dans les pays de Common Law, à part celles, plus que douteuses, qui ont été obligées de fuir des juridictions (Suisse, Iles Anglo-Normandes…) dont le secret bancaire et juridique est devenu beaucoup moins protecteur dans la pratique ?

2. Une « exception » illusoire pour la corruption et la fraude fiscale

Les inquiétudes exprimées en cours de procédure législative tant par l'USM que par d'autres intervenants, notamment du Ministère du Budget, avaient conduit le Sénat, conscient de l'atteinte portée à l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale, à restreindre l'opposabilité du secret du conseil en matière, notamment, de fraude fiscale, de corruption et de blanchiment de ces délits : *« Le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête et d'instruction relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, aux articles 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du code pénal, ainsi qu'au blanchiment de ces délits. »*

Après la CMP, le texte – de compromis - était rédigé ainsi :

> « *Art. 56-1-2*. – Dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction :
>
> « 1° Lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits et que les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions ;
>
> « 2° Ou lorsque l'avocat a fait l'objet de manœuvres ou actions aux fins de permettre, de façon non intentionnelle, la commission, la poursuite ou la dissimulation d'une infraction. » ;

On l'a vu, le 2° a été supprimé par amendement du gouvernement pour des raisons fallacieuses, déséquilibrant encore davantage le texte.

La seule protection prévue par cette loi pour l'objectif de lutte contre la fraude fiscale est donc le 1°, mais cette exception exige que les documents « <u>établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions. »</u>

S'agissant de montages fiscaux ou sociaux complexes, à moins d'une imprudence extrême, jamais un seul document ne peut montrer en quoi le montage est frauduleux.

Et, comme il a été rappelé ci-dessus, « *Plusieurs versions préparatoires d'un même document, en elles-mêmes non constitutives d'infractions, peuvent laisser suspecter la prise en compte par le rédacteur d'informations supposément ignorées, dans le cadre par exemple de la réponse à une commande publique, et constituer ainsi l'indice de faits de favoritisme ou d'un pacte de corruption* » (GOLDSZLAGIER, Julien, *Mourir guéri [….]*, supra).

Même une interprétation plus souple ne sauvera pas le texte puisque, comme cela a été exposé, la charge pour les enquêteurs et les magistrats contraint de se livrer à cet exercice de tri entre les documents qui entrent dans le champ de l'exception et les autres conduira mécaniquement à une paralysie des enquêtes dans ces matières pourtant constitutionnellement protégées.

La version du Sénat avait le mérite de la clarté, et, bien qu'ayant un champ très restreint, permettait aux enquêteurs de procéder à leur travail, long et minutieux, dans des conditions normales, sans pour autant porter atteinte aux droits de la défense, qui ne sont pas en cause ici.

Cette atteinte aux objectifs constitutionnels de lutte contre la fraude fiscale et de recherche des auteurs d'infraction est donc totalement disproportionnée, et nous invitons le Conseil constitutionnel à censurer l'article 3 en ce qu'il crée une telle protection pour les simples consultations juridiques, en censurant systématiquement les mots « et du conseil » dans cet article.

A titre subsidiaire, nous invitons le Conseil à :

- **Censurer les termes « *et que les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions* » pour que**

l'exception pour fraude fiscale, corruption, financement du terrorisme et blanchiment de ces infractions soit une véritable exception ;

- **Assortir une éventuelle déclaration de conformité de l'article 3 de la réserve d'interprétation suivante : « Le secret tenant au conseil n'est pas opposable aux autorités d'enquête et de poursuite s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que les services de l'avocat ont été utilisés par le client pour commettre ou faciliter la commission d'une infraction ou sa dissimulation, que l'avocat en ait eu conscience ou non. »**

b. Une atteinte directe à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes qui mettent en place des obligations anti-blanchiment pour les avocats et au règlement sur le parquet européen

La France a une obligation constitutionnelle, en application de l'article 88-1 de la Constitution, de transposer les directives communautaires.

Or, parmi ces directives, figurent les 5 directives anti-blanchiment (91/308 – validée par la CJUE dans l'affaire C-305/05, déjà mentionnée, 2001/97/CE, 2005/60/CE ,2015/849, 2018/843) qui ont imposé des obligations croissantes aux avocats (et autres professions indépendantes, telles que les notaires) en matière de conseil juridique – en continuant à exonérer ce qui relève de la défense (cf. les développements ci-dessus sur les directives 2015/849 et 2018/843).

Ici, le législateur français vient de créer une extension du secret telle que, d'une part, elle interfère avec les obligations de déclaration de soupçon des avocats, et d'autre part, elle rend extrêmement difficile le contrôle par les autorités françaises du respect par les avocats français de leurs obligations en cette matière, en posant des conditions très lourdes (cf. ci-dessus) pour la saisie de documents dans cette matière.

Or, comme cela a été largement relevé durant les débats, les instances ordinales ne se sont aucunement saisies de leurs obligations anti-blanchiment.

Ceci est flagrant lorsque l'on compare, sur ces dernières années, le nombre de déclarations de soupçon à TRACFIN effectuées par les ordres des avocats aux signalements effectués par les notaires, les huissiers et les administrateurs judiciaires, au vu du rapport de TRACFIN : https://www.economie.gouv.fr/files/2020-07/ra-analyse-tracfin-19-20-bat-digital.pdf.

En 2019, les notaires ont adressé à TRACFIN 1812 déclarations de soupçon, les administrateurs judiciaires 1272, les experts comptables 507, les huissiers 134, et les avocats 12. De 2015 à 2018, les avocats avaient adressé en tout et pour tout 5 déclarations à TRACFIN.

Cette inapplication de la loi par les ordres professionnels s'est d'ailleurs faite sans que les gouvernements successifs ne réagissent, malgré un rapport d'évaluation du GAFI de 2011 pointant la difficulté.

L'effectivité du droit de l'Union étant assurée par la CJUE, l'on voit mal comment cette extension inédite de la protection accordée aux consultations d'avocats, peut être compatible

avec la création d'un parquet européen, puisque, en cas de réalisation d'une perquisition sur le territoire national, les personnes mises en cause et leurs avocats pourraient tenter de s'en prévaloir, alors même que la CJUE a toujours refusé d'accorder une protection aux simples conseils juridiques (CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel c/ Commission*, C-550/07, confirmant, § 41, l'approche dégagée dans l'affaire *AM&S c/ Commission*, CJUE 18 mai 1982, 155/79).

De même, une telle protection disproportionnée compromet la bonne application par la France des textes de droit pénal communautaire (dossiers de blanchiment, mais aussi de pratiques commerciales trompeuses (directive 2005/29), d'abus de marché (règlement 596/2014), mais aussi de fraude à la TVA, Douanes …).

Là encore, l'effectivité du droit de l'Union et, partant l'obligation de transposition s'opposent à ce que les contraintes procédurales nationales n'empêchent, dans les faits, la conduite d'enquêtes et les poursuites dans ces matières (cf., à propos des règles italiennes en matière de prescription pénale mettant en échec les enquêtes pour fraude à la TVA, CJUE [GC], 8 septembre 2015, affaire C-105/14, *Taricco et autres*, §§ 24, 25, 26, 47, 49, 58).

Nous invitons donc le Conseil constitutionnel à invalider, pour ce motif supplémentaire, l'article 3 en ce qu'il crée une protection pour les simples consultations juridiques, en censurant systématiquement les mots « et du conseil » dans cet article.

A titre subsidiaire, nous invitons le Conseil constitutionnel à assortir une déclaration de conformité d'une réserve d'interprétation, indiquant que les mots « et du conseil » sont inopposables aux autorités d'enquête et de poursuite pour toutes les infractions créées en application de textes de droit de l'Union européenne ou de textes protégeant les intérêts de l'Union européenne.

c. Des atteintes au principe d'égalité entre personnes se trouvant dans une situation identique

i. Une protection du conseil refusée à d'autres professions juridiques

Le principe d'égalité implique que toutes les personnes se trouvant placées dans une situation identique à l'égard du service public (ici, de la justice) soient régies par les mêmes règles. Ce même principe n'interdit cependant pas au législateur de traiter différemment des personnes à la condition que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation ou qu'elle tienne à des considérations d'intérêt général liées au fonctionnement même du service public.

Cette interprétation du principe d'égalité est constante tant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le contrôle des actes réglementaires dérogeant au principe d'égalité (: CE, Ass, 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins ; CE Ass, 28 mai 1954, Barel CE, Ass. 28 juin 2002, M. Villemain n° 220361, CE, sect., 18 déc. 2002, Mme Duvignères n° 233618, Rec) que dans celle du Conseil constitutionnel sur le contrôle des dispositions législatives au regard de ce principe issu de plusieurs dispositions du bloc de constitutionnalité (articles 1er , 6 et 13 de la DDHC, article 3 de la Constitution de 1946) – par exemple : Cons. const., déc. n°

2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

La CJUE, applique quant à elle le principe de non-discrimination qui impose à la fois « que des situations comparables ne soient pas traitées manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale » (CJCE, 17 juillet 1963, gouvernement de la République italienne c/ Commission, aff. C.13.63 p. 341).

Les avocats ne sont pas les seuls à donner des consultations juridiques, même s'ils sont les seuls à participer à la défense, notamment pénale.

En l'espèce, il n'existe aucune différence de situation justifiant que les consultations juridiques des avocats se voient placer dans une position beaucoup plus favorable que celle, par exemple, des notaires ou des experts comptables.

L'USM ne considère pas que ces autres professions devraient bénéficier d'une protection renforcée qui entraverait encore davantage la lutte contre la délinquance financière et la fraude fiscale, objectif à valeur constitutionnelle.

Comme cela a été rappelé, il n'y a aucune raison d'intérêt général liée au fonctionnement du service public qui impose de traiter les avocats différemment des autres professions en matière de conseil.

Nous considérons que cette différence de traitement ne repose sur aucune considération d'intérêt public et que l'article doit donc être, également, censuré pour ce motif.

ii. Une protection de l'avocat mis en cause incompatible avec le principe d'égalité

Pire, la loi crée des garanties supplémentaires lorsque c'est l'avocat qui est mis en cause dans l'enquête (cf. notamment la modification de l'article 56-1 : *« Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203. »)*

La même critique peut être adressée au 3° du même article, en ce qu'il prévoit que :« *Lorsque les réquisitions prévues à l'article 60 portent sur des données de connexion émises par un avocat et liées à l'utilisation d'un réseau ou d'un service de communications électroniques, qu'il s'agisse de données de trafic ou de données de localisation, elles ne peuvent être faites que sur ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le procureur de la République.* »

En effet, dans sa décision n° 2021-930 QPC du 23 septembre 2021, le Conseil constitutionnel, qui a statué sur l'autorisation de géolocalisation donnée par le procureur de la République, a exposé que : « *La géolocalisation est une mesure de police judiciaire qui consiste à surveiller une personne au moyen de procédés techniques en suivant, en temps réel, la position*

géographique d'un véhicule que cette personne est supposée utiliser ou de tout autre objet, notamment un téléphone, qu'elle est supposée détenir. » et considère que « *ce procédé n'implique pas, pour autant, d'acte de contrainte sur la personne visée, ni d'atteinte à son intégrité corporelle, de saisie, d'interception de correspondance ou d'enregistrement d'image ou de son.* »

Il s'ensuit que les données de localisation d'un avocat ne participent pas du secret professionnel que celui-ci doit à son client, mais d'un élément de vie privée, qu'aucun intérêt constitutionnellement protégé n'impose de privilégier à l'égard d'une telle profession, plutôt qu'à celui de toutes les autres, et de façon générale, de tout justiciable.

L'article 3 prévoit ainsi une différence de traitement qui n'est justifiée par aucun motif d'intérêt général et doit être censuré.

III) Les dispositions concernant l'enregistrement et la diffusion des audiences.

Le texte de loi prévoit en son article 1er que les audiences pourront être enregistrées et diffusées à certaines conditions.
A cette fin, l'article 38 quater de la loi de 1881 sur la liberté de la presse est modifié: « *Art. 38 quater. – I. – Par dérogation au premier alinéa de l'article 38 ter, l'enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience peut être autorisé, pour un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique, en vue de sa diffusion. La demande d'autorisation d'enregistrement et de diffusion est adressée au ministre de la Justice. L'autorisation est délivrée, après avis du ministre de la Justice, par le président du Tribunal des conflits, le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes, concernant leurs juridictions respectives. Elle est délivrée, après avis du ministre de la Justice, par le président de la juridiction concernant les juridictions administratives et les juridictions comprenant un magistrat du siège membre de la Cour de cassation, et par le premier président de la cour d'appel concernant les cours d'appel et les juridictions de l'ordre judiciaire de leur ressort. /../* ».

Ces dispositions instituent un régime d'autorisation préalable.

Le projet de loi a dû s'écarter de l'intention première du gouvernement qui était de renvoyer la question de la désignation de l'autorité compétente à un décret d'application. Le gouvernement pensait pouvoir ainsi désigner par décret le ministre de la Justice à qui il aurait incombé de délivrer les autorisations. Toutefois le Conseil d'Etat devait donner un avis très réservé à semblable possibilité : « *Le Conseil d'Etat propose de préciser dans le projet [de loi] que le décret d'application de l'article 38 quater déterminera notamment l'autorité compétente* ***au sein des juridictions*** *pour décider l'enregistrement de l'audience et sa diffusion,* ***excluant par-là que l'autorisation puisse relever d'une autorité administrative ou gouvernementale****. Ce décret pourra prévoir, comme l'envisage le Gouvernement, que le Garde des sceaux peut proposer l'enregistrement de séances en vue de leur diffusion, la décision revenant à une autorité d'une juridiction, de la juridiction dont une audience est enregistrée ou d'une juridiction supérieure.* » (Cf. avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi initial).

La loi retient donc une solution guidée par le principe de séparation des pouvoirs en décidant que l'autorisation sera bien délivrée par une autorité judiciaire ou juridictionnelle et non par une autorité administrative ou gouvernementale. Toutefois, la loi précise que cette autorisation est précédée (à titre obligatoire) d'un avis du garde des sceaux, ministre de la Justice, à qui la demande d'autorisation doit être adressée.

Le mécanisme retenu paraît ne pas respecter la séparation des pouvoirs telle que rappelée par le Conseil d'Etat :

- D'une part en imposant que la demande soit adressée au ministre de la Justice qui est une autorité administrative et gouvernementale,
- D'autre part en ne permettant pas à l'autorité judiciaire ou juridictionnelle, compétente pour autoriser l'enregistrement, de délivrer cette autorisation au cas où le ministre de la Justice aurait décidé de ne pas lui transmettre son avis à la suite d'une demande pourtant formalisée auprès de lui. Les dispositions prévues ne permettent pas en effet de délivrer l'autorisation en cas de silence gardé par le ministre. En sorte qu'il est ainsi loisible à une autorité gouvernementale de bloquer la demande. La règle selon laquelle le silence gardé pendant deux mois par l'administration vaut décision de rejet n'est sur ce point d'aucune utilité puisqu'il ne s'agit que d'un avis.

Un tel mécanisme serait totalement inenvisageable pour le filmage, l'enregistrement et la diffusion des débats parlementaires, ou encore des débats devant le Conseil Constitutionnel, en application évidente du principe de la séparation des pouvoirs.

Très concrètement, l'USM a eu connaissance que certaines demandes de tournage dans les tribunaux ont été récemment refusées par le ministère de la justice. Des équipes de magazines très populaires comme « Envoyé Spécial » ou « Complément d'enquête » ont ainsi fait l'objet de tels refus, sans plus d'explications, alors même que le projet de loi était en cours de débats et que le ministre affirmait dans la presse sa volonté de filmer les procès pour rapprocher la justice des citoyens.

L'autorité judiciaire, objet du titre VIII de la constitution, constitue un pouvoir public dont les missions ou activités, à les supposer filmées, enregistrées ou diffusées, doivent s'exercer dans le plein respect des principes de la séparation des pouvoirs.

Par suite les mots suivants, qui figurent à l'article 1er du projet de loi, **paraissent contraires à la constitution :**

- ***« La demande d'autorisation d'enregistrement et de diffusion est adressée au ministre de la justice »,***
- ***«après avis du ministre de la justice ».***

A tout le moins, **ces dispositions devraient faire l'objet d'une réserve interprétative** de la part du conseil constitutionnel pour indiquer qu'ils doivent s'interpréter comme imposant au pouvoir réglementaire (à qui il reviendra de prendre un décret d'application conformément aux termes du 20ème alinéa de l'article 1er du projet de loi), de préciser dans quel délai l'avis du

ministre de la justice soit délivré, faute de quoi cet avis serait réputé négatif, permettant alors à l'autorité compétente de statuer librement sur la demande d'autorisation. Pour être pertinent au regard des contraintes des journalistes, ce délai doit être très inférieur au délai de deux mois valant rejet implicite.

Céline PARISOT
Présidente de l'USM

UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS
18 rue de la Grange Batelière - 75009 PARIS
Tél : 01.43.54.21.26
contact@union-syndicale-magistrats.org
www.union-syndicale-magistrats.org

Paris, le 15 décembre 2021

Objet : Courrier complémentaire aux observations de l'USM du 29 novembre 2021 concernant l'examen de **la loi « confiance dans l'institution judiciaire »**

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs,

A la suite de la conférence de presse du Garde des Sceaux de ce lundi 13 décembre, nous nous permettons de vous adresser un bref complément à nos observations.

En effet, lors de cette conférence de presse (cf. en pièce-jointe), le directeur des Services Judiciaires a décliné différents éléments démontrant à quel point le texte qui vous est soumis est contraire à une bonne administration de la Justice.

Tout d'abord, le Directeur des Services Judiciaires a indiqué que le taux actuel des vacances de postes de juges des libertés et de la détention, qui seront davantage sollicités avec l'extension de la protection du secret aux simples consultations juridiques des avocats, ainsi qu'aux documents trouvés hors du cabinet d'avocat, atteint 15,2 % (p. 5).

La loi adoptée a ainsi aggravé, de façon périlleuse, la charge de ces magistrats dont les effectifs sont d'ores et déjà insuffisants pour accomplir leur mission, laquelle a été récemment alourdie par les recours sur les conditions indignes de détention et par les recours sur les situations d'isolement et de contention à l'occasion de soins psychiatriques contraints.

Ensuite, cette réforme n'a visiblement pas fait l'objet d'une évaluation sérieuse et complète alors qu'elle va entraîner un accroissement conséquent des besoins en juges d'instruction (cf. nos précédentes observations).

Monsieur le président du Conseil Constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les conseillers du Conseil Constitutionnel,
Monsieur le secrétaire général du Conseil Constitutionnel,
02 rue de Montpensier
75001 PARIS

La direction des Services Judiciaires indique (pp. 5-6) que la refonte de **la circulaire de localisation des emplois (CLE), destinée à prendre en compte les évolutions législatives récentes, n'a pas réellement commencé**. La direction des Services judiciaires ajoute qu'il faudra au minimum trois ans, voire quatre ans, pour connaître précisément les besoins. Concrètement, à ce premier délai, il faudra ajouter le temps nécessaire au recrutement, puis à la formation de ces futurs magistrats instructeurs, soit un nouveau délai de trois ans (la durée de la formation étant de 31 mois).

Dès lors, s'agissant de la limitation dans le temps des enquêtes préliminaires (« délais couperets »), la période transitoire de trois ans prévue par la loi s'avère totalement insuffisante, de l'aveu même du ministère de la Justice, et l'atteinte aux objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de lutte contre la fraude fiscale est donc bien réelle.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les conseillers, en l'assurance de ma respectueuse considération.

Céline Parisot

Présidente de l'USM

P.-J : discours de la conférence de presse du Garde des Sceaux du 13/12/2021,
(cf. : www.presse.justice.gouv.fr/communiques-de-presse-10095/communiques-de-2021-12998/conference-de-presse-34223.html)

Conférence de presse

Point de situation dans les services judiciaires

1. **Introduction et retour sur la tribune**

Depuis plusieurs jours, nous entendons beaucoup parler de l'état de notre système judiciaire et au-delà de la justice dans notre pays.

C'est une bonne chose : l'institution judiciaire, ses progrès comme les difficultés qui persistent, ses fondements et les principes qui la régissent méritent que la Nation s'en saisisse. Il faut juste le faire dans la clarté : tout débat honnête est particulièrement bienvenu.

Comme vous le savez, un grand nombre de magistrats et des greffiers ont publié une tribune qui témoigne d'un mal-être. J'ai immédiatement reçu certains d'entre eux et échangé avec eux de manière sereine et constructive. J'ai également reçu les quatre conférences de magistrats et les organisations syndicales de fonctionnaires.

Cette tribune détaille les difficultés auxquelles se trouvent trop souvent exposés ces femmes et ces hommes dont l'ambition est de servir le mieux possible la justice.

Leur parole doit être non seulement écoutée mais encore prise en considération.

Plus récemment, des organisations syndicales ont lancé un appel à une journée de mobilisation. Je n'ignore rien des arrières pensées de certains tout comme les tentations d'instrumentalisations dans un contexte pré-électoral. Mais cet appel doit également être entendu et pris en compte.

Avec mon administration, c'est ce que j'entends faire en poursuivant le dialogue, conformément à la règle que j'ai appliquée depuis mon arrivée à la Chancellerie. Je suis pour l'échange d'expérience. Les seules confrontations que j'accepte ce sont celles des idées. Je suis pour le débat apaisé et surtout le sérieux, ce sérieux que nous devons tous à nos concitoyens.

Alors nous allons parler justice.

Comme vous l'imaginez bien, aucun débat ni aucun progrès ne peut être réalisé sans un constat objectif, sans vision claire de ce qui a été accompli, de nos succès comme de nos échecs, et surtout de ce qui reste à faire. C'est ce qu'on appelle l'exigence du diagnostic partagé.
Et ce que je vous propose ce matin, c'est précisément de procéder ensemble à un exercice de vérité. Pour y voir clair, sans travestir la réalité ni davantage l'enjoliver.
Il nous faut d'abord avoir la lucidité de reconnaître les renoncements et les abandons des décennies passées.

Car il faut le dire, la justice a été longtemps abandonnée, 3 fois abandonnée : abandonnée humainement, abandonnée budgétairement, abandonnée politiquement.

Et malheureusement, il suffit de quelques années pour détruire là où il faut le double, voire le triple pour tout reconstruire. Le moment est donc venu de faire le point en toute transparence sur la situation de nos services judiciaires mais aussi sur l'action que nous avons menée depuis 4 ans et demi, sur celle que j'ai conduite depuis mon arrivée à la Chancellerie et sur les perspectives que nous devons ouvrir ensemble.

Ce sont les objectifs de ma présentation qui bénéficiera d'éclairages particuliers présentés par madame la secrétaire générale, monsieur le chef de l'inspection générale et monsieur le directeur des services judiciaires.

2. Retour sur les abandons

➢ Evoquons les abandons humains dans un premier temps

Evoquons les abandons humains dans un premier temps. Ces dernières semaines, beaucoup de choses ont été dites sur l'action du gouvernement notamment en matière de recrutement de magistrats et de greffiers mais aussi sur la façon de traiter ses partenaires, comme par exemple les avocats, au travers de l'aide juridictionnelle ou les experts judiciaires au travers de leur rémunération.

Pour faire un point précis, factuel, sur ces sujets, je vais donner la parole au directeur des services judicaires qui va vous faire une présentation qui remet en perspective l'action menée par les gouvernements successifs ces 15 dernières années. Il sera suivi par une présentation de la secrétaire générale concernant l'aide juridictionnelle.

Mais avant de leur donner la parole, je voudrais préciser la méthode qui va être la nôtre ce matin. J'ai conscience que les chiffres que je donne en interview peuvent parfois paraitre en décalage avec les difficultés rencontrées au quotidien dans les juridictions. Avec cette impression en écoutant certains témoignages que ce qui est décidé, ici, à Paris, ne se traduit jamais sur le terrain.

C'est pour cette raison que nous avons choisi d'isoler un panel de 9 juridictions testes sur les 164. Il faut savoir que les juridictions sont réparties depuis toujours par la Chancellerie en 4 groupes selon l'importance de leur activité comme vous pouvez le voir actuellement. Nous avons exclu Paris, numéro 1 dans le premier groupe en raison de sa spécificité, et avons donc retenu, les numéros 2 et 3 de chaque groupe ainsi que la dernière juridiction du groupe 4, la plus petite de France Mende. Nous étudierons donc : Bobigny, Lyon, Nantes, Meaux, Fort de France, Avignon, Avesnes, Sarreguemines et Mende

- **Point sur les magistrats**

Je passe donc la parole à monsieur le directeur des services judiciaires

Intervention de Paul Huber, directeur des services judicaires sur les ressources humaines en magistrats et greffiers

Les explications que vient de fournir le directeur des services judiciaires font clairement apparaitre qu'il y avait des besoins en magistrats objectivés sur la base d'une clef de répartition sur laquelle nous nous appuyons pour déterminer le taux de vacances.

Ces besoins en magistrats nécessitaient d'importantes création d'emplois qui ont été réalisées au cours du quinquennat nous ramenant aujourd'hui à un taux de vacances globalement résiduel. C'était notre objectif avec la loi de programmation pour la Justice. Nous l'avons atteint.

Toutefois, nous avons encore deux points à améliorer concernant les fonctions de juges de la liberté et de la détention et de juges des contentieux de la protection pour lesquels les taux de vacances sont respectivement de 15,2% et 8,6%.

Mais plus généralement la question qui est aujourd'hui posée est celle d'une refonte de la clef de répartition des effectifs

nécessaires dans les juridictions au regard de l'évolution des contentieux et des fonctions.
Des réflexions ont été engagées de longue date sans produire de résultats et j'ai, dès mon arrivée, demandé au directeur des services judiciaires d'en faire une des priorités de son action.
C'est un chantier qui s'est toujours heurté à des difficultés méthodologiques ou calendaires par le passé. Je souhaite que cet outil voit enfin le jour et je le porte plus que jamais, sans crainte des résultats.

Mais, soyons réalistes, ce chantier réactivé il y a un an et demi ne peut aboutir en quelques mois ou semaines. A cet égard, la Cour des comptes avait estimé à trois années le temps nécessaire à son élaboration.

A titre de comparaison, l'Allemagne, qui s'est dotée d'un tel système, a mis près de quatre ans pour le bâtir. Mais d'ores et déjà dans le cadre de ce travail, le directeur des services judiciaires va interroger les chefs de cour dès cette semaine pour qu'ils lui indiquent les besoins en magistrats, précis et documentés par fonction, qu'ils estiment nécessaires en complément de ceux qu'ils ont déjà signalé lors des dialogues de gestion annuels.

Ce dossier est essentiel et prioritaire. Il avance et s'accélère sous mon impulsion, il sera enrichi par les préconisation des états généraux dont nous reparlerons dans quelques instants, mais tout

cela ne peut être fait qu'avec rigueur et méthode pour que le résultat et les demandes qui en découleront soient incontestables.

D'ores et déjà pour permettre l'arrivée au plus tôt, compte-tenu des 31 mois de formation, des premiers renforts nécessaires de magistrats, **je vous annonce que le nombre d'auditeurs recrutés en 2022 sera de 380. Cet effort est amplifié toujours en 2022 par l'ouverture de 80 postes au concours complémentaire** qui permettra une arrivée en juridiction en 2023.

- **Point sur les greffiers**

Dans les greffes qui sont un élément indispensable au bon fonctionnement de notre Justice que je veux saluer, le directeur vient de rappeler le taux de vacances des greffiers. Nous avons réussi à le réduire mais j'ai conscience qu'il est encore trop important et qu'il nous faut poursuivre les recrutements bien au-delà de 2022. Pour autant et dans le cadre de la justice de proximité sur laquelle je reviendrai, des renforts ont été envoyés dans les services de greffe.

- **Point malaise / mal-être**

Pour revenir à la tribune, elle fait état de certaines situations de souffrance et de malaise. Le directeur des services judiciaires va tenter d'apporter quelques éléments d'objectivation de ces situations.

Intervention de Paul Huber, directeur des services judicaires sur les démissions magistrats, les greffiers et le nombre de suicides

Voilà donc ce que nous pouvons objectiver. J'entends cependant le mal-être exprimé par certains. Pour y répondre, nous allons mettre en place au plus tôt des psychologues dans chacune des cours d'appel au-delà du numéro vert qui existe déjà 7jrs/7, 24h/24 sur lequel nous allons davantage communiquer pour qu'il soit plus souvent utilisé.

Par ailleurs, pour venir en soutien des jeunes magistrats qui sont nombreux à avoir signé la pétition, nous allons généraliser une bonne pratique de la cour d'appel de Besançon qui a mis en place un « parrainage » des jeunes magistrats qui fonctionne sur la base du bénévolat. Ce tutorat sera mis rapidement en place avec l'ENM.

Enfin, pour améliorer le bien-être au travail, les conditions matérielles du quotidien, et pour que ce soit fait avec souplesse et rapidité sans suradministration, j'ai demandé au directeur des services judiciaires de déléguer à chacune des juridictions un budget dédié et autonome.

Et concernant les audiences tardives, je souhaite objectiver ce sujet et je demande au directeur des services judicaires de se

rapprocher des chefs de cour pour avoir des éléments précis sur lequel m'appuyer pour prendre d'éventuelles décisions

- **Point sur les partenaires de justice**

Pour finir ce point concernant le budget, je n'oublie pas également nos partenaires et je cède la parole à la secrétaire générale pour vous faire un point précis sur ce sujet.

Présentation de Catherine Pignon, secrétaire générale sur l'aide juridictionnelle (AJ)

Je crois que les chiffres parlent d'eux-mêmes. Nous avons été au rendez-vous tant sur l'augmentation du budget de l'aide juridictionnelle que sur sa facilité d'accès.
Le déploiement du nouveau système d'information de l'aide juridictionnelle que nous avons lancé améliore considérablement le quotidien des juridictions et des justiciables.

- **Evoquons les abandons budgétaires dans un second temps.**

Evoquons les abandons budgétaires maintenant. La situation budgétaire de notre ministère est claire. Notre budget en 2022 sera de 8,9 milliards d'euros. Il était en 2017 de 6,8 milliards d'euros. Cela représente donc une augmentation de plus de 30% sur ce quinquennat. Mais si l'on prend un peu de recul, pour remettre ces chiffres en perspective, vous voyez les

augmentations successives du budget du ministère de la justice depuis 2007.

Que note-t-on ? Que les 3 budgets les moins importants du ministère sont ceux de de 2014, 2015 et 2016 respectivement à 1,7%, 2,3% et 1,3% sans susciter à l'époque de contestations. Et les 2 plus fortes hausses sont celles de ces deux dernières années avec deux fois +8%.

Faisons maintenant un focus sur les budgets des services judiciaires mais aussi sur les montants accordés à nos partenaires :

Intervention de Paul Huber, directeur des services judicaires sur l'approche budgétaire des services judiciaires, les revalorisations des expertises judiciaires et les délégués du procureur

Ces progrès incontestables qui vous ont été présentés tranchent avec le constat fait par un de mes prédécesseurs Jean-Jacques Urvoas qui avait parlé de clochardisation de la justice. Je l'ai vu en tant qu'avocat. Des services qui étaient tendus humainement pour les raisons que nous avons évoquées précédemment ont reçu un coup de grâce. Sous notre quinquennat, je n'hésite pas à dire que beaucoup de chose ont été faites. Qu'il s'agisse purement de budget, d'informatique ou de bureautique, la marche que nous avons dû franchir était considérable ! Précisément sur ces aspects logistiques, faisons le point avec la secrétaire générale.

Intervention de Catherine Pignon, secrétaire générale sur l'approche informatique

J'ai entendu les doléances et critiques concernant Cassiopé et la complexité de son utilisation. C'est pourquoi **j'ai demandé aux directions de faire un travail d'expertise sur le terrain qui commencera cette semaine pour remédier à ses difficultés chroniques.** Oui, bien sûr, du travail reste à faire, mais tout de même, prenons un peu de recul. Des chantiers qui auraient dû être lancés au tournant des années 2010 ne l'avaient toujours pas été à notre arrivée. Avant même de penser aux logiciels informatiques, songez que la fibre optique n'existait quasiment pas dans nos locaux.
Sur ces sujets, nous avons progressé et nous avons réparé les urgences les plus criantes. Je crois que ce que nous venons de voir le démontre. Lorsque nous sommes arrivés, la Justice était en état d'urgence absolue.

Focus sur le rapport de la CEPEJ
Ces derniers mois, ces dernières semaines, de très nombreuses personnes, parfois même vous, vous appuyez sur le rapport de la commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe pour pointer du doigts les dysfonctionnements de la justice française. Même si bien sûr, nos efforts doivent-être maintenus, je veux soulever devant vous 2 points :

1. Le rapport mettrait en évidence un manque flagrant de magistrats en France par rapport à ses voisins européens. La France compterait ainsi 10,9 juges pour 100 000 habitants. Un nombre bien inférieur à la moyenne des États membres du Conseil de l'Europe située à 21,4.
   Bien évidemment je ne me risquerai pas à analyser ce chiffre, je souhaite simplement appeler votre attention sur la note publiée par la cour des comptes en octobre 2021 intitulée « Améliorer la gestion du service public de la justice ». Voici ce qu'on peut-y lire : « **Les comparaisons entre le nombre de juges professionnels doivent cependant être prises avec prudence** (en moyenne 21 juges pour 100 000 habitants dans les pays européens et 11 en France).
   D'une part, elles ne tiennent pas compte de l'emploi de juges non professionnels, qui assurent en France le traitement des affaires relevant du droit du travail et du droit commercial.
   D'autre part, l'étude de la CEPEJ montre que le système juridique des pays influe fortement sur le nombre de juges (les pays d'influence germanique ont ainsi en moyenne plus de 20 juges pour 100000 habitants, quand les pays d'Europe occidentale et méridionale, dont le système juridique est inspiré du droit nordique, de la common law et du droit napoléonien, en comptent entre 10 et 20). » Tout n'est donc pas si évident.
2. Par ailleurs, sur le montant dédié à la Justice en France par rapport à l'étranger, cette étude d'octobre 2020 est souvent mentionnée. Elle rappelle aussi que la France ne consacre

que 69,51€ par habitant à son système judiciaire, bien en-deçà de la moyenne européenne. Mais peut-on préciser que ces données statistiques ont été réalisée sur la base de données datant de... 2018 ! Depuis le budget du ministère de la Justice a augmenté de +25% !
C'est donc une affirmation qu'il convient de conjuguer au passé. Cette étude a pu prendre en compte qu'un seul budget du quinquennat alors même qu'une loi pluriannuelle budgétaire a été votée en 2018, que nous l'avons depuis respectée et dépassée avec des budgets très conséquents. Je l'ai dit en arrivant sur le perron de la Chancellerie, je veux être jugé sur mon bilan. Pas sur celui de mes prédécesseurs.

- **Evoquons enfin les abandons politiques**

J'ai souhaité ce matin aborder également une autre difficulté de la justice : son abandon par de trop nombreuses femmes et hommes politiques. La justice, les magistrats seraient responsables de tous les maux de notre société.
Les injonctions contradictoires de ces hommes et femmes et leur lâcheté parfois pèsent sur l'institution et le regard que porte la société sur elle.

- Lorsque la droite a porté en 2008 le principe des alternatives à l'incarcération, elle a porté un discours de responsabilité notamment pour lutter contre la récidive. Mais c'est cette même droite qui aujourd'hui critique ce dispositif.

- La droite encore a porté les peines planchers mais en même temps avait rendu possible les aménagements de peine pour toutes les peines jusqu'à deux années de prison.
- La gauche de son côté nous accuse de ne pas favoriser assez les politiques de réinsertion.
  Mais c'est bien notre gouvernement qui a embauché 1500 personnes dans les services pénitentiaires d'insertion et de probation de plus soit autant en un quinquennat que nos prédécesseurs en 10 ans.

Ces injonctions contradictoires pèsent sur ceux qui sont amenés à rendre la justice.

- Depuis mon arrivée à la Chancellerie, je me suis efforcé de faire preuve de cohérence car j'ai été témoin en tant qu'avocat de toutes ces injonctions contradictoires. J'ai lancé une grande politique publique dédiée à la justice de proximité et pour la première fois depuis bien longtemps, je me suis efforcé de mettre les moyens correspondants en face de mes injonctions. Ces derniers mois, j'ai beaucoup entendu parler des « sucres rapides » que j'ai envoyé dans les juridictions. Compte-tenu des 31 mois de formation des magistrats, des 18 mois pour les greffiers et de ma volonté d'apporter rapidement des renforts, ils étaient indispensables. Mais permettez-moi d'être clair. Déjà, je souhaite remercier les 2100 personnes que nous avons embauchées et qui concourent, à chaque niveau, à l'œuvre

de justice quotidiennement depuis 1 an. Ce ne sont ni des magistrats bis, ni des greffiers bis mais je trouve que ces dernières semaines singulièrement, leur travail a été dénigré certains les appelants par leur patronyme administratif « les contractuels ».

Ce ne sont pas des catégories juridiques ou pire encore, des rustines comme j'ai pu l'entendre ! Ce sont des femmes et des hommes, juristes assistants ou renforts de greffe qui ont parfois jusqu'à Bac+5, Bac+6 et qui ont été embauchées pour 3 années renouvelables une fois. Ils abattent un travail considérable dans les juridictions aux côtés des magistrats et des greffiers et je veux maintenant y revenir :

- Tout d'abord, la politique publique de justice de proximité pénale. J'ai souhaité que la petite délinquance soit mieux traitée, celle qui pourrit la vie des gens. Plus vite, plus rapidement, plus prioritairement. Il y a un an de cela, j'ai pris une circulaire pour lister les 350 infractions correspondantes. J'ai demandé aux parquets de les cibler mais contrairement à mes prédécesseurs, je ne leur ai pas demandé de le faire à moyens constants. Nous avons recruté 1100 personnes, juristes assistants et renforts de greffes. En parallèle, nous avons augmenté le budget permettant d'embaucher davantage de délégués du procureur ou de leur permettre de travailler plus comme cela a été dit. Et un an après, les résultats sont là. J'aurais l'occasion de le détailler dans

les prochaines devant le Parlement à l'occasion de la présentation du rapport de politique pénale.

- Ensuite, sur la justice de proximité civile.

L'une des principales difficultés exprimées d'ailleurs par nos compatriotes dans différents sondages est la lenteur de la justice notamment à raison des stocks considérables qui se sont empilés. J'ai souhaité prendre ce dossier à bras le corps pour aider les juridictions et les justiciables qui n'en peuvent plus de cette justice trop lente. D'abord, en demandant au Président du tribunal de Bobigny de réaliser un rapport – qui a été mis à la disposition de chacun – avec des recommandations pour accélérer les procédures après un rapport de l'Inspection générale de la Justice sur lequel nous reviendrons dans quelques instants. Mais à nouveau, j'ai appliqué ma méthode. Je n'ai pas demandé aux cours de travailler plus à moyens constants. J'ai signé avec chaque cour d'appel un contrat d'objectifs pour qu'en échange d'emplois, elles s'engagent dans les 3 ans à ramener à un maximum de 6 mois le délai de traitement des affaires. 1000 personnes ont ainsi été recrutées en septembre dernier. 500 avec des contrats de 3 ans. 500 autres pour 1 an afin d'amorcer la pompe.

- Comme vous pouvez le voir, voici les premiers résultats sur nos 9 juridictions tests : A Lyon 26

personnes recrutées en quelques mois seulement ont notamment permis de traiter aux affaires familiales 790 dossiers de plus. A Avesnes-sur-Helpe, 4 personnes ont été embauchées. Sur le contentieux aux affaires familiales, 126 projets de jugement ont été rédigés par une juriste assistante !

- En tout, justice pénale plus justice civile de proximité, cela représente une augmentation des effectifs hors magistrats de 12% en moins d'un an dans tous les tribunaux de France. Ces résultats à eux seuls démontrent que notre stratégie porte ses fruits. Les premiers résultats sont là ce qui démontre l'utilité de **ces recrutements dont je vous annonce ce matin la pérennisation. 1 414 contrats de 3 ans seront pérennisés et intégreront durablement notre maison. Par ailleurs, nous allons également mettre en place avec l'ENM de courts modules de formations pour ces jeunes qui arrivent en juridiction.**
- Pour revenir sur le sujet des stocks, il s'agit d'une problématique ancienne et préoccupante et je veux maintenant que l'on s'y arrête avec une présentation de Jean-François Beynel, chef de l'inspection générale de la Justice.

3. Focus sur les stocks : le problème de la Justice

Présentation de Jean-François BEYNEL, chef de l'inspection générale de la Justice

Merci monsieur le chef de l'inspection générale pour la franchise de cette présentation.
J'en retiens notamment que pour ce problème ancien, selon votre inspection, l'insuffisance des moyens n'explique que 10% des stocks en appels et près de 1/3 des stocks en première instance. Donc sans sous-estimer ou négliger bien sur la question des moyens, le rapport de l'inspection et les explications qui viennent de vous être présentées font apparaitre que la persistance des stocks de dossiers tient à différentes causes et que leur résorption passe nécessairement par l'activation de plusieurs leviers détaillés dans une des slide de l'inspection générale. Je précise d'ailleurs que ce sujet essentiel des stocks est actuellement expertisé par plusieurs groupes de travail des Etats généraux de la justice.

4. Les Etats généraux, une chance pour l'institution judiciaire

A ce stade de mon intervention devant vous je voudrais vous dire très clairement les choses suivantes. Il y a la sincérité des témoignages qui m'ont été adressés, dont la tribune se fait l'écho, et qui m'engage à poursuivre mon action au service de la Justice. Il y a aussi de la part de certains des prises de positions péremptoires et définitives là où il y a place pour la nuance et le dialogue.

Je crois que l'on peut reconnaître que s'il reste encore beaucoup à faire un grand nombre de chantiers ont été engagés et certains totalement réalisés depuis le début du quinquennat. Le travail continue notamment dans le cadre des Etats généraux.

Toutes les thématiques sont sur la table – la simplification de la procédure pénale, de la justice civile, la justice de protection, la justice pénitentiaire de réinsertion, la justice économique et sociale, l'évolution des missions et des statuts, le pilotage des organisations – mais ces Etats généraux doivent permettre d'aller plus loin, c'est-à-dire de sortir maintenant des postures et des incantations de certains pour se confronter aux modalités concrètes, pratiques, de résolutions des difficultés. La question maintenant est celle du « comment ? » et du « combien ? ». La question n'est pas de savoir s'il faut des magistrats et des greffiers en plus, mais combien il en faut. La question n'est pas de savoir s'il faut simplifier ou pas les procédures civiles ou pénales mais de « comment ? » on les simplifie. Jean-Marc Sauvé qui préside la commission indépendante des Etats généraux de la justice l'a rappelé la semaine dernière, bien évidemment que la question des moyens fait partie des sujets abordés mais je crois que l'exercice de vérité auquel nous procédons aujourd'hui vous démontre que les maux de la justice ne peuvent pas se résumer à la seule question des moyens. Les Etats généraux proposeront un certain nombre de solutions que nous mettrons en œuvre dès la restitution des travaux par le comité.

- **Conclusion**

En conclusion mesdames et messieurs, permettez-moi d'avoir un mot personnel à l'attention des magistrats, des greffiers, des fonctionnaires qui nous écoutent, où qui nous écouterons :
ici, place Vendôme, à la Chancellerie, vous n'avez que des alliés.
Car nous travaillons tous pour la Justice de notre pays.

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messienrs les Membres du Conseil constitutionnel

2, rue Montpensier
75001 Paris

Paris, le 3 décembre 2021

Objet : contribution extérieure daus le cadre de l'examen constitutionnel de la loi *pour la confiance dans l'institution judiciaire*

Monsienr le Président dn Conseil constitutionnel,

Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitntionnel,

Nous, Syndicat de la magistrature, vous adressons ce jour notre contribution (dite « porte étroite ») dans le cadre de la saisine en date dn 19 novembre 2021 par Monsieur le Premier ministre, en application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, sur la loi *pour la confiance dans l'institution judiciaire*.

Nons avons alerté le Iégislateur à travers la communication d'observations détaillées sur les effets prévisibles de ce texte au préjudice tant des acteurs judiciaires que des justiciables.

En complément de cette démarche, nons faisons ici le constat que plusieurs dispositions portent atteinte à plusieurs normes de référence, et paraissent donc non conformes à la Constitution.

C'est l'objet des observations que nous vous transmettons par la présente.

DISPOSITIONS RELATIVES À LA PROCÉDURE PÉNALE

ARTICLE 2 (Ouverture an contradictoire et limitation de la durée des enquêtes préliminaires) - Violation du principe constitutionnel d'égalité devant la loi, des principes constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, et du droit à un procès équitable

Par sa décision n° 2009-590 DC du 29 octobre 2009, appliquant à la justice le principe constitutionnel d'égalité, le Conseil constitutionnel a considéré que « ... *si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que les différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales* ».

Au terme de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel considère « *qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des*

formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

Enfin, l'article 34 de la Constitution confie au seul législateur la fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la création de uouveaux ordres de juridictions, ainsi que la procédure pénale.

L'article 2 de la loi introduit un mécanisme de délais butoirs concernant la durée de l'enquête préliminaire, ainsi que des dispositions permettant aux personnes mises en cause, dans certaines conditions, de consulter la procédure et de formuler des demandes.

Sur le premier point, le Syndicat de la magistrature a soulevé contre ces dispositions des arguments de fond : **l'absence d'étude d'impact sérieuse** (concernant les effectifs de parquetiers nécessaires pour répertorier l'ensemble des enquêtes en cours dans les services de police et de gendarmerie, dont nne part n'est pas encore enregistrées dans les juridictions, connaître leur durée, et ensuite surveiller les délais, en l'absence d'outils permettant un contrôle automatisé ; concernant également les répercnssions de ces dispositions sur le nombre d'affaires qui feront l'objet d'une ouverture d'information, et les effectifs nécessaires de juges d'instruction, très largement sous-évalués) a conduit le législateur à voter des dispositions qui vont désorganiser plus encore les juridictions, sans aucun effet positif réel, la durée des enquêtes s'expliquant par les insuffisants effectifs d'enquêteurs et de magistrats.

Sur le second point, le nouveau I de l'article 77-2 du code de procédure pénale est la reprise du II de la version actuelle du même article : conformément aux conclusions de la commission Mattei, l'effet souhaité en plaçant cette disposition en tête d'article paraît être de poser plus clairement le principe d'une « normalisation » du contradictoire dans le régime de l'enquête préliminaire. La nouvelle rédaction ajoute une condition qui ne figurait pas dans la précédente version : le procureur peut ouvrir le contradictoire à tout moment « *s'il estime que cette décision ne risque pas de porter atteinte à l'efficacité des investigations* ».

Aucune condition n'est posée, en revanche, pour imposer l'ouverture d'une fenêtre de contradictoire en fonction de certains critères, qui président notamment à l'ouverture du contradictoire pendant une information judiciaire. Or, il sera presque toujours possible de considérer que l'accès au dossier ne peut être ouvert en raison du risque d'atteinte à l'efficacité des investigations, tant que l'enquête est en cours : le critère n'est pas le bon, ou en tous les cas ue peut être posé de manière unique. **La nécessité d'une ouvertnre du contradictoire ne résulte pas, au regard des principes du procès équitable, du fait qne plus aucune investigation ne serait susceptible de justifier de la maintenir secrète, mais de l'existence de charges suffisautes imposant qne la personne soit mise en mesure de se défendre**.

Ce régime juridiqne bancal du contradictoire pendant l'enquête préliminaire, par ailleurs posé comme une possibilité à la carte laissée à l'appréciation du procureur, est une bizarrerie qui résulte directement du fait qu'aucun juge du siège n'intervient par un contrôle de proportionnalité (et non de l'enquête elle-même) pour vérifier si les conditions sont réunies pour une ouverture dn contradictoire.

Le second alinéa **liste par ailleurs, de manière nouvelle, le type de demandes qui peuvent être formulées après l'ouverture de l'accès au dossier, précédé de l'adverbe « notamment », consacrant là aussi de manière incongrue un droit « flou » en matière de procédure pénale** : « *Ces observations peuvent notamment porter sur la régularité de la procédure, sur la qualification des faits pouvant être retenue, sur le caractère éventuellement insuffisant de l'enquête, sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes qui seraient nécessaires à la manifestation de la vérité et sur les modalités d'engagement éventuel des poursuites ou le recours éventuel à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ».

De manière restrictive par rapport à la rédaction actuelle du III de l'article 77-2 du du code de procédure pénale, ces dispositions ne prévoient précisément que la possibilité de formuler des observations et non des

demandes d'acte. Il est vrai que la notion de demande d'acte, prévue à l'instruction, est peu adaptée à la procédure d'enquête préliminaire dans laquelle aucun juge n'est susceptible de statuer sur une demande. Mais les observations peuvent en revanche porter sur « la uécessité de procéder à de nouveaux actes qui seraient nécessaires à la manifestation de la vérité ». **Là encore, un bel exemple de droit flou : il s'agit davantage de permettre une sorte de discussion entre les parties que de créer des droits sanctionnés par des règles de procédure**. Pour faire bonne mesure, l'énumération non exhaustive des points sur lesquels peut porter cette discussion comporte aussi le souhait qu'il soit recouru à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) : tout se passe comme si la logique de négociation informelle entre les parties prévue dans le cadre de la CRPC était finalement importée pendant l'enquête préliminaire.

Dans ces conditions, il est évident que certains justiciables, qui ont des moyens plus importants que d'autres ponr se défendre, pourront faire jouer à plein les possibilités ouvertes par ces dispositions afin d'engager avec le procureur des échanges éventuellement fructueux pour faire valoir lenrs droits. **En revanche, aucune garantie réelle, aucun droit nouveau ne ressort de ce texte pour l'ensemble des justiciables**. Par ailleurs, il est permis de s'interroger snr les conséquences procédurales potentielles créées par le texte : s'agit-il, comme nous le pensons, de droits en option, onvert pour une minorité de justiciables, et dont le non-usage par le procnreur ne sera pas susceptible d'être sanctionné ? Ou bien ponrra-t-on venir soutenir, devant le tribunal, que le procureur n'a pas fait usage de ces dispositions permettant de donner nn accès au dossier préalablement aux poursuites et a ainsi porté atteinte aux droits de la défense ? Le risque est fort, dans tous les cas, que le procureur ne se sente, en raison du champ forcément limité de l'application de ces dispositions résultant de ses faibles moyens, obligé de ne le faire que dans les dossiers à plus fort risqne de contentieux, c'est-à-dire précisément ceux dans lesquels les justiciables sont assistés de manière active d'un ou plusieurs avocats.

Si la précédente réforme de l'article 77-2 pouvait s'entendre comme une timide avancée destinée à « tester » l'ouverture du contradictoire dans l'enquête préliminaire, les modifications envisagées plusieurs années plus tard tendent à poser cette ouvertnre en principe général, sans pour autant caractériser dans quelles conditions et selon quels critères. **À ouvrir des possibilités sans poser des critères fermes, à rester dans le domaine d'un droit « flou », ces dispositions ne garantissent pas l'égalité devant la loi des justiciables ni le droit à un procès équitable et ouvrent la porte à des risques procéduraux accrus.**

<u>Le nouveau II de l'article 77-2 du code de procédure pénale</u> reprend, en les modifiant, les dispositions qni figurent actuellement dans le I de l'article 77-2.

Il élargit le champ des actes ouvrant droit, pour la 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, à obtenir un accès au dossier, et à formuler des observations. Auparavant réservé à la personne ayant fait l'objet d'une audition libre ou d'une garde à vue, ce droit est ouvert à la personne chez laquelle il a été procédé à une perquisition depuis au moins un an, et « *s'il a été porté atteinte à la présomption d'innocence de la personne par un moyen de communication au public. Le présent 3° n'est pas applicable lorsque les révélations émanent de la personne elle-même ou de son avocat, directement ou indirectement, ou que l'enquête porte sur des faits relevant des articles 706-73 ou 706-73-1 ou relevant de la compétence du procureur de la République antiterroriste* ».

Il convient d'abord de relever, **dans un souci de cohérence des régimes de l'enquête pénale, qu'avec de telles dispositions, les conditions d'accès au dossier ne seront pas, pendant l'enquête préliminaire et pendant l'instruction, identiques au regard de la lourdeur des charges accnmnlées contre la personne qui fait l'objet de la procédure** : elles sont proches lorsque de simples indices existent, mais la protection existant pendant l'instruction lorsque des indices graves et concordants sont réunis ne se retrouve pas pendant l'enquête préliminaire. Pendant l'enquête préliminaire, l'accès au dossier peut être ouvert pour la personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction punie d'nne peine privative de liberté, mais cette condition n'est pas impérative puisque le procureur peut encore refuser la demande de communication du dossier, par décision motivée (alors que cette décision n'est pas ni écrite ni motivée pour le moment). Pendant l'instruction, lorsque de simples indices existent, la personne a accès au dossier uniquement si le juge d'instruction choisit

de l'entendre lui-même (en qualité de témoin assisté). Il existe donc, dans les deux régimes de l'instruction et de l'enquête préliminaire, une possibilité de ne pas donner l'accès à la procédure aux personnes contre lesquelles sont réunis des indices simples. En revanche, pendant l'instruction, les indices graves ou concordants contre une personne imposent l'accès à la procédure, la personne mise en examen ayant accès sans condition à la procédure et la mise en examen ne devant pas être, en principe, tardive lorsque les conditions en sont réunies. Pendant l'enquête préliminaire, en l'absence de critère posé concernant les indices graves ou concordants, il est aussi possible de refuser l'accès au dossier aux personnes qui en font l'objet.

Le critère posé permettant au procureur de la République de refuser, par décision motivée, l'accès à la procédure, est seulement celui de l'efficacité des investigations, même critère posé que dans le I du nouvel article 77-2. Ce refus permet de prolonger l'enquête sans accès au dossier pendant six mois. Un délai butoir est fixé, au-delà duquel le procureur de la République ne peut plus refuser l'accès au dossier (deux ans après l'audition libre/garde à vue ou la perquisition).

Il convient de relever que **l'étude d'impact ne chiffre en aucune manière ni le travail supplémentaire engendré pour le parquet par la réponse à ces demandes** (notamment rédaction d'une décision motivée de refus), **ni celui engendré par la tenue d'un registre** comportant les délais au-delà desquels il devra, en cas de refus, mettre in fine la procédure à disposition après une perquisition ou une audition libre/garde à vue, étant précisé que le procureur ne peut, après une première demande, repousser le délai avant l'ouverture du contradictoire que de six mois en six mois.

Concernant la nature des actes susceptibles de justifier après un certain délai l'ouverture de l'accès au dossier, **la disposition permettant qu'il puisse être justifié par l'existence d'une fuite dans la presse porte atteinte au principe d'égalité devant la loi.** Les clauses de style écartant ces droits lorsque la fuite provient du mis en cause lui-même ne changent rien à la possibilité, pour les justiciables ayant des relais puissants, de faire fuiter l'information sans pouvoir être identifiés comme étant à l'origine de la fuite.

La possibilité de contester le refus du procureur de la République d'ouvrir un accès à la procédure à la demande du mis en cause devant le procureur général de la cour d'appel tend à donner l'illusion d'un recours juridictionnel alors qu'aucun juge du siège n'intervient ni en première instance, ni en appel. Le recours est porté devant une instance qui a par ailleurs autorité sur le procureur. **Ces dispositions sont contraires aux principes du procès équitable, d'autant que ce recours sera essentiellement formel** : là encore, l'étude d'impact ne chiffre d'aucune manière le surcroit de travail engendré pour le parquet général par ces nouvelles dispositions.

Des aménagements à ces droits sont prévus en matière de criminalité organisée (article 706-73 et 706-73-1 du code de procédure pénale) : la « fuite » n'ouvre pas le droit à l'accès à la procédure, et le procureur peut retarder l'accès à la procédure dans les autres cas (audition/perquisition) non pas de six mois, mais d'un an. Le principe selon lequel il pourrait être fait échec aux droits de la personne à avoir accès aux éléments qui l'incriminent plus longtemps lorsque les faits sont plus graves peut interroger. D'autre part, il est apparemment, aux yeux de la chancellerie, moins grave d'être accusé dans les médias de commettre des faits ressortissants de la criminalité organisée sans avoir accès à la procédure que de commettre des faits de corruption ou d'escroquerie.

Le fait que les différentes exceptions prévues par le texte n'incluent jamais la criminalité économique et financière, alors que la criminalité organisée et le terrorisme bénéficient d'un régime différent, en lien avec la gravité que le législateur attache à ces faits, interroge fortement au regard du principe d'égalité devant la loi : si les délais de la procédure et l'accès au dossier sont différents pour les infractions les plus graves, et dans les enquêtes les plus difficiles à mener au regard de la complexité des faits, il est incompréhensible que la même logique ne s'applique pas pour la criminalité économique et financière.

ARTICLE 3 (Perquisition au domicile et dans un cabinet d'avocat, et secret professionnel des avocats) - Violation des principes constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

Les dispositions relatives aux conditions dans lesquelles une perquisition peut être menée au domicile ou dans un cabinet d'avocat posent un problème de clarté de la loi. L'article 3 ajoute en effet, au premier alinéa de l'article 56-1 du code de procédure pénale, la disposition suivante : « *Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203* ».

Nous avons immédiatement soulevé, auprès de la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), le caractère peu compréhensible, parce que tautologique, de cette disposition, les « raisons plausibles de soupçonner d'avoir commis nne infraction » étant une condition dont le sens est assez équivalent au fait d'être « mis en cause », bien qu'elle signifie que de simples indices ue suffisent pas. La DACG nous a indiqué qu'en tout état de cause, ces dispositions n'avaient pas pour objet de faire obstacle à une perquisition chez l'avocat en l'absence de raisons plausibles, dès lors que la perquisition n'était pas justifiée par la mise en cause de l'avocat. Ainsi, une perquisition chez un avocat demeurerait possible dans le cadre d'une enquête mettant en cause un tiers. Les explications dounées par le ministre dans la presse et pendant les débats parlementaires sont cepeudant tout autres : il a été indiqué à plusieurs reprises qu'il ne serait plus possible de perquisitionner chez un avocat dès lors qu'il ne serait pas lui-même mis en cause dans l'enquête. Une telle interprétation, faisaut obstacle aux enquêtes notamment en matière économique et financière, porterait alors atteinte aux objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions. Les débats parlementaires, dans lesquels pourraient être recherchée par la suite, pour appliquer le texte, l'intention dn législateur, ne permettront pas de lever **cette ambiguïté, la lecture littérale du texte ne permettant pourtant pas, en raison du mot « lorsque », d'exclure tonte perquisition en dehors d'uue mise en cause de l'avocat.**

D'autre part, l'article 3 complète les dispositions de l'article 56-1 en ajoutant, à son deuxième alinéa « *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* », les dispositions suivantes « *et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soit saisi et placé sous scellé* ».

Une seule exception est instituée à ce principe général et absolu : un article 56-1-2 nouvellement institué prévoit que le secret professionnel du conseil n'est pas applicable pour certaines infractions économiques et financières limitativement énumérées à la condition que les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établisseut la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions.

En l'absence de précision sur les pièces susceptibles d'être saisies dans l'actuel article 56-1 du code de procédure pénale, c'est la jurisprudence qui fixe pour le moment le droit positif, eu déclinant les principes posés par la loi du 31 décembre 1971 et issus de la jurisprudence de la CEDH. Ainsi, la Cour de cassatiou dans sa décision du 4 octobre 2016 a posé 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 l'infraction* ».

Cette jurisprudence ne faisait ainsi pas obstacle à la saisie de pièces utiles à la manifestation de la vérité couvertes par le secret professionnel du conseil, et posait comme condition à la saisie de pièces couvertes par le secret professionnel de la défense la preuve intrinsèque, contenue dans la pièce, de la participation à une infraction.

Le nouveau régime posé ne prévoit plus aucune exception lorsque la pièce est couverte par le secret professionnel de la défense. Pour en donuer un exemple, un mail découvert au domicile d'un avocat, dans lequel il échangerait avec son client mis en examen, pour s'entendre sur un témoin que l'avocat serait chargé de contacter pour commettre l'infraction de subornation de témoin ne pourrait être saisie, y compris si la perquisition avait été motivée par la plainte du témoin en question contre l'avocat pour cette infraction. En ne prévoyant plus cette exception, le texte constitue ainsi un obstacle important à la recherche de la preuve, contraire aux objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

L'impossibilité de saisir ce type de pièce paraît tellement incongrue qu'il existe un doute sur l'interprétation à donner au texte, la Cour de cassation étant susceptible de considérer que la loi n'interdirait pas la saisie en raison de principes supérieurs applicables qu'elle ferait prévaloir. **Il existe a minima un défaut de clarté de la loi, en ce qu'elle paraît exclure certaines iuvestigations essentielles et poser uu principe d'iupunité dans un cas de figure où il serait iupossible d'apporter la preuve de la participation d'un avocat à une infraction malgré les raisons plausibles existant contre lui.** Si une interprétation stricte du texte devait être retenue, l'interdiction posée serait alors contraire aux objectifs de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Enfin, alors que la loi vient définir **deux régimes juridiques différents selon que le secret professionnel est celui du conseil ou celui de la défense, la distinction entre ces deux notions n'est pas défiuie par le texte , alors même que ses contours ne s'imposent pas de manière claire.**

Le défaut d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi résultant de l'ensemble de ces observations est ainsi total, et serait nne cause d'insécurité juridique patente dans une matière pourtant éminemment sensible.

<u>ARTICLE 10</u> (Facilitation du recours à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) - Violation du principe constitutionnel d'indépendance de la justice de l'article 64 de la Constitution

L'article 10 intitulé « dispositions diverses » modifie l'article 495-15 du code de procédure pénale en prévoyant notamment que le procureur ou le préveuu peut demander, après un déferrement en vue d'une convocation par procès verbal ou une ordonnance de renvoi devant le tribuual correctionnel par le juge d'instruction, à ce que l'affaire soit traitée par la procédure de plaider coupable. Ces dispositions sont applicables tant que le tribunal correctionnel n'a pas examiné l'affaire sur le fond. Elles sont également applicables au stade de l'appel si le prévenu condamné par le tribunal correctionnel a limité la portée de celui-ci aux peines prononcées, lors de la déclaration d'appel ou ultérieurement.

Daus la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, votre Conseil estimait que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité était conforme aux règles coustitutionnelles relatives au procès équitable en relevant notammeut qu'elle ne pouvait pas donner lieu au prononcé de condamnations supérieures à un an d'emprisonnement. Les différentes extensions intervenues depuis ont étendu le champ de cette procédure et la lourdeur des peines qui peuvent être prononcées de sorte que le principe selon lequel elle était réservée à certains cas limités a volé en éclat.

La possibilité pour le parquet de reprendre une procédure au tribunal pourtant valablement saisi par l'acte initial de poursuite constituait déjà une entorse aux principes qui organisent la saisine des juridictions. Il s'agissait cependant pour le parquet de défaire ce qu'il avait lui-même ordonné, en prenant une autre orientation de poursuite qu'initialement décidée. **La nouveauté introduite permet au parquet de ne pas tenir compte d'une décision d'un juge d'iustruction saisissant le tribunal correctionnel - et décidant ainsi, délibérément, de ne pas Iaire usage des dispositions lui permettant d'orienter le dossier en CRPC. Elle constitue cette fois une violation flagrante du principe d'indépendance de la justice.** Une décision motivée d'uu magistrat du siège peut ainsi être purement et simplement annulée par la simple

décision d'un magistrat du parquet, à son initiative ou à celle du prévenu. Cette disposition encourt la censure en application du principe d'indépendance de la justice.

Ce texte entre par ailleurs en contradiction avec l'article 180 du code de procédure pénale qui dispose que « *dans les cas de renvoi, soit devant le tribunal de police, soit devant le tribunal correctionnel, le juge d'instruction transmet le dossier avec son ordonnance au procureur de la République. Celui-ci est tenu de l'envoyer sans retard au greffe du tribunal qui doit statuer. Si la juridiction correctionnelle est saisie, le procureur de la République doit faire donner assignation au prévenu pour l'une des plus prochaines audiences, en observant les délais de citation prévus au présent code* ». Le législateur, en n'ayant pas prévu l'articulation de ces dispositions, qui obligent le parquet à délivrer une assignation au prévenu, avec la faculté nouvelle d'orienter la procédure en CRPC, a porté **atteinte au principe de clarté de la loi**.

DISPOSITIONS RELATIVES AUX JURIDICTIONS CRIMINELLES

ARTICLE 7 (Généralisation de l'expérimentation des cours criminelles départementales) - Violation de l'article 37-1 de la Constitution relatif aux expérimentations

Avant la réforme constitutionnelle issue de la loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 (récemment modifiée par le loi organique du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en oeuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution), les jurisprudences constitutionnelle (CC, 28 juillet 1993, n° 93-322 DC) et administrative (CE, AG, 24 juin 1993, n° 353605, GACE, 3e ed., n° 22, p. 245 ; CE, 18 décembre 2002, Conseil national des professions de l'automobile e.a., n° 234950, Rec.) ont admis qu'une autorité détentrice d'un pouvoir normatif procède à une expérimentation, en édictant provisoirement une norme différente, ne s'appliquant qu'à un échantillon.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a donné un double ancrage constitutionnel aux expérimentations.

D'une part, l'article 37-1 reprend la jurisprudence antérieure, en précisant que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

D'autre part, le quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution permet une forme d'expérimentation qui avait été jugée antérieurement contraire à la Constitution (CC, 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC). Il autorise le législateur à habiliter des collectivités territoriales à déroger, à titre expérimental, à des dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Il dispose que les collectivités territoriales ou leurs groupements « *peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

Aucun domaine de politique publique ne paraît exclure par principe le recours à des expérimentations. Ainsi, à ce jour, ni le Conseil constitutionnel (pour une expérimentation concernant la composition de juridictions pénales, v. CC, 4 août 2011, n° 2011-635 DC, cons. 17 à 20), ni le Conseil d'État (pour la matière pénale, v. CE, AG, 8 octobre 2013, n° 387918) n'ont exclu a priori une matière du champ de l'article 37-1 de la Constitution.

C'est ainsi que l'article 63 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* a autorisé sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution l'expérimentation pour trois ans de la création de cours criminelles départementales. **A ce jour, quinze départements expérimentent les cours criminelles départementales depuis le 13 mai 2019 et l'expérimentation est applicable jusqu'au 13 mai 2022 pour les personnes mises en accusation jusqu'au 13 mai 2021.**

Les cours criminelles sont des juridictions de première instance compétentes pour les crimes punis de 15 ou 20 ans de réclusion criminelle, commis par des personnes majeures qui ne sont pas en état de récidive légale.

La cour est composée de cinq magistrats parmi lesquels peuvent siéger, dans la limite de deux, un magistrat à titre temporaire et un magistrat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles.

Le III de l'article 63 de la loi du 23 mars 2019 dispose que : « ***Six mois au moins avant le terme de l'expérimentation, le Gouvernement adresse au Parlement un rapport procédant à son évaluation.*** *L'ensemble des acteurs judiciaires est associé à cette évaluation. Cette évaluation est étendue, sur le fondement du principe de bonne administration de la justice, aux modalités d'accès à l'instruction et aux conséquences de celles-ci tant pour les victimes et les mis en cause qu'en matière de gestion des personnels, d'activité des juges d'instruction des pôles d'instruction seuls compétents sur le ressort des tribunaux de grande instance sans pôles d'instruction* ».

En l'espèce, au-delà du caractère historique de la réforme envisagée - visant un héritage post-révolutionnaire incarnant une justice « à hauteur d'homme » -, c'est à rebours des mesures législatives sus-visées que le présent projet de loi prévoit la généralisation, à compter du 1er janvier 2022, de ces juridictions sur l'ensemble du territoire sans attendre le terme de l'expérimentation et sans que l'évaluation prévue n'ait été réalisée. Le Gouvernement s'appuie notamment sur deux rapports pour justifier sa décision de ne pas avoir procédé à cette évaluation, la « mission flash » de la commission des lois du 16 décembre 2020 d'une part et le rapport « cours d'assises et cours criminelles départementales » remis en janvier 2021 au Garde des sceaux par la commission présidée par Jean-Pierre Getti, d'autre part. Or, aucun de ces deux rapports ne peuvent être considérés comme remplissant l'objectif fixé par la loi du 23 mars 2019, les deux reconnaissant par ailleurs qu'il est trop tôt pour tirer des conclusions définitives sur l'expérimentation.

La commission Getti exprime également une méfiance concernaut une généralisation pour le moins prématurée des cours criminelles départementales. Le rapport souligne ainsi : « *Dresser un bilan de l'activité des cours criminelles départementales, conformément à la lettre de mission du garde des Sceaux, apparaît peu aisé en raison de l'absence de recul (...). En effet, d'une part, l'expérimentation est encore trop récente pour être véritablement probante, et il est, à ce stade, difficile d'en tirer des conclusions significatives quant à la gestion des stocks de dossiers et à la qualité des débats. D'autre part, les juridictions sélectionnées étant de tailles diverses, les moyens et procédures mis en œuvre pour mener l'expérimentation, sont difficilement comparables* ». La commission « *estime ne pouvoir se prononcer tant que l'expérimentation est en cours. Un recul est indispensable pour apprécier l'impact de cette réforme, surtout, à ce stade, en terme de mobilisation de magistrats* ».

Dans la même logique, le Conseil d'Etat souligue, dans son avis sur le projet de loi du 8 avril 2021, les diverses malfaçons qui ont émaillé ce processns législatif qui pousse le gouvernement à méconnaître les dispositions qu'il a lui même fait adopter. Le Conseil d'État ne manque ainsi pas de souligner que **le bilan de l'expérimentation jusqu'alors menée ne comporte pas les données nécessaires** « ***pour évaluer qualitativement les résultats de l'expérimentation, apprécier si les objectifs fixés ont été atteints et adapter si nécessaires la généralisation*** ». Il ajoute qu'il n'est par exemple pas possible de mesurer l'effet de la création des cours criminelles sur la « dé-correctionnalisation » dans leur ressort et d'anticiper sur le volume des affaires dont les cours auront à connaître, ni par conséquent sur les moyeus nécessaires à leur fonctionnement régulier et pérenne, pas plus qu'il n'est possible d'anticiper sur le nombre d'affaires dont auront à connaître les cours d'assises d'appel.

L'étude d'impact, pourtant obligatoire pour les projets de loi eu vertu de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, pris sur le fondement de l'article 39 de la Constitution, s'avère ainsi partielle. En outre, l'étude d'impact révèle l'utilité du recours à l'expérimentation au motif qu'elle permet « *d'atténuer les incertitudes quant à l'acceptabilité de cette mesure auprès des publics concernés* ».

Il s'ensuit que l'arrêt de l'expérimentation, laquelle s'avère en l'état manifestement incomplète, contrevient à l'article 37-1 de la Constitution, en ce qu'il déroge à l'un des principes essentiels de l'expérimentation, à savoir la fixation d'un délai suffisant pour dégager des résultats probants. En effet, l'évaluation est consubstantielle à l'expérimentatiou, laqnelle doit permettre, au terme d'un délai suffisant, de porter une appréciation éclairée sur l'utilité, la pertinence ou l'efficacité de la mesure expérimentée au regard de l'objectif poursuivi.

Comme le relève le Conseil d'Etat dans son étude sur les expérimentations, « *même si le Conseil constitutionnel juge qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose de déterminer au niveau de la loi les modalités de l'évaluation consécutive à une expérimentation (n° 2016-739 DC, 17 novembre 2016, § 21 à 25),* ***il est nécessaire qu'une expérimentation fasse l'objet d'une évaluation sérieuse. L'institution d'un droit dérogatoire et temporaire pour un échantillon n'est admissible que si l'expérimentation est conduite dans des conditions suffisamment rigoureuses.*** *Les sections administratives du Conseil d'État exigent que le principe d'une évaluation soit prévu dans le texte instituant l'expérimentation (v. CE, AG, 23 novembre 2017, Avis sur un projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, n° 393744, pt. 5). Dans son étude annuelle de 2016, le Conseil d'État a recommandé de prévoir systématiquement un dispositif d'évaluation.* ***Lorsqu'une évaluation a été prévue, le moyen tiré de la méconnaissance de cette obligation est opérant contre le texte qui tire les conséquences de l'expérimentation*** *(CE, 11 octobre 2017, Synd. éducation populaire – UNSA, n° 403855, T.)* » (Les Etudes du Conseil d'Etat, « Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ? », 3 octobre 2019, p. 18).

Plus loin, l'atteinte portée au principe d'égalité étant permise pour les besoins de l'expérimentation, il est justifié de s'assurer que l'autorité compéteute engage effectivement dans une réelle démarche expérimentale.

Dans ces conditions, l'article 7 du projet de loi devra être censuré en ce qu'il méconnaît l'article 37-1 de la Constitution.

DISPOSITIONS RELATIVES À L'EXÉCUTION DES PEINES

ARTICLE 9 (refonte des régimes de réduction de peine) - Violations de l'objectif à valeur constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la loi et du principe de nécessité et de proportionnalité des peines

Sur la violation à l'objectif à valenr constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, il iucombe au législateur d'exercer pleiuement la compétence que lui confie la Constitution et, eu particulier, sou article 34. À cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur coustitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (Conseil Constitutionuel, 99-421 DC du 16 déc. 1999) qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques.

Le double objectif de clarté et d'intelligibilité (bien que leur fondement et leur nature diffèreut) vise à une finalité proche, à savoir « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (Conseil constitutionnel DC n° 2005-512 du 21 avril 2005, cons. 9).

Pour satisfaire à l'exigeuce d'intelligibilité, la loi doit être « *claire* » et doit satisfaire à la « *double exigence de loyauté et de clarté* » (Conseil Constitutionnel, 226 DC du 2 juin 1987, 428 DC du 4 mai 2000).

Eufin, cet objectif commun prohibe la complexité « *inutile* » (Cons. coust., n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, cons. 5) et « *excessive* » de la loi au regard de l'aptitude de ses destinataires (Cons. const., n° 2005-530 DC, 29 déc. 2005, cous. 77.), favorise la simplification du texte législatif (Cons C n° 2004-506 DC, 2 déc. 2004, cons. 5.), et combat la contradiction et l'inintelligibilité (Cons. const., u° 2001-447 DC, 18 juill. 2001, cons. 27.), et il pose simultanément une exigence de précision (Cons. const., u° 2000-437 DC, 19 déc. 2000, cous. 3), préalable uécessaire à l'effectivité de la mise en œuvre de la disposition.

Les dispositions relatives à l'exécution des peines prévoient une refonte du régime des réductions de peine, en mettant fin à la distinction entre crédits de réduction de peine (accordés dès l'entrée en détention et

pouvant être retirés en cas de mauvaise conduite) et réductions supplémentaires de peine, accordées sur appréciation du juge de l'applicatiou des peines en fonction des efforts de réinsertion.

L'objectif de ces dispositions, conteunes initialement dans l'article 9 est, aux termes de l'exposé des motifs, de clarifier le régime des réductions de peine systématique supposé incompréhensible aux citoyens.

La version du texte qui vous est soumise précise : « *Les preuves suffisantes de bonne conduite sont appréciées en tenant compte notamment de l'absence d'incidents en détention, du respect du règlement intérieur de l'établissement ou des instructions de service, de l'implication dans la vie quotidienne ou du comportement avec le personnel pénitentiaire ou exerçant à l'établissement, avec les autres personnes détenues et avec les personnes en mission ou en visite* ».

Ainsi que : « *Les efforts sérieux de réinsertion sont appréciés en tenant compte notamment du suivi avec assiduité d'une formation scolaire, universitaire ou professionnelle ayant pour objet l'acquisition de connaissances nouvelles, des progrès dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, de l'engagement dans l'apprentissage de la lecture, de l'écriture et du calcul, de l'exercice d'une activité de travail, de la participation à des activités culturelles, notamment de lecture, de la participation à des activités sportives encadrées, du suivi d'une thérapie destinée à limiter les risques de récidive, de l'investissement soutenu dans un programme de prise en charge proposé par le service pénitentiaire d'insertion et de probation ou des versements volontaires des sommes dues aux victimes et au Trésor public* ».

Ces précisions ne permettent malheureusement pas de pallier à l'absence de clarté et d'intelligibilité de la loi. En premier lieu, **l'exigence de « loyauté » n'est pas remplie** puisque la situation des établissements pénitentiaires français ne donne pas la latitude aux détenus de choisir de suivre ou non un enseignement, nne formation, de participer à des activités sportives on cultnrelles, ou de travailler puisqne l'« offre » de ces activités est largement dépassée par la demande et les délais d'atteute sont de l'ordre de 8 mois en moyenne. En second lien, **cette énumération porte snr des faits qui ne pourront pas être démontrés par les détenus en demande de réduction de peine** : au-delà des « incidents » qui font l'objet d'un compte-rendu d'incident, voire d'une procédure discipliuaire, et qui peuvent donc être démontrés, le « respect du règlement intérieur de l'établissement on des instructions de service », « l'implication dans la vie quotidienne ou du comportement avec le personnel pénitentiaire ou exerçant à l'établissement, avec les autres personnes détenues et avec les personues en mission ou en visite » ne peuvent être démontrés. Par ailleurs, ce champ est tellement large qn'il n'est pas possible de déterminer à quel type de comportement il est fait référence. La participation d'uu membre dn personnel de surveillance en commission de l'applicatiou des peines, prévue également dans cette nouvelle loi, ne permettra pas de résondre cette difficulté, puisque celni-ci ne sera pas plus en mesure d'apporter des jnstificatifs de cette situation.

S'agissant des efforts sérieux de réinsertion sociale, une partie des éléments énnmérés manque également de clarté puisque le caractère « assidn » dans le suivi d'nne formation, l'« engagement » dans nn apprentissage peuvent difficilement être démontrés, ce d'autant que les détenus ne sont pas entendus systématiquement en commission de l'application des peines.

Par ailleurs **le caractère cumulatif de ces critères, lié à la fusion des deux types de réduction de peine, rend encore moins intelligible ce régime** : c'est la moitié de la peine prononcée qui peut faire l'objet d'uue réduction de peine et cette nouvelle rédaction laisse une latitude telle au juge de l'application des peines que la diversité des éléments sur lesquels appuyer une demande condnit à nn manque évident de clarté des dispositions sur les réductions de peines.

Le législateur l'admet implicitement en ayant ajonté le paragraphe snivant : « *Lors de sa mise sous écrou, le condamné est informé par le greffe des règles afférentes à la réduction de peine prévue au présent article, des critères d'appréciation et d'attribution de cette réduction ainsi que des possibilités de retrait de tout ou partie de cette réduction* ». La nécessité de prévoir expressément une explication par le greffe pénitentiaire (dont l'effectivité reste à démontrer, notamment en l'absence d'accès à un interprète pour les détenns ne parlant pas frauçais), traduit la conscience du législateur pour l'inintelligibilité de ces dispositions pour les justiciables.

Par conséqnent, l'article 9 de la loi relatif à l'exécntion des peines ne respecte pas l'objectif à valenr constitntionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Sur la violation dn principe de nécessité et de proportionnalité des peines, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

Ensuite, l'article 5 de la même Déclaration dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

Il résulte de ces dispositions que le principe de nécessité des peines est constitutionnellement garanti. Il signifie que le législateur incrimine les faits qui lui paraissent suffisamment graves pour justifier d'une réponse pénale et que la sévérité de la peine doit correspondre à la gravité des faits.

Le Conseil constitutionnel estime « *qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, " la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires " ; qu'en conséquence, il appartient au Conseil constitutionnel de vérifier, qu'eu égard à la qualification des faits en cause, la détermination des sanctions dont sont assorties les infractions correspondantes n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation* » (Cons. constit. Déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, cons. 7).

Le Conseil constitutionnel en a déduit que « *si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* » (Cons. constit. Déc. n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017).

Ainsi, le Conseil constitntionnel a pu censurer la pénalité liée au manquement des obligations à la charge d'uue société en matière de recherche d'un repreneur et de consultatiou du comité d'entreprise au motif que la pénalité pouvait « *atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé* » et que dès lors elle revêtait « *un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé* » (Cons. constit. Déc. n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, Loi visant à reconquérir l'écouomie réelle, cons. 23).

L'article 9 comprend une disposition prévoyant la limitation à quatre mois par an de la réduction de peine à laqnelle sont éligibles les condamnés pour agression sur personne dépositaire de l'autorité publique. Elle est issue d'un amendement présenté devant l'Assemblée nationale.

Pour cela, un régime de réduction de peine différencié leur est appliqué, avec nn qnantnm inférieur de moitié qui pent lenr être accordé.

Si le Conseil constitutionnel a pu valider les régimes d'exécution des peines et de réduction de peine différencié (décision DC n° 2007-554) au regard du principe de nécessité et d'individualisation des peines, c'est à la condition que le juge de l'application des peines puisse rendre une décision contraire. Dans le cas de cette disposition, **le pouvoir du juge de l'application des peines d'individualiser la peine est fortement limité puisqu'il ne ponrra accorder des réductions de peine qu'à hauteur de la moitié de ce qui peut être accordé ponr les autres condamnés, quel que soit le comportement on les efforts de réinsertion des condamnés.**

Il s'ensnit que le principe d'individualisation des peines n'est pas respecté par cette disposition.

DISPOSITIONS DIVERSES

ARTICLE 32 bis (Extension de la visioconférence en matière non pénale) - Violation du principe constitutionnel d'égalité devant la justice, des principes constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, ainsi qu'une violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et du principe d'égalité devant le service public de la justice

L'article 32 bis de la présente loi pour la confiance dispose que : « *Après l'article L. 111-12 du code de l'organisation judiciaire, il est inséré un article L. 111-12-1 ainsi rédigé : « Art. L. 111-12-1. – Sans préjudice du code de la santé publique et du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et par dérogation à l'article L. 111-12 du présent code, le président de la formation de jugement peut, devant les juridictions statuant en matière non pénale, pour un motif légitime, autoriser une partie, un témoin, un expert ou toute autre personne convoquée et qui en a fait expressément la demande à être entendu par un moyen de communication audiovisuelle au cours de l'audience ou de l'audition. Les modalités d'application du présent article, notamment les conditions de sécurité et de confidentialité des échanges, sont fixées par décret en Conseil d'État* ».

En d'autres termes, il prévoit qu'en matière dite non pénale, le président d'audience a la faculté, en cas de demande expresse de la personne concernée, pour un motif légitime, d'entendre une partie, un témoin, un expert ou toute autre personne convoquée, par un moyen de communication audiovisuelle.

Cette disposition dont les conditions viennent d'être énoncées constitue une violation dn principe constitutionnel d'égalité devant la justice, des principes constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, ainsi qu'une violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et dn principe d'égalité devant le service public de la justice.

S'agissant du principe constitutionnel d'égalité devant la justice, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, par sa décision n° 2009-590 DC du 29 octobre 2009, appliquant à la justice le principe constitutionnel d'égalité, le Conseil constitutionnel a considéré que « *[...] si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que les différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales* ».

Au terme de la décision n° 2006-540 du 27 juillet 2006 (déjà visée plus haut), le Conseil constitutionnel considère « *qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la déterminatian n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ».

Le principe d'égalité devant la loi se trouve donc remis en cause par cette disposition dès lors qu'elle ouvre la possibilité de mettre dans des positions différentes des parties au cours de l'audience, sans pour autant que ne soit justifiés le besoin de différenciation et la pertinence de celui-ci. Ainsi, aucun élément ne figurant dans cette disposition ne permet de motiver la raison pour laquelle l'une des parties, témoin ou expert, serait déchargée de son obligation de répondre à une convocation, ce qui est alors à mettre en lien avec le principe d'accessibilité et de clarté de la loi, en jeu dans le motif légitime évoqué.

Le principe d'accessibilité, de clarté et d'intelligibilité de la loi est quant à lui remis en cause au regard de la formulation de cet article, notamment du fait que cela concernerait **« la matière non pénale » et l'hypothèse d'un « motif légitime », deux expressions extrêmement imprécises qui ne permettent pas de connaitre clairement le périmètre qui est visé**, s'agissant de la matière, et les hypothèses concernées, s'agissant du

motif. La précision selon laquelle « *Les modalités d'application du présent article, notamment les conditions de sécurité et de confidentialité des échanges, sont fixées par décret en Conseil d'État* » ne permet nullement de rassurer quant au respect de ces principes, les domaines ne connaissant jamais de consécration par des décrets d'application étant nombreux. Par ailleurs, l'existence d'un décret ne saurait aucunement pallier les défaillances d'accessibilité et de clarté de la loi.

S'agissant du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et du principe d'égalité devant le service public de la justice et du droit à un procès équitable, protégé à la fois par le droit constitutionnel et par les dispositions européennes, le droit à un recours effectif à un juge est fondamental. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 de son côté dispose que : « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition fonde la valeur constitutionnelle, notamment, du droit à un procès équitable (décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), des droits de la défense (notamment décision n° 93-326 DC du 11 août 1993) ou du droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014).

La possibilité d'entendre par un système de visioconférence une partie, témoin, expert ou toute autre personne convoquée remet en cause les principes de recours effectif devant un juge, d'égalité devant le service public et de droit à un procès équitable.

Il est en effet particulièrement inquiétant du point de vue du recours effectif et du procès équitable que l'une des parties puisse, pour uu motif uou défini clairement, et à la seule appréciation du président d'audience, ne pas être entendue en personne. L'absence de présentation en personne a en effet, nécessairement des **conséquences sur l'attention faite aux propos et sur la place réelle prise au cours de l'audience**.

En outre, **à aucun mouent, la question du respect du contradictoire face à cette demande n'est mentionnée** de sorte qu'en l'absence de précision, cela reviendrait à ce qu'aucune des autres parties à l'audience ne soient consultées sur cette demande. **Rien n'est précisé, par ailleurs, s'agissant du délai dans lequel une telle demande peut être formulée**. Or, un tel délai conditionne la capacité des autres parties à en être informées et à donner leur position sur cette demande donc à respecter le principe du contradictoire. Cela peut également permettre au président d'audience de ne pas se retrouver devant le fait accompli la veille de l'audience et donc contraint d'accepter et ainsi de s'adapter ou non en terme de salle d'audience, de refuser clairement pour permettre à la partie concernée de se déplacer.

Enfin, aucune voie de recours n'est prévne quant à cette demande d'andition par visioconférence et son exécution potentielle. L'on pent ainsi imaginer dans certains contentieux, avec des positions de force différentes des parties ce qui est fréquemment le cas en matière non pénale, que la partie concernée par l'audition d'un expert soit opposée à ce qne celui-ci ne soit entendu qn'en visioconférence, considérant - de façon compréhensible - que son point de vue sera moins pris en compte s'il ne se présente en personne. Il en est de même pour un témoin potentiel. **Autoriser une audition par visioconférence sans informer les autres parties ni même leur ouvrir une voie de recours pour contester les modalités de cette audition remet ainsi en cause le droit au procès équitable dès lors qu'il laisse au président d'audience seul, sur des demandes formulées avec des critères imprécis, décider de l'impact plus ou moins important du témoignage d'une partie, expert ou témoin et de ses conséquences potentielles sur le délibéré**.

Le maintien de l'oralité des débats est au final en jeu dans cette disposition dès lors que compte tenu des moyens techniques actuels en matière de visioconférence au sein du ministère de la justice, il est à douter que ces audiences pnissent se faire de façon réellement effective et en permettant au président d'audience de calibrer comme il le souhaite l'audience. Les créneaux de visioconférence sont en effet parfois assez rares dans certaines juridictions et dans tous les cas soumis à caution en terme d'efficacité technique. A cet égard, il n'est pas inintéressant de rappeler que le taux de recours à la visioconférence continue d'augmenter, la

cible de 22 % des présentations pour 2020 dans le projet annuel de performance et 25 % pour l'année 2021 étant désormais fixée à 28 % pour 2022 et pire, 30 % pour 2023. Alors que le secrétariat général du ministère de la justice admettait lui-même en 2020 que l'on arrivait à un pallier en matière de visioconférence, dans le sens où la poursuite de son extension ne pouvait que s'avérer néfaste pour la qualité du service rendu, cette volonté du tout numérique continue d'augmenter, malgré nos critiques régulières eu la matière. Le principe de la préseuce physique du justiciable à l'audieuce semble donc devenir marginal par rapport à celui de l'audience par visioconférence pour représenter à l'aube de 2023, selon les prévisions du projet annuel de performance, un tiers des présentations, à rebours de vos dernières décisions en la matière qui ont pourtaut rappelé l'importance de la présentation physique.

Le Syndicat de la magistrature dénonce régulièrement cette évolution majeure - et déshumanisante -, la visioconférence ne permettaut pas un exercice réel des droits de la défense pour le justiciable, compliquaut le déroulement de l'audience (difficultés de communication, coupures, sentiment que le justiciable ne participe pas réellement à l'audieuce). La qualité du service rendu au justiciable, l'amélioration de l'accueil et de l'écoute des justiciables sont en conséquence fortement fragilisées et mises eu doute à l'aune de ces dispositions. Pourtant, l'audience est essentielle à l'accès au droit et à la justice. Elle permet à n'importe quel justiciable, notamment dans le cadre d'une procédure orale et sans représentation obligatoire, d'exposer son litige avec ses propres mots. **L'office du juge est alors de poser les questions utiles à la compréhension et à la qualification du litige, de faire respecter le principe de la contradiction, de tenter de concilier les parties et de rétablir l'équilibre entre des parties inégales notamment en soulevant d'office certains moyens de droit lorsque c'est possible. Par la visioconférence, ces éléments classiques et fondamentaux de l'audience, ne pourront être respectés.**

Pour l'ensemble des motifs susvisés et tous ceux que votre examen révèlerait, nous vous demaudons de bien vouloir déclarer les articles sus-visés (selon la dernière numération uon mise à jour sur les sites des assemblées) de la loi *sur la confiance dans l'institution judiciaire* contraires à la Constitution.

Nous vous prious d'agréer, Monsieur le Présideut, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'expression de notre haute considération.

Katia Dubreuil
Présidente du Syndicat de la magistrature

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CONTRIBUTION EXTERIEURE

POUR : **L'ACE - Avocats, ensemble**
Prise en la personne de son Président, Emmanuel RASKIN
Ayant son siège 23 Rue Lavoisier 75008 PARIS

Représentée par :

SCP Nicolas Boullez
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
17 Boulevard de Beauséjour 75016 PARIS

Et

Maître David Lévy
Avocat au barreau de Paris
19 rue des Petites Ecuries 75010 PARIS

CONTRE : **l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire**

Sur la saisine 2021-830 DC

L'ACE représente l'ensemble du barreau d'affaires français, réunissant notamment les cabinets de conseils d'entreprises de toutes dimensions, français et internationaux, dont l'activité couvre à la fois et conseil et le contentieux en toutes matières.

L'article 5 des statuts lui donne ainsi pour mission :

- d'élaborer toutes propositions et formuler tous avis et observations sur tout texte législatif ou réglementaire ;
- de promouvoir une réflexion permanente sur la pratique juridique et judiciaire et sur les modalités d'exercice de la profession ;
- de prêter son concours à toutes actions susceptibles de favoriser les objectifs de l'Association.

Elle développe les présentes observations afin de voir déclarer contraire à la Constitution, les dispositions de l'article 56-1-2 nouveau du code de procédure pénale créées par l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, adoptée les 16 et 18 novembre par l'Assemblée nationale et le Sénat, ensuite déférée au Conseil constitutionnel, le 22 novembre, par le Premier Ministre, M. Jean Castex.

<u>L'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire</u>

I – Cet article crée notamment un nouvel article 56-1-2 du code de procédure pénale qui dispose :

« ARTICLE 3

Substituer aux alinéas 15 à 17 l'alinéa suivant :

"*Art. 56-1-2. – Dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévues à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévus à l'article 56-1-1, le secret professionnel du*

conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions." ».

Ainsi, alors que la loi du 31 décembre 1971 reconnaissait le secret professionnel de l'avocat « *en toutes matières* », sans distinction aucune entre le conseil et la défense, le nouvel article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire marque une régression puisqu'il précise que le secret professionnel du conseil est inopposable aux mesures d'enquête ou d'instruction diligentées en matière de *fraude fiscale, de corruption, de financement du terrorisme, et de leur blanchiment*, sous réserve que « *les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions* ».

Le texte en cause a naturellement fait l'objet d'une vive opposition de la part des professionnels et, singulièrement, des avocats.

En effet, s'il consacre en apparence le secret de l'avocat en matière de conseil, en introduisant son principe dans l'article préliminaire du code de procédure pénale, le texte marque un véritable recul par rapport au caractère absolu du secret avocat-client, qui ne pouvait connaître d'exceptions, que ce soit en matière de défense ou de conseil.

On comprend que l'article 3 relatif au secret professionnel ait suscité l'opposition du Conseil national des barreaux (CNB) et des ordres d'avocats à la suite de l'adoption de l'amendement gouvernemental dont il est issu. Malgré les manifestations organisées par les barreaux et les syndicats professionnels devant les juridictions,

l'Assemblée nationale et le Sénat, le ministre a refusé de suivre la position du Conseil national des barreaux qui, le 15 novembre 2021, s'était prononcé pour une suppression de l'article 3, à la suite de l'ultimatum posé par le garde des Sceaux dans sa lettre ouverte du 12 novembre (*Gaz. Pal.*, 16 novembre 2021, n° 428z8, p. 7). « *Je prends acte de la position exprimée par le Conseil national des barreaux, mais en conscience et en responsabilité, je veux consacrer avec les parlementaires les avancées* » du texte, a justifié le ministre qui a assuré avoir « *rencontré un nombre de fois extrêmement important les représentants du Barreau pour tenter de cheminer ensemble* »[1].

Les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale créées par l'article 3 seront déclarées inconstitutionnelles ou, à tout le moins, feront l'objet d'une réserve d'interprétation.

En effet, le texte en cause porte atteinte au secret professionnel en tant que droit fondamental des citoyens, lequel devrait être enfin protégé constitutionnellement, à l'égal de l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche et de répression des infractions, dont il est le pendant nécessaire et auquel il ne peut être subordonné (II).

Les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale créées par l'article 3 du projet de loi procèdent également d'une incompétence négative, ses dispositions étant vagues et imprécises, laissant la place à des interprétations, ce d'autant qu'aucun décret d'application n'est prévu (III).

[1] L. Garnerie, « Secret professionnel de l'avocat : le Parlement a tranché », *Gaz. Pal.*, 23 novembre 2021, n° 429j2, p. 5.

<u>La nécessaire protection constitutionnelle du secret</u> professionnel en tant que droit fondamental des citoyens,

II. A) – Ainsi que l'a écrit un éminent publiciste[2], « deux faits récents permettent de révéler le peu de cas que l'État français fait du **secret professionnel des avocats**. *Celui-ci est pour autant la* ***pierre angulaire de ce métier***, tout autant que le secret des sources l'est pour les journalistes. *Il peut être détourné de ses fins par des brebis galeuses, mais il est indispensable à l'exercice de ce métier.*

Les avocats pensaient pourtant avoir, dans un premier temps, gagné une première bataille en obtenant, enfin..., la reconnaissance de ce secret dans le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire. C'était un véritable progrès qu'il fallait saluer, mais qui a été – hélas – en partie "rogné" par un amendement sénatorial, avalisé par la commission mixte paritaire. Celui-ci est venu restreindre considérablement le "secret professionnel de la défense et du conseil" en l'excluant pour l'activité de conseil en cas d'enquête judiciaire pour fraude fiscale, corruption, trafic d'influence et blanchiment de ces délits. Le gouvernement a donc fait prévaloir l'opinion du Parquet national financier sur celle des avocats (…) ».

Selon le même auteur, « *le secret professionnel des avocats est d'un faible poids aux yeux des représentants de l'État. (Cela) devrait pourtant inquiéter tous les citoyens car, dans une démocratie libérale, <u>les avocats sont censés jouer un rôle absolument majeur de protection des droits. On peut même affirmer sans grand risque de se tromper que le niveau de protection des droits des avocats et des journalistes est un bon indicateur d'une démocratie dite "libérale"</u>* »[3] [4] (c'est nous qui soulignons).

[2] O. Beaud, « Le secret professionnel des avocats faiblement protégé. En quoi est-ce un problème ? », *Dalloz Actualité*, 25 novembre 2021.
[3] *Ibidem.*

1) Déontologiquement, les avocats sont effectivement soumis à un secret professionnel absolu.

Ainsi, l'article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat énonçait que « *l'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours* ». Cet article a été abrogé par le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (JO 16 juillet 2005) qui énonce, dans son article 4, que, « *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* ».

Entretemps, une loi n° 2004-130 du 11 février 2004 avait conféré une compétence réglementaire au Conseil National des Barreaux (CNB) pour, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, unifier par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat[5]. Le CNB était intervenu en adoptant un Règlement intérieur unifié (s'appliquant à tous les barreaux). Puis un décret n° 2007-932 du 15 mai 2007 a reconnu au CNB des pouvoirs d'unification plus importants. Le CNB a adopté, le 12 juillet 2007, le Règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat, fondement de la déontologie s'imposant aux avocats. Le RIN a depuis lors fait l'objet de diverses modifications.

Les obligations de secret professionnel figurent à l'article 2 du RIN, qui rappelle tout d'abord les grands principes (2.1. « *L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public, c'est un devoir de son état.*

[5] CE, 15 nov. 2006, *Krikorian*, n° 283475 ; CE, 17 nov. 2004, *Société d'exercice libéral Landwell et associés et Société d'avocats EY Law*, n° 268075 et 268501.

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 »). La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler le caractère absolu du secret professionnel et son absence de limite dans le temps[6]. Ensuite, l'article 2 du RIN précise l'étendue du secret professionnel : 2.2. « *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)* »[7]

Ce même texte précise qu'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. Et l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (JO 5 janvier) portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dispose : « *en toutes matières,* que ce soit dans le domaine du conseil ou dans

[6] Civ. 1ère, 6 avril 2004, *inédit,* pourvoi n° 00-19.245 ; *Gaz. Pal*. 2004. 1, p. 1918, concl. Sainte-Rose.
[7] Rép. Dalloz, Procédure civile, « Preuves », n° 524.

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* » (version L. n° 2004-130 du 11 février 2004, JO 12 février). Cet article a été complété par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 qui prévoit des dispositions spécifiques pour l'avocat qui a la qualité de fiduciaire ou qui est mandataire de sportif. Appliquant l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, la jurisprudence a considéré que le principe du secret absolu des échanges de correspondance entre avocats ne saurait contrevenir aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[8]. Et si la chambre criminelle continue d'opérer une distinction, concernant le secret professionnel imposé à l'avocat, entre activité de conseil et activité de défense (il s'agit à coup sûr d'une interprétation *contra* legem), les chambres civiles, pour leur part, n'opèrent pas de distinction, dans leur consécration de ce secret professionnel[9]. Le Conseil d'Etat a de même reconnu le caractère absolu du secret professionnel dû par l'avocat à ses clients[10].

2) En outre, **l'article 226-13 du code pénal impose le respect du secret professionnel aux avocats** en tant que dépositaires d'informations à caractère secret et de confidences qui leurs sont révélées par leurs clients. Il ne distingue pas selon que ces informations couvertes par le secret ont été obtenues dans le cadre de leur activité de conseil ou de défense.

Certes, ce secret est institué en creux par l'article 226-13 du code pénal à partir de l'affirmation d'un délit de violation du secret professionnel.

Il n'est pas tant destiné à protéger les professionnels auxquels il s'impose – c'est un devoir – que leurs clients pour lesquels il s'agit d'un droit absolu.

---

[8] Civ. 1ère, 27 janvier 2004, pourvoi n° 01-13.976, *Bull.* n° 25.
[9] Com., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-17.911, *publié au Bull.*
[10] CE, 15 février 2016, req. n° 375.667 ; *Rép. Dalloz,* Procédure civile, « Preuves », n° 525.

Une décision du tribunal de grande instance de Paris du 5 juillet 1996 l'exprime simplement : « *le délit de violation du secret professionnel est institué, non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci sont dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état ou de leur profession.* »[11].

Le secret professionnel des avocats et son caractère absolu est donc protégé, en France, tant par la loi que par la réglementation.

3) Il en est de même en droit européen.

En premier lieu, la Cour européenne des droits de l'homme protège, sur le fondement des articles 6 et 8 de la CEDH, le secret attaché, tant au conseil[12], qu'à la défense[13]. Dans l'arrêt *Laurent contre France*[14], la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que le droit au secret de la correspondance au sens de l'article 8 de la Convention « *protège la confidentialité des communications, quel que soit le contenu de la correspondance dont il est question et quelle que soit la forme qu'elle emprunte* » (§ 35). La Cour estime donc qu'une feuille de papier pliée en deux remises par un avocat, en robe, à ses clients, qui étaient sous escorte policière, dans la salle des pas perdus d'un tribunal constituait une « correspondance » et analyse son interception par un policier en une ingérence dans le droit au respect de la correspondance entre un avocat et son client. Selon la jurisprudence européenne, « *les échanges entre un avocat et son client détenu jouissent d'un statut privilégié* » (§ 44), le droit au secret professionnel étant inclus expressément dans le champ de la protection du droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance[15]. Dès lors, seuls des motifs plausibles de penser que

[11] T.G.I. Paris, 5 juillet 1996, D. 1998 somm. 86 obs. Th. Massis.
[12] CEDH, 6 décembre 2021, req. n° 12323/11, *Michaud c/ France* ; *JCP G* 2021, 187, note H. Robert.
[13] CEDH, 24 mai 2018, req. n° 28798/13, *Laurent c/ France* ; CEDH, 27 avril 2017, req. n° 73607/13, *Sommer c/ Allemagne* ; CEDH, 24 juillet 2008, req. n° 18603/03, *André c/ France*.
[14] CEDH, 24 mai 2018, req. n° 28798/13, *Laurent c/ France*.
[15] CEDH, 6 décembre 2012, req. n° 12323/11, *Michaud c/ France*.

figure un élément illicite dans la correspondance échangée peuvent justifier son interception. En l'espèce, Me Laurent avait remis la « correspondance » en cause sans tenter de dissimuler son action et la Cour ne voit « *aucune raison susceptible de justifier le contrôle des papiers* » (§ 47). En l'absence de tout soupçon d'acte illicite, la Cour estime que l'interception de la correspondance litigieuse constitue une atteinte au principe de libre communication d'un avocat avec son client qui, ne correspondant à « *aucun besoin social impérieux* », n'était pas « *nécessaire dans une société démocratique* » et emporte violation de l'article 8 (§ 48)[16].

En second lieu, CJUE a de même consacré le caractère absolu du secret professionnel de l'avocat. L'arrêt *Reyners* de la Cour de justice du 21 juin 1974 (aff. 2/74) a posé que ce secret concerne « *les activités typiques de la profession d'avocat, telles que la consultation et l'assistance juridique, de même que la représentation en justice* ». La confidentialité de la correspondance entre le client et son avocat a en outre été consacrée, puis rappelée à plusieurs reprises par la Cour de justice[17]. Et, dans son arrêt *P. M. et consorts contre Ministeraad*[18], la Cour de justice est allée encore plus loin en précisant que :

- la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 vise les services délivrés par les avocats, à savoir la représentation dans le cadre de procédures judiciaires ou arbitrales, mais également le conseil juridique fourni dans le cadre de la préparation ou de l'éventualité d'une telle procédure ;

- de telles prestations de services fournies par un avocat ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, marquée par la confidentialité la plus stricte ;

[16] F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2018, doctr. 754.
[17] CJUE, 18 mai 1982, aff. C-155/79, *AM et S.* ; CJUE, 4 février 2020, aff. C-515/17 P et C-561/17 P, *Wroclawsky*.
[18] CJUE, 6 juin 2019, aff. C-264/18, *P. M. et consorts contre Ministeraad.*

- une telle relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, caractéristique du libre choix de son défenseur et du rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité des services à fournir.

En définitive, « *il ressort de ce droit de l'Union que l'on ne peut séparer l'activité de conseil de celle du contentieux car le conseil prépare l'activité contentieuse. Il a même une vocation préventive, pour éviter le contentieux. C'est grâce au conseil que l'avocat oriente son client vers le droit. Ce n'est pas grâce à l'avocat qu'il commet l'infraction. Le droit positif sanctionne l'avocat auteur ou complice. Jamais la profession ne plaide pour l'immunité absolue de l'avocat, ne vous méprenez pas. Notre action ne demeure que pour le respect du droit, dans l'intérêt du justiciable, pour une société de droit* »[19].

Effectivement, le conseil est consubstantiel de la défense et même le premier acte de la défense. Il faut bien comprendre que, en 1971, une distinction a été opérée dans le texte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 pour qu'une protection s'applique aux deux activités, en raison de l'existence des deux professions : avocats et conseils juridiques, distinction disparue depuis la fusion des deux professions en 1991. L'activité de conseil est en réalité la seule et vraie activité de l'avocat vis-à-vis de son client qui tend à défendre ses intérêts dans le respect de la règle de droit. L'activité de conseil permet l'accès au droit mais aussi au juge. Bref, le conseil et la défense ne font qu'un pour le citoyen justiciable.

4) Le Conseil constitutionnel est, pour sa part, resté en retrait de ce mouvement européen et international, ce qui contribue à isoler la France et le avocats français, ainsi qu'à les fragiliser dans un contexte international essentiel pour leurs activités, affaiblissant ainsi la défense des droits et des intérêts de leurs clients ainsi que l'attractivité juridique et économique de la France.

[19] E. Raskin, « Pas de secret professionnel au rabais, pas d'immunité aux fraudeurs, on y arrive ? », *JCP* 15 novembre 2021, 1193.

Le juge constitutionnel considère que rien dans la Constitution ne consacre « *un droit au secret des échanges et correspondances des avocats* »[20]. Il a jugé, dans le seizième considérant de sa décision, que, si le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable étaient protégés par les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 2, 4, 11 et 16), aucune disposition constitutionnelle ne consacrait un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes en tant que tels[21].

Certes, la nécessaire répression des infractions constitue un objectif à valeur constitutionnelle. Mais le respect de cet objectif passe-t-il nécessairement par un recul du secret professionnel de l'avocat ?

L'exposante ne le pense pas. Dans un contexte de surveillance généralisée de la société, le secret professionnel ne procède pas d'un simple corporatisme partisan, mais participe de la sauvegarde de la liberté individuelle. Réduire le secret professionnel, que ce soit en distinguant selon qu'il concerne la défense du client ou l'activité de conseil – distinction artificielle s'il en est –, ou en consacrant des « exceptions » à ce secret, qui marquent le début d'une liste qui n'existait pas jusque-là, est impensable dans un Etat de droit, en général, et en France en particulier, pays des libertés.

---

[20] Cons. Const., 24 juillet 2015, n° 2015-478 QPC, *French Data Network (Assoc.) et autres* ; *AJDA* 2015. 1514 ; *D*. 2015. 1647, et les obs. ; *ibid.* 2016. 1461, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; P. Januel, « Secret de l'avocat : colère des avocats, étonnement des parlementaires », *Dalloz Actualité*, 27 octobre 2021.

[21] A. Portman, « Pas de protection spécifique pour le secret professionnel de l'avocat », *Dalloz Actualité*, 27 juillet 2015.

Le secret professionnel participe à et est une composante essentielle de l'objectif à valeur également constitutionnelle du respect des droits de la défense, lesquels passent nécessairement par le conseil que l'avocat doit à son client. Peut-on en outre concevoir que la relation de confiance nécessaire client/avocat puisse être mise à mal par des « exceptions » au secret professionnel, mettant l'auxiliaire de justice en porte-à-faux à l'égard de son client ? L'exposante ne le pense pas davantage.

En définitive, ainsi que l'a écrit un éminent praticien, « *il faut le répéter sans cesse : le secret professionnel n'est pas un privilège des avocats, ni un "pavillon de complaisance". C'est une lourde charge qui leur incombe du fait de leur mission et de leur qualité d'auxiliaire de justice.*

Les individus et les entreprises ont le droit et le devoir d'avoir des secrets. Cela est légitime et consubstantiel à leur liberté. Ces secrets, qui ne sont pas forcément la marque du crime ou d'un comportement illicite ou illégal, ou anti social, doivent être respectés et protégés et leur violation sanctionnée.

Le secret professionnel c'est le droit fondamental de chacun d'avoir accès librement au droit et à un conseil indépendant, en sachant qu'aucune confidence ne pourra servir à les incriminer.

C'est aussi une garantie essentielle au bon fonctionnement de la justice et à son caractère équitable, qui participe directement de la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire. Diminuer le champ du secret professionnel, c'est s'attaquer au procès équitable et aux droits de la défense.

Les parlementaires doivent comprendre ce que les atteintes au secret et l'injonction de transparence peuvent avoir de destructeur pour notre société, en quoi

elles affaiblissent durablement la confiance et les principes fondamentaux à la base de notre pacte républicain »[22].

II. B) – L'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire consacre ainsi la divisibilité du secret professionnel de l'avocat, entre défense et conseil, le premier étant absolu, tandis que le second connaît désormais des exceptions dont on pressent bien évidemment qu'il ne s'agit que le début d'une liste qui s'allongera au fil des années.

Il est donc temps de consacrer la protection constitutionnelle du secret professionnel. Rien ne s'y oppose et il est vain de mettre en avant l'objectif à valeur constitutionnelle de nécessaire répression des infractions, dès lors que le dispositif actuel est suffisamment protecteur. En effet, l'avocat qui assisterait son client dans l'élaboration d'un montage fiscal frauduleux serait complice de l'infraction et ne pourrait, déjà aujourd'hui, opposer le secret, en sorte que l'on ne discerne pas l'utilité du texte nouveau à cet égard. L'incertitude est certes plus grande concernant la corruption et le trafic d'influence, plus particulièrement au regard de la mise en place des programmes de conformité qui, intervenant en amont de la procédure judiciaire, pourraient difficilement être rattachés aux droits de la défense[23]. Mais, là encore, tout donne à penser que l'avocat qui prêterait son concours à de telles infractions ne pourrait opposer le secret professionnel.

Au fond, l'article 3, en édictant les exceptions au secret professionnel dont s'agit, marque sa méfiance à l'égard de la profession d'avocat et réduit le secret professionnel dans l'objectif, avoué par le Sénat, de se concilier les bonnes grâces de la population et des différentes autorités de poursuite, mais au plus grand détriment des

[22] D. Lévy, « De nouvelles restrictions inacceptables au secret professionnel des avocats », *JCP G*, Libres propos, 27 septembre 2021.
[23] G. Bertrou, « Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : beaucoup de bruit pour rien ? », *JCP* 2021, doctr. 1184.

justiciables et de leurs auxiliaires de justice, parmi lesquels ne se sont distinguées que quelques brebis galeuses. Du reste, cet objectif du texte est mis particulièrement en exergue si l'on considère que des fraudes, beaucoup plus silencieuses, sont justement exclues du texte, comme la fraude sociale ou la fraude bancaire, pourtant en nette augmentation ces dernières décennies. En définitive, pour les rédacteurs du texte, la restauration de la confiance du public dans l'institution judiciaire passe nécessairement par une défiance affichée à l'égard des avocats.

Il faut relire le discours de Raymond Forni, prononcé le 22 novembre 2000 à l'Assemblée nationale, en ouverture du colloque organisé par la Conférence des bâtonniers sur le secret professionnel de l'avocat. Chaque phrase, chaque paragraphe, résumait alors les fondamentaux du secret professionnel que l'actuel projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire s'apprête à diminuer. Celui qui fut président de la chambre basse rappelait que le secret professionnel est « *d'abord* » institué pour « *le bénéfice du public, c'est à dire pour un intérêt général, celui d'une société démocratique* ». Mais il rappelait dans le même temps qu'il ne fallait pas baisser la garde face à ce même public, capable de s'ériger en principal danger pour les droits individuels. Le secret professionnel, disait-il, constitue non seulement « *l'élément central du principe de confiance légitime* » *qui lie le justiciable à son avocat, mais aussi « un contre-pouvoir », « un espace qui résiste à l'investigation du public » et « qui protège du regard inquisiteur de la société* »[24].

Le secret professionnel ne se peut diviser. Et, participant de la défense et des droits fondamentaux des justiciables, il doit constituer un objectif à valeur constitutionnellement égale à celle de la poursuite et de la répression des infractions, sauf à retourner à la philosophie de l'ordonnance criminelle de 1670.

[24] Sahan Saber, « Libres propos », *Gaz. Pal.*, 16 novembre 2021, n° 428z6, p. 10.

Les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale créées par l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire doivent donc être déclarées inconstitutionnelles et le secret professionnel doit être érigé en objectif à caractère constitutionnel. Au regard du contexte européen et du droit de l'Union, on ne peut d'ailleurs que s'étonner que tel ne soit pas déjà le cas – sauf à admettre que la poursuite et la répression constituent des objectifs supérieurs à la défense des citoyens – défense qui passe nécessairement par le conseil.

II. C) – L'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire porte une atteinte disproportionnée à plusieurs droits et libertés à valeur constitutionnelle.

1) Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre la poursuite des objectifs à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public[25], de recherche des auteurs d'infractions[26] ou encore de lutte contre la fraude fiscale[27], avec l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Dans ce cadre, le juge constitutionnel, lorsqu'il examine la conciliation entre les objectifs à valeur constitutionnelle précités, s'assure que les restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la Constitution ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des objectifs poursuivis par le législateur.

[25] Cons. const. décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 11.
[26] Cons. const., décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 4.
[27] Cons. const. décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, cons. 19 ; Cons. const. décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, cons. 52.

2) En l'espèce, les dispositions de l'article 3 créant l'article 56-1-2 du code de procédure pénale rendent inopposables le secret professionnel du conseil pesant sur l'avocat en matière de fraude fiscale, de corruption et de trafic d'influence en France comme à l'étranger, ainsi que de blanchiment de ces délits. Il en résulte que la disposition en cause ignore délibérément l'obligation de conciliation en privilégiant l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions ou de lutte contre la fraude fiscale.

Les auteurs de l'amendement qui a introduit les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale ont justifié l'exclusion du « *secret professionnel du conseil* » par la seule nécessité de préserver « *l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions et les engagements internationaux de la France (…)* ». Ainsi, ils ont occulté l'obligation pesant sur le législateur de concilier cet objectif à valeur constitutionnelle avec les droits de la défense, le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, ainsi que le droit à un procès équitable qui ont la même valeur.

a) En effet, d'une part, l'activité de conseil participe évidemment à la défense des intérêts du client de l'avocat. Elle est la condition en même temps que le premier acte d'une défense. Elle est consubstantielle aux droits de la défense dont elle est une composante qui doit être reconnue constitutionnellement.

b) D'autre part, la rédaction imprécise de la disposition contestée laisse penser que l'on va chercher la preuve des soupçons envers l'avocat et/ou son client dans le cabinet ou au domicile de l'avocat ou du client. Or il faut qu'il existe préalablement à la perquisition et à la saisie d'indices graves ou concordants laissant penser que l'avocat a commis ou est complice d'une infraction[28].

[28] Cass. Crim., 22 mars 2016, pourvoi n° 15-83.207, *Bull.* n° 92.

Ne pas respecter cette exigence revient à contraindre l'avocat ou son client à remettre des éléments de preuve matériels l'auto-incriminant, en violation des prescriptions de l'article 9 de la DDHC de 1789.

En effet, le Conseil constitutionnel juge depuis sa décision n° 2004-492 DC qu'il découle de l'article 9 de la DDHC de 1789, relatif à la présomption d'innocence, que « *nul n'est tenu de s'accuser* » (cons. 110).

Ce droit de ne pas s'incriminer est notamment celui de ne pas être contraint à remettre des éléments de preuve matériels. A et égard, le juge constitutionnel a jugé dans la décision n° 2016-552 QPC que le droit, reconnu aux agents de l'autorité de la concurrence et du ministère de l'économie en matière d'enquêtes de concurrence, d'exiger la communication d'informations et de documents « *tend à l'obtention non de l'aveu de la personne contrôlée, mais de documents nécessaires à la conduite de l'enquête de concurrence* », ce qui ne constituait pas une atteinte au principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser[29].

Cependant, il ne sera pas possible d'opposer en l'espèce la solution dégagée dans la décision n° 2016-552 QPC.

En effet, les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale, telles qu'elles sont rédigées, ne contraignent pas les autorités d'enquête et de poursuite à disposer préalablement à la perquisition et à la saisie d'indices graves ou concordants laissant penser que l'avocat a commis ou est complice d'une infraction.

[29] Décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, *Société Brenntag*, § 12.

Ainsi, la perquisition et la saisie ont pour but d'établir « la preuve » de l'utilisation de certains types de documents « *aux fins de commettre ou de faciliter la commission (des) infractions* » de fraude fiscale, de corruption et de trafic d'influence en France comme à l'étranger, ainsi que de blanchiment de ces délits.

Cela revient donc à contraindre les avocats subissant la mesure prévue par l'article 56-1-2 du code de procédure pénale à remettre des éléments de preuve matériels, autrement dit à s'auto-incriminer, en violation des prescriptions de l'article 9 de la DDHC de 1789.

c) En outre, les dispositions en cause de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale ne procèdent pas à une définition suffisamment précise et rigoureuse des pièces susceptibles d'être saisies. Elles autorisent la saisie des « *consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat de nature à établir la preuve de leur utilisation par celui-ci aux fins de commettre ou faciliter la commission desdites infractions* ».

Or, en matière de conseil comme de défense, dont le secret est affirmé par l'article préliminaire du code de procédure pénale modifié par l'article 3 du projet de loi déféré au Conseil constitutionnel, il n'est pas possible de saisir un document s'il ne contient pas *intrinsèquement* de preuve de la *participation intentionnelle*, c'est-à-dire *sciemment*, de l'avocat à l'une des infractions mentionnées par l'article 56-1-2 du code de procédure pénale.

Ainsi, en ce qu'elles autorisent la saisie de toutes pièces, y compris d'une pièce couverte par le secret professionnel, sans assigner de limites à cette mesure ni l'assortir de garanties spéciales de procédure, les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale portent une atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux droits de la défense ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et du secret des correspondances.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale créées par l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire n'ont pas organisé pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, les objectifs à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions ou de lutte contre la fraude fiscale et, d'autre part, les droits et libertés constitutionnels de la défense, de respect de la vie privée et du secret des correspondances, ainsi que du procès équitable. Elles doivent donc être déclarées inconstitutionnelles.

L'article 3 procède d'une incompétence négative, ses dispositions étant particulièrement imprécises et inintelligibles,

III. 1 – L'on sait que le contrôle de l'incompétence négative permet au juge constitutionnel de s'assurer, le plus souvent à l'invitation des parlementaires de l'opposition, que le pouvoir législatif a épuisé sa compétence sans renvoyer à des mesures réglementaires d'application ou au pouvoir d'interprétation du juge[30].

En matière de droits fondamentaux, ce contrôle de l'incompétence négative est scrupuleusement exercé. Il conduit à censurer l'imprécision de la loi qui menace d'« *entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder* »[31]. Ce contrôle de l'incompétence négative est exercé avec d'autant plus de rigueur que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer les règles concernant la procédure pénale[32] comme c'est

[30] Cons. Const., 26 janvier 1967, n° 67-31 DC, *Rec. Cons. const*., p. 19.
[31] Cons. const., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, *préc*. n° 8, cons. 11, droit de propriété ; Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC, *préc*. n° 231, cons. 4, droit à la vie privée et plus largement les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; Cons. const., 25 février 2010, n° 2010-604 DC, *préc*. n° 8, cons. 22, atteinte au respect de la vie privée.
[32] Voir p. ex. Cons. const. décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.*, cons. 12.

le cas en l'espèce avec les dispositions en cause de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale.

Ne pouvant pas deviner les mesures réglementaires à venir, le Conseil constitutionnel formule souvent des réserves d'interprétation qui indiquent aux juges judiciaire et administratif ou à l'Administration les modalités d'application de la loi[33].

Le plus souvent, toutefois, il invalide la disposition entachée d'incompétence négative[34].

III. 2 – Le texte de l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, pris dans les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale qu'il crée, est vague et imprécis et, finalement, est entaché d'une véritable incompétence négative au travers de l'absence de garanties effectives.

Tout d'abord, il pose que le secret professionnel est inopposable aux mesures d'enquête ou d'instruction en matière de fraude fiscale, de corruption, de financement du terrorisme, et de leur blanchiment, sous réserve que « *les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites*

[33] Cons. const., 12 décembre 2002, n° 2002-463 DC, cons. 23, *Rec. Cons. const.*, p. 540, « *il appartiendra aux auteurs de l'arrêté […] de fixer le tarif forfaitaire de responsabilité de telle sorte que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa* ».

[34] Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC ; Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-225 DC, *préc.* n° 44, cons. 17, mise en œuvre du 11e alinéa ; Cons. const., 18 décembre 1997, n° 97-393 DC, cons. 32, « *les dispositions réglementaires prévues par la loi ne sauraient fixer les plafonds de ressources* […] *de telle sorte que seraient remises en cause les exigences du Préambule* » ; Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *préc.* n° 217, « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution (sans) reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » ; Cons. const., 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC, *Sté Esso SAF*, possibilité pour une commune d'imposer aux constructeurs la cession gratuite d'un terrain en l'absence de précision sur son affectation et de garanties d'indemnisation ; Cons. const., 5 octobre 2016, n° 2016-579 QPC : JO 7 oct. 2016, texte n° 125, absence de précision sur le cadre de dérogation d'un accord collectif portant atteinte au 8e alinéa du Préambule de 1946 relatif au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ; *Juriscl. Administratif*, fasc. 1440, n° 233.

infractions ». Cependant, l'article 3 n'indique pas quelle autorité compétente détermine si les conditions sont requises pour que le secret soit levé. Le sous-amendement défendu par la députée socialiste Cécile Untermaïer, visant à préciser que seul le juge des libertés et de la détention pouvait accéder aux documents visés, a été rejeté, le ministre de la justice ayant jugé cette précision inutile. « *Je vois difficilement qui d'autre que le JLD pourrait contrôler la saisie, l'autorisation à perquisition (…) puisque tout le texte nous indique que c'est le JLD* », a estimé Éric Dupond-Moretti[35]. Mais pourquoi le texte ne le dit-il pas ?

En réalité, l'incompétence négative dont est ainsi entaché le texte sur ce point vise à masquer l'absence de garanties effectives dans le contrôle des mesures d'enquête et d'instruction. Le dispositif mis en place par le législateur consacre l'inopposabilité du secret professionnel dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. En d'autres termes, le secret doit nécessairement être violé pour déterminer ensuite si des conséquences pourront être tirées de sa méconnaissance. Aucune mesure de nature préventive n'est prévue pour prévenir la divulgation d'informations confidentielles.

Par ailleurs, le contrôle requis implique, en premier lieu, de caractériser des infractions dans lesquelles le secret ne sera pas opposable sans que l'on comprenne, au demeurant, la raison pour laquelle le législateur a retenu les infractions visées à l'article 56-1-2 litigieux. Pourquoi avoir restreint l'inopposabilité du secret aux seules infractions financières et ne pas l'avoir étendu à des infractions visant les personnes, autrement plus graves ? Pourquoi certaines infractions financières sont-elles exclues du périmètre de l'inopposabilité ? On peine à saisir, par exemple, la raison pour laquelle la fraude sociale n'est pas couverte. Concrètement, il est illusoire d'envisager confier au JLD, notoirement débordé, la caractérisation de ces infractions, dont le champ d'application, notamment s'agissant des infractions en matière fiscale, est particulièrement large et les qualifications particulièrement accommodantes.

[35] L. Garnerie, « Secret professionnel de l'avocat : le Parlement a tranché », *Gaz. Pal.*, 23 novembre 2021, n° 429j2, p. 5.

En outre, ainsi que l'a rappelé le Conseil national des barreaux (CNB) dans la motion qu'il a adoptée le 17 septembre 2021, les sénateurs ont opéré une « *confusion inacceptable (…) entre, d'une part, les pièces d'un justiciable, qui ne sont pas couvertes par le secret professionnel de l'avocat et qui sont saisissables dans le cadre des enquêtes pénales si cela est utile à la manifestation de la vérité et, d'autre part, les consultations d'avocat, les correspondances entre avocat et client et les factures de l'avocat au client (Com., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-14.554), qui sont couvertes par le secret et ne doivent en aucun cas pouvoir être saisies, sauf si elles recèlent la preuve de la participation de l'avocat à une infraction pénale (Crim., 20 janvier 1993, n° 92-85.548, Bull. crim. n° 29 ; Crim., 4 octobre 2016, n° 16-82.308)* »[36].

Par ailleurs, le texte est particulièrement imprécis quant aux pièces qui pourraient être saisies : il vise « *les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client* », ce qui, par la généralité des termes employés, laisse la porte ouverte à toutes les interprétations et à tous les abus. En pratique, n'importe quel document détenu par un avocat pourrait être saisi, quel qu'en soit son auteur.

Le texte doit ainsi être déclaré inconstitutionnel ou, à tout le moins, faire l'objet d'une réserve d'interprétation.

Cette réserve d'interprétation concernerait les consultations d'avocat, les correspondances entre avocat et client et les factures de l'avocat au client qui ne pourraient être saisies *que si elles révèlent la participation de l'auxiliaire de justice à la commission des infractions visées*. L'avocat est, en effet, un défenseur et non un policier ; dans ce cadre, il est inacceptable que les documents qu'il détient sans avoir lui-même la moindre infraction à se reprocher, puissent être saisis.

[36] D. Lévy, *op. cit.*

Enfin, le texte en cause est muet quant à la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale.

Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un texte d'incrimination, mais posant des règles procédurales insuffisantes, il conviendra de préciser, le cas échéant par une réserve d'interprétation, que son application interviendra à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi pour l'activité de conseil de l'avocat. Cela permettra de limiter dans le temps l'atteinte au secret couvrant les conseils des avocats donnés antérieurement à la date de la publication de la loi.

PAR CES MOTIFS,

L'exposante conclut qu'il plaise au Conseil Constitutionnel :

- **DÉCLARER** contraire à la Constitution, les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale contenues dans l'article 3 de la loi pour la confiance en l'institution judiciaire ;

- A tout le moins, **EMETTRE** une réserve d'interprétation concernant les consultations d'avocat, les correspondances entre avocat et client et les factures de l'avocat au client, qui ne pourraient être saisies que si elles révélaient la participation de l'avocat à la commission des infractions visées, ainsi que la date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale.

<u>Production :</u>

- Statuts de l'Association des Avocats Conseils d'Entreprises – Avocats, ensemble.

PARIS, le 06 décembre 2021

Nicolas BOULLEZ
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

David LEVY
Avocat au Barreau de Paris

Pièce 1

ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES

STATUTS

TITRE 1 - BUT ET COMPOSITION DE L'ACE

ARTICLE 1 : FORMATION

L'Association est régie par la loi du 1er juillet 1901 et par celle du 21 mars 1884 ainsi que par le décret du 16 août 1901, par toutes dispositions législatives ou réglementaires modifiant ces textes et par les présents statuts.

L'Association a été constituée en vue de la réunion par voie de fusion de l'Association Nationale des Conseils Juridiques fondée en 1972, de l'Association des Cabinets d'Avocats à Vocation Internationale fondée en 1983, de l'Association des Conseils Juridiques Docteurs et Licenciés en droit (anciennement dénommée Association Nationale des Avocats-Conseils et Conseils Juridiques Docteurs et Licenciés en Droit) fondée en 1911, et de l'Union Nationale des Conseils Juridiques fondée en 1970.

ARTICLE 2 : DENOMINATION

L'association est dénommée :

ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES

Le sigle de l'Association est « ACE».

ARTICLE 3 : DUREE

La durée de l'Association est illimitée.

ARTICLE 4 : SIEGE

Le siège social est fixé à 75008 Paris, 5 Rue Saint-Philippe du Roule.

Il pourra être transféré en tout autre endroit de la même ville sur décision du Bureau National, en tout autre endroit d'une commune limitrophe sur décision du Comité Directeur et partout ailleurs sur décision de l'Assemblée Générale.

ARTICLE 5 : BUT DE L'ASSOCIATION

L'Association a pour but l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par les présents statuts.

A cet effet, elle peut notamment :

- concourir à l'organisation et à l'évolution de la profession d'avocat organisée par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990,

- en affirmer la spécificité, en assurer la promotion et en défendre les prérogatives,

- regrouper en son sein tous les avocats sur la justification de leur inscription à un barreau français et principalement les avocats qui exercent l'activité de conseil d'entreprises et de conseil de personnes physiques en matière économique et patrimoniale,

- promouvoir le rôle du Droit français dans les relations économiques et sociales nationales et internationales et défendre la spécificité des conseils d'entreprises au sein de la profession d'avocat,

- représenter et assister ses membres, quel que soit leur spécialisation ou leur domaine d'activité ou de compétence,

- répondre aux demandes de conseils formulés par les adhérents, en particulier sur les régimes fiscaux et sociaux et les statuts juridiques les plus appropriés à l'exercice de leur activité professionnelle, à titre individuel ou en cabinet,

- développer entre tous les membres l'esprit de solidarité confraternelle,

- élaborer toutes propositions et formuler tous avis et observations sur tout texte législatif ou réglementaire,

- étudier toutes les questions se rapportant à la profession d'avocat et à l'application des textes légaux et réglementaires la concernant,

- promouvoir une réflexion permanente sur la pratique juridique et judiciaire et sur les modalités d'exercice de la profession,

- concourir par son action et par la réflexion de ses membres à la mise en œuvre de toutes dispositions, notamment déontologiques, tendant à accroître le prestige et le rayonnement de la profession, en France et dans le monde,

- promouvoir une politique de formation professionnelle permanente et continue destinée notamment à faciliter l'accès des jeunes à la profession,

- Organiser des actions de formation susceptibles de contribuer au perfectionnement des avocats conseils d'entreprises, de leurs collaborateurs et de leurs salariés et notamment, des tables rondes, conférences, séminaires, congrès ou toutes manifestations similaires susceptibles de contribuer au développement et à la promotion de l'activité d'avocat, et procéder à toutes publications,

- prêter son concours à toutes actions susceptibles de favoriser les objectifs de l'Association**,**

  faciliter l'activité et l'implantation des avocats français à l'étranger,

- établir et maintenir des relations avec tous groupements représentatifs d'avocats étrangers et toutes organisations internationales d'avocats,

- établir et maintenir des relations avec toutes associations syndicales ou groupements d'avocats, d'autres professions du droit et de juristes d'entreprises,

- établir un dialogue avec les pouvoirs publics français, communautaires et étrangers ainsi qu'avec toutes instances internationales afin de sensibiliser ceux-ci aux problèmes propres à l'activité de ses membres.

ARTICLE 6 : MOYENS D'ACTION

Les moyens d'action de l'Association sont, entre autres :

- le vote de ses élus au sein du Conseil National des Barreaux, des conseils de l'Ordre de tous les Barreaux de France et d'Outre-Mer et de tous les organismes techniques professionnels ;

- la création de toute section ou commission ad hoc, traitant notamment de problèmes spécifiques aux membres ayant la même spécialisation ou le même domaine de compétence ;

- l'entraide entre ses membres et notamment l'assistance à la recherche de stages, à l'installation d'un cabinet en France ou à l'étranger et à la conclusion de contrats de collaboration libérale ou salariée ;

- l'organisation de cycles de formation professionnelle continue, de séminaires, conférences et congrès et la participation directe ou indirecte à toute action de formation et de perfectionnement ;

- l'assistance à ses membres pour toute question en rapport avec leur vie professionnelle ;

- en France et à l'étranger, la représentation de ses membres auprès des tiers et notamment des pouvoirs publics, ainsi que de tout organe professionnel national ou international ;

- la participation aux actions de tous groupements, associations ou syndicats ayant pour but la défense des intérêts et des prérogatives des membres des professions libérales ;

- la publication de bulletins et de tous périodiques, l'édition ou le patronage de tous ouvrages juridiques ou professionnels, soit directement, soit par l'intermédiaire d'associations spécialisées ;

- le droit d'ester en justice.

ARTICLE 7 : COMPOSITION DE L'ASSOCIATION

L'Association se compose de personnes physiques avocats et de structures d'exercice d'avocats, qui ont la qualité de membres titulaires.

Elle peut admettre des membres honoraires et des membres d'honneur. Les membres honoraires et membres d'honneur des associations fondatrices visées à l'Article 1 sont respectivement membres honoraires et membres d'honneur de l'Association.

Elle peut également admettre des membres associés, qui sont soit étudiants en droit ou élèves des centres de formation, soit des organisations d'avocats ou de juristes en France ou à l'étranger, soit juristes d'entreprise ou universitaires non avocats.

Seuls les membres titulaires, les membres honoraires et les membres d'honneur ont le droit de vote. Aucun membre ne peut être éligible s'il n'est à jour de ses cotisations.

ARTICLE 8 : CONDITIONS D'ADHESION

8.1 Peuvent seuls être admis en qualité de membres titulaires, les personnes physiques, les personnes morales ou 1es groupements prévus à l'article 50-XIII de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, exerçant la profession d'Avocat, inscrits à un barreau français.

8.2 Une personne physique, une personne morale ou un groupement qui réunit les conditions nécessaires pour devenir membre titulaire présente sa demande d'adhésion.

A l'occasion du dépôt de la demande d'adhésion, la personne morale ou le groupement remet la liste des Avocats exerçant en qualité d'associé au sein de la personne morale ou de partenaire au sein du groupement, en indiquant leurs noms, prénoms et qualités. Cette liste est mise à jour et communiquée annuellement à l'Association, dans les trois mois suivant la date de l'Assemblée Générale Annuelle.

8.3 La qualité de membre honoraire peut être accordée par le Comité Directeur à tout ancien membre de l'Association ayant cessé d'exercer son activité professionnelle d'avocat.

8.4 Le Comité Directeur peut conférer le titre de membre d'honneur à toute personne de son choix ayant rendu des services signalés à la profession ou à l'Association.

8.5 Le Comité Directeur peut conférer le titre de Président d'honneur à tout ancien Président National de l'Association de même qu'à tout ancien président National ou Président d'Honneur d'une des associations visées à l'article 1 ou d'une association qui fusionnerait à l'avenir avec l'Association. Ce titre ne peut être porté que par un membre titulaire ou par un membre honoraire de l'Association.

8.6 Les demandes d'adhésion des membres associés sont reçues par le Bureau National et agréées ou refusées par lui.

8.7 Toute demande d'adhésion est adressée par lettre au Président. Elle ne peut être prise en considération que si elle est accompagnée du parrainage écrit de deux membres de l'ACE.

ARTICLE 9 : RESSOURCES

L'Association a pour ressources :

- les cotisations versées par ses membres,
- les revenus de ses biens,
- les produits tirés des évènements et formations qu'elle organise,
- et toutes autres ressources non prohibées par les textes législatifs et réglementaires en vigueur.

ARTICLE 10 : COTISATIONS

10.1 Le montant des taux de cotisations annuelles des membres titulaires est fixé par décision du Comité Directeur, sous réserve des stipulations de la clause 10.3 ci-après. Il détermine les taux de cotisations en fonction du type d'adhésion, individuel ou collectif, et/ou, pour les membres individuels, du nombre d'années d'inscription au barreau ou de première installation ou adhésion et/ou de l'affiliation éventuelle à d'autres associations d'avocats dont la liste est arrêtée par le Comité Directeur.

Dans le cas d'adhésion d'une personne morale ou d'un groupement, la cotisation peut être modulée et/ou plafonnée par décision du Bureau National en fonction du nombre de personnes physiques exerçant en qualité d'associé au sein de la personne morale ou du groupement en cause qui sont membres de l'association.

10.2 Un nouveau taux de cotisation est applicable à partir du premier exercice suivant la date du Comité Directeur qui le fixe. Il peut décider de réduire la cotisation à titre rétroactif et, à toute époque mais une fois seulement par exercice, d'appeler une cotisation complémentaire dont il détermine le montant.

10.3 Chaque Conseil Régional peut être autorisé chaque année par le Comité Directeur à moduler le montant des cotisations des membres adhérents individuels. Si une telle modulation a pour effet de ramener le montant total des cotisations pour l'exercice en cause à un montant inférieur à celui de l'exercice précédent majoré de 2%, elle pourra ne pas être autorisée lors de l'exercice suivant.

10.4 Le Comité Directeur décide, dans la limite maximum d'un quart, de la quote-part de la cotisation qui est affectée au fonctionnement des Conseils Régionaux. Le Trésorier National, sous sa responsabilité, applique la dite quote-part aux cotisations provenant de chaque Conseil Régional et vire le montant correspondant au crédit du sous-compte ACE dédié à chaque Conseil Régional. Les Conseils Régionaux disposent de ces sommes, à charge par eux d'en rendre compte au moins trimestriellement au Trésorier National.

10.6. Le recouvrement des cotisations a lieu au cours du premier mois de chaque exercice. Le Bureau National peut, par dérogation, mettre en place un mode de recouvrement différent avec l'accord de l'adhérent, notamment sous forme de prélèvement automatique ou selon une périodicité choisie par le Bureau National.

10.7 Les cotisations sont appelées et encaissées par le Trésorier National.

10.8 Tout adhérent dont les cotisations n'auront pas été versées dans les deux mois de leur appel, sera réputé démissionnaire s'il ne régularise pas sa situation dans les quinze jours suivant la mise en demeure qui lui sera faite par courrier électronique.

En cas de démission ou d'exclusion, la cotisation correspondant à l'exercice en cours est entièrement due.

10.9 Les membres qui n'auront pas acquitté leur cotisation dans le délai de deux mois après l'appel ne peuvent, en aucune circonstance, faire mention de, ou référence à, leur appartenance à l'Association.

10.10. La cotisation des membres associés est librement fixée par le Bureau National lors de la décision statuant sur la demande d'adhésion. Les membres associés étudiants en droit ou élèves-avocats sont dispensés de cotisation.

ARTICLE 11 : EXERCICE COMPTABLE

L'exercice comptable commence le 1er janvier de chaque année et s'achève le 31 décembre de la même année.

ARTICLE 12 : PERTE DE LA QUALITE DE MEMBRE

12.1 La qualité de membre de l'Association se perd par la démission et le décès.

12.2 La qualité de membre se perd en outre par la radiation du tableau ou le retrait de l'honorariat sur décision du Conseil de l'Ordre.

L'omission temporaire du tableau, la suspension ou l'interdiction temporaire peut entraîner (sauf pour les expatriés omis du Tableau), sur décision du Bureau Régiona1 compétent, la suspension provisoire de la qualité de membre pendant toute sa durée.

12.3 La qualité de membre de l'Association se perd également par l'exclusion prononcée pour motif grave par le Bureau Régional dont dépend l'intéressé ou par le Bureau National. Dans tous les cas, l'intéressé est invité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au moins quinze jours à l'avance, à présenter ses explications oralement ou par écrit à l'organe émetteur de la lettre.

La décision du Bureau Régional ou du Bureau National doit être notifiée à l'intéressé et au Président de l'Association dans le délai d'un mois à compter de la réunion au cours de laquelle elle a été prononcée, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

TITRE II - ADMINISTRATION ET FONCTIONNEMENT

ARTICLE 13 : ORGANISATION GENERALE

L'Association est administrée au niveau national par le Comité Directeur et le Bureau National, et au niveau de chaque Conseil Régional par le Bureau Régional.

CHAPITRE 1 - CONSEILS REGIONAUX

ARTICLE 14 : INSTITUTION DES CONSEILS REGIONAUX

Il est institué dans le ressort de chaque Cour d'Appel un Conseil Régional, ne disposant pas de la personnalité morale. Lorsque le nombre de membres titulaires dans le ressort de la Cour d'Appel est inférieur à dix, le Bureau National peut décider le rattachement de ces membres à un Conseil Régional limitrophe.

Les membres titulaires exerçant dans un département d'outre-mer ou territoire d'outre-mer peuvent s'organiser en Conseils Régionaux par ensembles géographiques plus larges que le ressort d'une Cour d'Appel.

ARTICLE 15 : COMPOSITION DES CONSEILS REGIONAUX

15.1 Chaque Conseil Régional est composé de tous les membres titulaires, honoraires et d'honneur de l'Association, inscrits à un barreau dans le ressort de la Cour d'Appel concernée.

15.2 Chaque Conseil Régional peut fixer, dans un règlement intérieur, les modalités pratiques d'organisation des élections de son bureau et notamment les règles concernant le dépôt des candidatures.

ARTICLE 16 : BUREAU REGIONAL

Chaque Conseil Régional, réuni en assemblée, élit parmi ses membres pour trois ans, à la majorité absolue au premier tour, et à la majorité simple au second tour, des membres présents ou représentés, un Président Régional, le cas échéant un à trois Vice-Présidents Régionaux, un Trésorier Régional et un Secrétaire Régional, ainsi que d'autres membres, ayant ou non des fonctions spécifiques.

Les fonctions de Vice-Président Régional et de Trésorier Régional ou de Secrétaire Régional peuvent être cumulées. Le Conseil Régional peut élire parmi les vice-présidents un 1er vice-président.

Le mandat de Président de Conseil Régional peut être renouvelé une fois.

En cas de vacance au sein des bureaux régionaux, il peut être procédé à l'élection de nouveaux membres dont les mandats prennent fin à l'époque où devait normalement expirer le mandat des membres remplacés.

Les Présidents de Conseils Régionaux sont élus sous la condition résolutoire du défaut d'approbation de leur élection par le plus prochain Comité Directeur.

Chaque Conseil Régional organise ses élections de bureau au plus tard trois mois avant l'expiration du mandat des membres du bureau en exercice et doit aviser de leur date le Secrétaire Général de l'Association. En cas de carence, le Bureau National organise les élections.

Le Bureau Régional s'adjoindra, le cas échéant, un délégué par T.G.I., dans le ressort de la Cour d'Appel à laquelle le Conseil Régional est rattaché, comme prévu à l'article 19.1 ci-dessous, et en cas de Conseil Régional regroupant plusieurs Cours d'Appel, un délégué régional représentant la ou les Cours d'Appel non autrement représentées au Bureau Régional.

Les délégués régionaux titulaires et suppléants des Sections Nationales, prévus à l'article 31.2 ci-dessous sont membres de droit, avec voix délibérative, des Bureaux Régionaux des Conseils Régionaux dont ils sont membres.

En cas d'empêchement définitif du Président Régional, le Conseil Régional, réuni dans les trois mois, sur convocation d'un Vice-Président Régional, procède à son remplacement. A défaut de Vice-Président ou si la réunion prévue ci-avant n'est pas tenue dans le délai imparti, le Secrétaire Général de l'Association peut prendre l'initiative de la convocation.

ARTICLE 17 : TENUE DES REUNIONS DU BUREAU REGIONAL

Le Bureau Régional se réunit au moins trimestriellement, sur convocation du Président Régional ou à défaut d'un Vice-Président Régional. Il peut en outre être réuni à la demande du quart au moins de ses membres.

Dans ce dernier cas, la demande de convocation est effectuée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, adressée au Président Régional, et précisant les questions sur lesquelles les signataires demandent un débat. Le Président Régional réunit alors le Bureau Régional dans le mois de la réception de la demande.

L'ordre du jour est fixé par le Président Régional ou à défaut par le Vice-Président Régional qui a convoqué le Bureau Régional. Dans le cas d'une convocation à la requête du quart au moins des membres du Bureau Régional, l'organe qui fixe l'ordre du jour inscrit en outre les points précisés dans la demande des signataires. Dans tous les cas, le Bureau National ou le Président de l'Association ou son représentant peut exiger l'inscription d'une question à l'ordre du jour. Ces organes peuvent également provoquer la réunion du Bureau Régional.

Sous réserve des dispositions relatives à l'élection des membres du Bureau Régional, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés.

Les pouvoirs sont nominatifs. Chaque membre ne peut représenter plus de deux autres membres.

Il est tenu procès-verbal des séances. Les procès-verbaux sont signés par le président Régional et le secrétaire de séance une copie en est adressée dans les quinze jours au Secrétaire Général de l'Association.

Tout membre d'un Bureau Régional qui, sans excuse valable, n'aura pas assisté à trois réunions consécutives, pourra être considéré comme démissionnaire du Bureau Régional.

ARTICLE 18 - POUVOIRS DU BUREAU REGIONAL

18.1 Le Bureau Régional est dans son ressort territorial l'émanation de l'Association qu'il y représente.

Il prend toutes dispositions utiles pour mettre en oeuvre sur le plan régional les directives du Comité Directeur.

Il s'efforce de contribuer à l'information et à la formation permanente des membres dépendant de son ressort.

Il transmet sans délai au Secrétaire Général de l'Association les demandes d'adhésion qu'il reçoit

Il s'efforce, en cas de litige entre avocats membres de l'Association dépendant de son ressort, de les concilier, sous réserve qu'il en soit saisi.

Il se prononce sur tous manquements aux statuts et aux règlements intérieurs de l'Association.

Il prend tous contacts avec les membres des autres professions libérales et notamment avec les membres des diverses professions juridiques et judiciaires pour régler tous problèmes d'ordre régional, à condition qu'ils n'engagent pas la politique générale de l'Association et qu'ils ne sortent pas de la compétence de celle-ci.

Il peut prendre toutes décisions de caractère régional qui ne seraient pas en contradiction avec les buts, les moyens et la politique arrêtés par le Comité Directeur.

Il n'a pas pouvoir d'engager l'Association sur des questions de caractère ou d'intérêt national ou international et il ne peut, par son action, prendre position sur un point ou souscrire à des engagements n'ayant pas encore été débattus par le Comité Directeur ou non conformes à la politique arrêtée par celui-ci.

Il peut créer des groupes de travail ou de réflexion. Il veille au fonctionnement effectif de ces groupes qui doivent lui rendre compte de leurs travaux.

Il saisit le Comité Directeur de toute requête ou suggestion intéressant le but et les moyens de l'Association.

Il peut prendre des contacts avec les Conseils Régionaux des Cours d'Appel limitrophes pour discuter d'actions communes à entreprendre ou pour organiser des réunions inter-régionales répondant, soit à des considérations géographiques, soit à des intérêts communs débordant du cadre du ressort d'une seule Cour d'Appel ; il peut à cet effet créer des comités de liaison.

Il invite les membres des sections créées nationalement exerçant dans son ressort à participer aux activités du Conseil Régional.

Il établit chaque année un compte-rendu d'activité qu'il adresse, dans les quarante-cinq jours de la clôture de l'exercice, au Secrétaire Général de l'Association en vue de la préparation du rapport d'activité.

Les titres de paiement des cotisations qui seraient reçus par le Bureau Régional doivent être transmis sans délai par le Trésorier Régional au Trésorier National.

Le Trésorier Régional reçoit délégation du Trésorier National pour engager au nom de l'ACE les dépenses nécessaires au fonctionnement du Conseil Régional. Il doit rendre compte trimestriellement de ces dépenses au Trésorier National. Il doit, en outre, dans les quarante-cinq jours de la clôture de chaque exercice, fournir au Trésorier National un état détaillé de ses recettes et de ses dépenses.

18.2 Le Président Régional est le représentant de l'Association auprès des tiers dans le ressort de son Conseil Régional.

Il peut déléguer ses pouvoirs à un Vice-Président Régional ou à un autre membre du Conseil Régional pour un temps et un objet déterminés.

ARTICLE 19 : DELEGUES DE TGI -SECTIONS LOCALES AUPRES DES T.G.I

19.1 Dans tous les barreaux près les Tribunaux de Grande Instance où les Avocats membres de l'Association ne sont pas plus de vingt, un membre de l'Association inscrit à ce barreau est désigné par le Bureau Régional et exerce les fonctions de Délégué de l'Association dans le ressort du T.G.I.

19.2 Le Délégué est chargé de la mise en oeuvre de la politique nationale de l'Association dans le ressort du T.G.I. en cause et de l'animation des membres de l'Association dans son barreau sous le contrôle du Bureau Régional auquel il rend compte de son activité.

Le Bureau Régional décide des financements à mettre à la disposition du Délégué, par prélèvement sur les sommes qui sont à sa disposition.

19.3 Dans tous les barreaux près les Tribunaux de Grande Instance où les Avocats membres de l'Association sont plus de vingt, le Bureau Régional peut décider la création d'une section locale auprès du TGI concerné.

CHAPITRE 2 - ASSEMBLEES REGIONALES

ARTICLE 20 : COMPOSITION DE L'ASSEMBLEE REGIONALE

L'assemblée régionale est composée des membres titulaires inscrits à un barreau dans le ressort du Conseil Régional ainsi que des membres honoraires et des membres d'honneur y ayant leur domicile. Le Président national (ou son délégataire) est membre de droit de l'assemblée régionale.

ARTICLE 21 : TENUE DE L'ASSEMBLEE REGIONALE

L'exerciuce social régional se clôture à la même date que l'exercice social de l'Association.

L'assemblée régionale se réunit obligatoirement au moins une fois par an dans les quatre mois de l'arrêté des comptes du Conseil Régional pour l'exercice clos. Elle entend les rapports du Président Régional et du Trésorier Régional et doit approuver lesdits comptes.

Elle se réunit sur décision du Bureau Régional ou à la demande du Président Régional ou du Bureau National, du Président de l'Association ou son représentant, ou encore à la demande du quart au moins des membres titulaires du Conseil Régional. Dans ce dernier cas, ladite demande est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au Président Régional et pour information, par lettre

simple ou par courrier électronique au Secrétaire Général de l'Association ; ladite demande doit être signée par les requérants et préciser les points qu'ils désirent voir porter à l'ordre du jour.

Elle est convoquée soit par le Président Régional, soit en cas d'empêchement du Président Régional, par un Vice-Président Régional, soit encore, en cas d'empêchement du Vice-Président Régional, par le Président National.

La date, le lieu de la réunion et l'ordre du jour sont fixés par le Bureau Régional. L'ordre du jour inclut toute question ou résolution qui aura été communiquée en temps utile au Président Régional par l'organe à la demande duquel l'assemblée régionale est convoquée.

L'ordre du jour est indiqué sur les convocations adressées au moins quinze jours à l'avance par les soins du Bureau Régional. En cas d'urgence décrétée par le Bureau Régional, ce délai de quinzaine peut être raccourci. Les convocations peuvent être envoyées par lettre simple ou par courrier électronique. L'assemblée régionale ne peut délibérer que sur les questions portées à son ordre du jour.

En cas de convocation à la demande du quart de ses membres titulaires ou du Bureau National, l'assemblée régionale doit être tenue dans les six semaines de la demande.

Dans tous les cas où la convocation d'une assemblée régionale est décidée, une copie de l'ordre du jour doit être notifiée sans délai au Secrétaire Général de l'Association.

Le Président de l'Association peut assister en personne à toute assemblée régionale ou y délègue un des membres du Bureau National, avec voix délibérative.

Les décisions sont prises à la majorité simple des membres présents ou représentés, sous réserve de celles prévues à l'article 16. Seuls les membres titulaires ont le droit de participer au vote.

Les droits de vote susceptibles d'être exercés par les avocats membres d'une même structure d'exercice (associés ou collaborateurs) directement ou comme mandataires ne peuvent excéder 20 % des droits de vote des membres présents ou représentés.

Les pouvoirs sont nominatifs. Nul membre de l'assemblée ne peut disposer de plus de deux pouvoirs.

L'assemblée régionale délibère sur toute question intéressant la profession dans le ressort de la Cour d'Appel en cause et peut voter des motions ou propositions intéressant la profession ou l'Association à charge pour le Bureau Régional de les transmettre, dans les quinze jours du vote, au Secrétaire Général de l'Association, pour examen par le Bureau National ou le Comité Directeur.

Il est tenu procès-verbal des séances, lequel est signé par le Président Régional et le Secrétaire Régional. Une copie de chaque procès-verbal est adressée dans les quinze jours au Secrétaire Général de l'Association.

CHAPITRE 3 - COMITE DIRECTEUR

ARTICLE 22 : COMPOSITION DU COMITE DIRECTEUR

Le Comité Directeur de l'Association est composé :

(i) des membres du Bureau National ;

(ii) du Président de chaque Conseil Régional ou de son représentant,, le cas échéant, d'un des Vice-Présidents de chaque Conseil Régional ou de son représentant

(iii) pour chaque Conseil Régional composé de plus de cinquante membres titulaires, d'un représentant supplémentaire pour chacune des tranches, même incomplète, de 50 membres titulaires au delà des 50 premiers ;

(iv) des délégués titulaires des sections nationales auprès des Bureaux des Conseils Régionaux ,

(v) du ou des anciens Présidents de l'Association qui en sont encore membres titulaires ou exerçant au sein d'une personne morale ou d'un groupement membre titulaire ;

(vi) des membres cooptés par le Comité Directeur, choisis parmi les membres titulaires, honoraires ou d'honneur de l'Association, sur proposition du Président ;

Ceux des membres du Comité Directeur qui ont cette qualité en raison d'une fonction ou d'une qualité cessent de faire partie du Comité Directeur lorsqu'ils perdent cette fonction ou cette qualité.

ARTICLE 23 : ROLE DU COMITE DIRECTEUR

Le Comité Directeur dispose des pouvoirs les plus étendus pour définir la politique de l'Association. Il prend à cet effet toutes décisions.

Il administre l'Association et gère son patrimoine.

Il est l'organe de coordination et d'action pour toute question de caractère national.

Il surveille et contrôle la gestion des membres du Bureau National.

Il a notamment le pouvoir de décider les acquisitions, échanges et aliénations des immeubles strictement nécessaires au but poursuivi par l'Association.

Il peut créer des sections et décider de leur dissolution. Il décide de la création de toute commission au niveau national et approuve la nomination de son président. Il peut mettre fin aux fonctions de tout président de section ou de commission

Il nomme le rédacteur en chef de la Revue de l'ACE, ainsi que les membres du comité de rédaction, fixe la durée de leur mandat, et les renouvelle. Il peut mettre fin à leurs fonctions.

ARTICLE 24 : FONCTIONNEMENT DU COMITE DIRECTEUR

Le Comité Directeur se réunit sur convocation du Président de l'Association, soit à son initiative, soit sur demande d'au moins dix de ses membres ; les convocations sont adressées par le Secrétaire Général au moins quinze jours à l'avance par lettre ou par courrier électronique, sauf urgence motivée permettant une convocation dans un délai plus rapproché.

Le Comité Directeur se réunit au moins trimestriellement.

Il est présidé par le Président de l'Association et en cas d'absence, par le Premier Vice-Président ou en cas d'absence de celui-ci, par le Vice-Président le plus âgé.

Les décisions sont prises à la majorité simple des voix des membres du Comité présents ou représentés.

Chaque membre dispose d'une voix.

En cas de partage, la voix du président de séance est prépondérante.

Tout membre peut se faire représenter soit par un autre membre du Comité Directeur, soit par un autre membre du Bureau de son conseil Régional, au moyen d'un pouvoir écrit.

Nul ne peut disposer de plus de quatre pouvoirs.

Il est tenu procès-verbal des séances ; ces procès-verbaux sont signés par le président de séance et le Secrétaire Général et sont diffusés aux membres du Comité Directeur.

CHAPITRE 4 - BUREAU NATIONAL

ARTICLE 25 : COMPOSITION DU BUREAU NATIONAL

Le Bureau National est composé de membres élus pour trois ans par le Comité Directeur et de membres de droit.

Les membres élus du Bureau National sont :

1. le Président National ;
2. éventuellement, un ou plusieurs Vice-Présidents ;
3. un Secrétaire Général, et éventuellement un Secrétaire Général Adjoint ;
4. un Trésorier National et éventuellement un Trésorier National Adjoint ;
5. un Contrôleur de Gestion et éventuellement un Contrôleur de Gestion Adjoint ;

Le mandat des membres élus du Bureau National expire à l'issue de la première réunion du Comité directeur suivant la date du troisième anniversaire de leur nomination. Ils sont rééligibles une fois dans la même fonction.

Les membres de droit du Bureau National sont :

1. les Présidents de chaque section créée nationalement,
2. les Présidents de toutes les commissions nationales,

3. le Président du Syndicat Employeur des Avocats Conseils d'Entreprises,

4. le Président de la Compagnie des Avocats Conseils de Paris et d'Ile de France,

5. Le ou les Délégués du Président National à la coordination des commissions et à l'animation des Conseils Régionaux,

6. le prédécesseur immédiat du Président National et les Présidents d'honneur de l'Association

7. Les élus au CNB sur les listes présentées par l'ACE dans le Collège Général qui ne seraient pas déjà membres du Bureau.

Les membres de droit cessent de faire partie du Bureau lorsqu'ils perdent la qualité au titre de laquelle ils sont membres de droit.

Le Bureau National peut s'adjoindre des chargés de mission pour des missions à durée limitée, dont la cooptation doit être ratifiée par le plus prochain Comité Directeur.

L'élection des membres du Bureau National a lieu à la majorité absolue des votants au premier tour et à la majorité simple au second tour.

En cas de vacance au sein du Bureau National, le Comité Directeur procède au remplacement nécessaire lors de sa plus prochaine réunion, pour la durée restant à courir de la fonction vacante.

En cas de vacance de la Présidence, un Vice-Président assure l'intérim jusqu'à la prochaine réunion du Comité Directeur.

ARTICLE 26 : REUNIONS DU BUREAU NATIONAL

Le Bureau National se réunit sur convocation du Président, ou à la demande du tiers de ses membres.

Il délibère à la majorité simple des membres présents.

ARTICLE 27 : ATTRIBUTIONS DU BUREAU NATIONAL

Il exécute les décisions votées par le Comité Directeur et lui en rend compte.

Il présente au Comité Directeur toutes propositions.

Il administre les affaires courantes de l'Association sous le contrôle du Comité Directeur. Il procède à toutes auditions.

Il peut créer des groupes de travail permanents ou à durée limitée et les dissoudre. Il contrôle leur activité.

ARTICLE 28 : ATTRIBUTIONS DU PRESIDENT

Le Président représente l'Association dans tous les actes de la vie civile ; il a en outre qualité pour ester en justice au nom de l'Association après délibération conforme du Bureau National.

Il contrôle le fonctionnement régulier des divers organes de l'Association.

Il représente les instances nationales auprès des Conseils Régionaux et peut assister aux réunions des Conseils et Bureaux Régionaux ou s'y faire représenter par un membre du Comité Directeur.

Il peut consentir toutes délégations de pouvoir pour une question déterminée et pour un temps limité.

Il engage le personnel nécessaire au fonctionnement de l'Association, fixe sa rémunération et ses conditions de travail.

ARTICLE 29 : ATTRIBUTIONS DU SECRETAIRE GENERAL

Le Secrétaire Général, membre du Bureau National, participe à l'ensemble des activités de celui-ci et peut se voir déléguer des missions de gestion ou de représentation de l'Association. Il dirige l'administration de l'Association. Il rédige et certifie conforme les procès-verbaux des délibérations des diverses instances nationales et il en assure la transcription sur les registres. Il tient le registre spécial prévu par la loi et assure l'exécution de toutes les formalités prescrites. Il contrôle l'envoi régulier de toutes convocations aux réunions dont il dirige l'organisation matérielle.

ARTICLE 30 : ATTRIBUTIONS DU TRESORIER NATIONAL

Le Trésorier National est chargé de tout ce qui concerne la gestion des finances de l'Association. Il encaisse toutes sommes et effectue tous paiements sous la surveillance du Bureau National. Il tient une comptabilité régulière au jour le jour de toutes les opérations et il contrôle celles tenues au niveau de chaque Conseil Régional. Il rend compte de sa gestion au Bureau National et fait rapport au Comité Directeur.

CHAPITRE 5 - SECTIONS NATIONALES

ARTICLE 31 : COMPOSITION ET ORGANISATION DES SECTIONS

31.1 Chaque section nationale créée sur décision du Comité Directeur regroupe les membres titulaires de l'Association, intéressés par certains aspects de l'exercice professionnel ou répondant à certains critères.

31.2 Sous réserve d'avoir élu son Président et un bureau pour une durée de trois ans, chaque Section s'organise comme elle l'entend sans toutefois disposer de la personnalité morale.

Chaque section nationale peut, sous réserve de l'approbation du Comité Directeur, créer des délégations régionales, également dépourvues de personnalité morale.

Chaque section nationale élit un Bureau National de la Section, qui gère et ordonne l'utilisation des fonds qui sont mis à sa disposition par le Bureau National de l'Association sous le contrôle du Trésorier National auquel il est fait rapport annuellement au moins un mois avant la tenue de l'Assemblée Générale Annuelle.

Chaque délégation régionale élit son bureau qui gère et ordonne l'utilisation des fonds qui sont mis à sa disposition par le Bureau National de l'Association à la demande du bureau de la section nationale dont elle relève.

Le Président de chaque section nationale présente à l'occasion de l'assemblée générale annuelle de l'Association le rapport d'activité de sa section.

Les délégations régionales des sections nationales élisent parmi leurs membres exerçant dans chaque Conseil Régional un délégué titulaire et un délégué suppléant auprès du Bureau Régional, avec voix délibérative.

Lorsque les sections nationales disposent dans un Conseil Régional d'une délégation régionale, le président de cette délégation régionale est de droit délégué titulaire auprès du bureau du Conseil Régional.

Le président de l'Association et le Secrétaire Général sont membres de droit avec voix consultative du Bureau National de chaque section nationale.

31.3 Sont d'ores et déjà créées la Section Nationale des Jeunes et la Section Internationale.

La Section Nationale des Jeunes regroupe les membres titulaires de l'Association, âgés de moins de quarante ans révolus. Elle est chargée d'identifier les problèmes spécifiques aux jeunes avocats et de faire valoir leurs intérêts au sein des organes de l'Association.

La Section Internationale regroupe les membres titulaires de l'Association intéressés par les aspects internationaux de l'exercice professionnel. Elle est chargée d'étudier les problèmes spécifiques à l'exercice professionnel sur le plan international, d'y sensibiliser les membres de l'Association et de promouvoir au sein de ses organes le rayonnement de l'Association à l'étranger.

Chacune de ces Sections s'organise conformément aux dispositions de l'article 31.2 ci-dessus.

CHAPITRE 6 - ASSEMBLEES GENERALES

ARTICLE 32 : TENUE ET DELIBERATIONS DES ASSEMBLEES GENERALES

32.1 L'Assemblée Générale se réunit sur convocation du Comité Directeur ou du Bureau National, lorsque ce dernier considère qu'il y a urgence.

Elle est présidée par le Président de l'Association ou, en cas d'absence, par le Vice-Président National le plus âgé.

Le Comité Directeur est tenu de convoquer l'Assemblée Générale à la demande du dixième au moins de ses membres titulaires, qui en font la demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au Secrétaire Général, portant la signature des demandeurs et précisant les points qu'ils désirent voir porter à l'ordre du jour.

La date et l'ordre du jour de l'Assemblée Générale sont fixés par le Comité Directeur ou le Bureau National.

En outre, l'Assemblée Générale désigne, en début de séance, deux scrutateurs qui établissent la feuille de présence avec le secrétaire.

En cas de convocation à la demande du dixième au moins des membres titulaires du Comité Directeur, l'Assemblée Générale doit être tenue dans le délai de soixante jours à compter du jour de la présentation de la lettre recommandée adressée au Secrétaire Général. Le Comité Directeur ou le Bureau National établit l'ordre du jour qui comprend obligatoirement les questions ayant fait l'objet de la demande de convocation.

L'ordre du jour est indiqué sur les convocations adressées à tous les membres de l'Association, sous la responsabilité du Secrétaire Général, au moins quinze (15) jours avant la date de la réunion fixée par le Comité Directeur ou le Bureau National. Les convocations peuvent être faites par lettre, fax ou courrier électronique ou dans une publication éditée par ou sous le contrôle de l'Association.

Il est tenu procès-verbal des séances.

Les procès-verbaux sont signés par le président de séance, le secrétaire de séance et les deux scrutateurs.

L'Assemblée Générale ne peut délibérer que sur les questions portées à l'ordre du jour.

32.2 Il est tenu, dans les neuf mois de la clôture de chaque exercice, une Assemblée Générale appelée Assemblée Générale Annuelle, laquelle peut avoir lieu en même temps et dans le même lieu que tout Congrès de l'Association qui serait décidé par le Comité Directeur.

Cette Assemblée entend ou reçoit par écrit :

- le rapport du Président,
- le rapport d'activité présenté par le Secrétaire Général,
- le rapport sur la situation financière présenté par le Contrôleur de gestion et le rapport du commissaire aux Comptes, ou à défaut, du Commissaire aux Comptes suppléant,
- les rapports d'activité présentés par chaque Section.

Elle délibère sur ces rapports et décide des grandes orientations.

Elle nomme, pour six exercices, un commissaire aux Comptes titulaire chargé de contrôler les comptes de l'Association et de présenter un rapport à l'Assemblée Générale Annuelle qui se réunira en vue de statuer sur les comptes et un Commissaire aux Comptes suppléant.

32.3 Le vote peut s'exprimer en personne ou par représentant, dès lors qu'il est membre de l'Association, dûment muni d'un pouvoir. Nul ne peut porter plus de vingt pouvoirs.

Chaque membre titulaire personne physique dispose d'une voix. Chaque membre titulaire personne morale ou groupement cotisant pour l'ensemble de ses associés et collaborateurs dispose d'un nombre de voix égal au nombre des avocats, associés ou collaborateurs, au titre desquels une cotisation a été acquittée.

Toutefois, les droits de vote susceptibles d'être exercés par les avocats membres d'une même structure d'exercice (associés ou collaborateurs) directement ou comme mandataires ne peuvent excéder 10 % des droits de vote des membres présents ou représentés.

Les décisions sont prises à la majorité simple des suffrages exprimés.

Les votes ont lieu à main levée ou par assis et debout, sauf si le Président de l'Association ou son représentant, ou le quart au moins des membres présents ou représentés à la réunion demande un vote à bulletin secret.

TITRE III -MODIFICATION DES STATUTS -DISSOLUTION

ARTICLE 33 : MODIFICATION DES STATUTS

L'Assemblée Générale peut être réunie sous forme extraordinaire pour modifier les statuts à l'initiative du Bureau National ou de dix au moins des membres du Comité Directeur, à charge pour celui qui en fait la demande d'y joindre le projet des modifications statutaires proposées.

Les statuts ne peuvent être modifiés qu'à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés.

ARTICLE 34 : DISSOLUTION

Si l'Assemblée Générale Extraordinaire est appelée à se prononcer sur la dissolution de l'Association, elle doit être convoquée spécialement a cet effet.

La décision doit être prise à la majorité des trois quarts des suffrages exprimés.

En cas de dissolution prononcée, le Comité Directeur désigne un ou plusieurs liquidateurs et deux commissaires chargés de contrôler les opérations de liquidation.

Les biens sont dévolus selon les dispositions de l'article 9 de la loi du 1er juillet 1901 et du décret du 16 août 1901.

TITRE IV - REGLEMENTS INTERIEURS

ARTICLE 35 : REGLEMENT INTERIEUR NATIONAL

Un règlement intérieur de l'Association peut être établi, complété ou modifié par le Comité Directeur ; il s'applique à tous les membres de l'Association dès son adoption.

ARTICLE 36 : REGLEMENTS INTERIEURS DES CONSEILS REGIONAUX

Chaque Conseil Régional peut établir son propre règlement intérieur qui est obligatoirement communiqué au Secrétaire Général de l'Association dans les quinze jours de son adoption ou de sa modification éventuelle.

Ce règlement complète, pour chaque Conseil Régional, les dispositions prévues tant aux statuts qu'au règlement intérieur national auxquelles il ne peut être dérogé.

Toute clause du règlement intérieur régional contraire aux dispositions des statuts ou du règlement intérieur national est réputée non écrite.

Toute modification des statuts ou du règlement intérieur national entraîne, de plein droit, la modification correspondante des règlements intérieurs régionaux.

TITRE V - DISPOSITIONS DIVERSES

ARTICLE 37 : DISPOSITIONS RELATIVES AUX ELECTIONS

Il est institué une commission de trois personnes chargée du contentieux de toutes les élections prévues aux présents statuts. Cette commission est composée :

- du prédécesseur immédiat du Président de l'Association, qui en est président de droit,
- de deux anciens Présidents.

Elle détermine elle-même les modalités de son fonctionnement et peut, dans le cadre de ses attributions, solliciter tout rapport et demander l'audition de toute personne.

Elle se saisit de toute contestation portée à sa connaissance et a tout pouvoir pour statuer sur son bien-fondé.

Elle peut décider l'annulation d'une élection, auquel cas elle prend et fait prendre toutes dispositions en vue de faire procéder à une nouvelle élection.

Ses décisions sont sans appel auprès d'autres organes de l'Association.

ARTICLE 38 : DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Tous les mandats à durée indéterminée, en cours lors de l'assemblée générale adoptant les présents statuts, deviennent des mandats à durée déterminée et courront pour trois ans à compter de la date de ladite assemblée générale. A leur terme, leur renouvellement ne sera possible qu'une fois dans la même fonction.

Les mandats à durée déterminée, en cours lors de l'assemblée générale adoptant les présents statuts, sont considérés comme des premiers mandats, sauf s'il s'agit du remplacement d'une vacance, auquel cas son titulaire ne verrait son premier mandat prendre effet, le cas échéant, qu'au terme du mandat en cours.

2021-830 DC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 8 décembre 2021

CIB

Conférence Internationale des Barreaux

Vu le Président
08 DEC. 2021

COURRIER ARRIVÉ
BUREAU DU PRESIDENT
Le 07 DEC. 2021

Monsieur Laurent Fabius
Président du Conseil
Constitutionnel
Rue Montpensier
75001 Paris

Par Porteur

Libreville, le 3 décembre 2021

Objet : Observations sur le projet de loi Confiance dans la Justice

Monsieur le président,

La Conférence Internationale des Barreaux de tradition juridique commune (CIB) qui regroupe des barreaux de 47 États membres de l'organisation internationale de la francophonie a adopté la résolution suivante lors du congrès qui s'est tenu à Libreville du 1er au 3 décembre 2021 :

« Lors de son 35ème Congrès à Libreville, la Conférence Internationale des Barreaux (CIB), qui regroupe les avocats de 47 pays, unis par la langue française, par des traditions juridiques communes, et par des valeurs fondatrices, a dénoncé par une résolution votée à l'unanimité le 3 décembre 2021 les atteintes portées au secret professionnel de l'avocat, par la loi dite « confiance » adoptée par le Parlement français le 18 novembre 2021.

En effet la CIB rappelle que le secret professionnel est la pierre angulaire du métier d'avocat, dans tous ses aspects, en tant que fondement des libertés publiques.

Dès lors, la présente résolution sera adressée par le Bâtonnier Bernard Vatier, Secrétaire général de la CIB, au Président du Conseil Constitutionnel français, en vue d'une « contribution extérieure » dans le cadre de la saisine a priori d'ores et déjà introduite par le Premier ministre français le 22 novembre 2021. »

1. La CIB rappelle les difficultés rencontrées en France pour que le secret professionnel de l'avocat soit effectivement protégé après la fusion de la profession avec celle de conseil juridique. Il a fallu deux modifications législatives successives pour que l'esprit du texte de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 soit respecté comme en témoigne le rappel de l'évolution législative objet de l'annexe. L'efficacité de la protection du secret professionnel qui est consacré par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 2021 n'est, cependant, acquise que par les dispositions du code de procédure pénale.

2. Le texte de l'article 56-1 du CPP qui avait été adopté par la loi du 15 juin 2000 dans le prolongement de la réforme de l'article 66- 5 par la loi du 7 avril 1997, a été mis à jour par la loi Confiance dans la justice en faisant intervenir le juge des libertés et de la détention, en prenant en considération l'évolution des techniques de communication mais également en mettant également en cause le secret professionnel de l'avocat comme le fait apparaître l'annexe.

41, Avenue de Friedland – 75008 PARIS
Tél. 01.88.40.19.20 / Fax. 01.53.43.15.78
contact@cib-avocats.org
www.cib-avocats.org

3. L'alinéa premier de l'article 56-1 du CPP issu de la loi nouvelle laisse expressément entendre que les perquisitions peuvent être organisées dans un cabinet d'avocats alors que la responsabilité pénale de l'avocat n'est pas en cause. Le texte prévoit, en effet, des dispositions particulières qui dérogent aux règles générales « lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat », en subordonnant, dans ce cas, l'autorisation de la perquisition à « des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre l'infraction qui fait l'objet de la procédure ». Cette même condition figure au nouvel article 60 -1-1 relatif à la saisie de donnée connexion. Cela signifie que des perquisitions peuvent être faites en dehors de toute participation de l'avocat à une infraction pénale, dans le seul but d'appréhender les éléments d'information qui ont pu être recueillies dans le cadre de la relation de confiance nécessaire qui existe entre l'avocat et son client. Une telle perspective est de nature à trahir la confiance portée à l'avocat et à remettre en cause la prohibition de l'auto incrimination. Par ailleurs, le texte n'impose pas au juge des libertés et de la détention qui décide de la perquisition, d'identifier concrètement les indices matériels qui justifieraient des soupçons qui sont de nature à justifier la décision de perquisition.

4. Au surplus, les dispositions de l'alinéa premier en contradiction avec l'ajout apporté au 2e alinéa qui prévoient qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil prévu à l'article 66-5 de la loi n°71 – 11 30 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soient saisies et placés sous scellés. Or, l'information remise à l'avocat dans le cadre de son activité de défense ou de conseil est nécessairement soumise au secret professionnel de sorte que la saisie des documents hors le cas d'une participation de l'avocat à une infraction se trouve prohibée. Il résulte une contradiction entre le premier alinéa qui permet la saisie de document en dehors de toute participation de l'avocat à une infraction pénale et le second alinéa qui protège le secret professionnel.

5. Le nouvel article 56-1-2 retient que le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquêtes d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et aux articles 421-2 , 433 -1, 433-2 et 435 -1 à 435- 10 du code pénal ainsi qu'au blanchissement de ces délits sous réserve que les consultations, correspondances pièces, détenus transmis par l'avocat de son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commissions desdites infractions. Comme les consultations qui organisent des opérations de fraude fiscale ou tout autre délit ne bénéficient pas naturellement du secret professionnel de l'avocat, il n'était pas nécessaire d'éditer un texte nouveau sauf pour faire consacrer l'ingérence de l'État qui peut écarter secret professionnel de l'avocat pratiquant des enquêtes pour des délits visés à l'article 56-1-2 du CPP.

6. Il a été jugé par la décision n° 2015- 478 QPC du 24 juillet 2015 qu'au nombre des droits et des libertés constitutionnellement garantis figurent le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable, protégés par les articles 2, 4, 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre le respect de ces droits et la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle. En l'espèce,

par l'adjonction faite au premier alinéa de l'article 56-1 du CPP, par la création de l'article 56-1-2 du CPP et de l'article 60 -1-1, le législateur manque à son devoir d'assurer cette conciliation en écartant le secret professionnel de l'avocat en dehors de toute participation de ce dernier à une activité pénalement répréhensible et en favorisant ainsi de façon injustifiée l'ingérence de l'État dans le respect de la vie privée au point de faire échec au principe de la prohibition de l'auto incrimination.

7. La préoccupation de la conférence internationale des barreaux est d'autant plus vive que la France est un modèle pour les institutions les pays de droit civil francophone. Cela signifie que par un effet de dominos, les dispositions françaises pourront être adoptées en vue de remettre en cause le contre-pouvoir des avocats, en affaiblissant la justice dans des démocraties vacillantes.

Le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats
Maître Lubin NTOUTOUME

Bâtonnier Lubin Ntoutoume
Président de la CIB

Bâtonnier Bernard Vatier
Secrétaire général

PJ : annexe mettant en évidence les modifications apportées successivement à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 2021 et celles apportées au code de procédure pénale par la loi Confiance dans la Justice

41, Avenue de Friedland – 75008 PARIS
Tél. 01.88.40.19.20 / Fax. 01.53.43.15.78
contact@cib-avocats.org
www.cib-avocats.org

ANNEXE

à la lettre du 3 décembre 2021 adressée au président du conseil constitutionnel

Rappel des textes et de leur évolution

I- La protection du secret professionnel dans la loi du 31 décembre 1971

Le secret professionnel de l'avocat a été consacré par le droit pénal jusqu'à la réforme issue de la **loi du 31 décembre 1971** portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.
Lors de sa promulgation, l'article 66 -5 de la loi énonçaient le principe ci-après :

> **Article 66-5** : les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel.

Une première réforme issue de la loi du 4 janvier 1993 s'est imposée compte tenu de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui refusait de reconnaître le secret professionnel à l'activité de conseil juridique,

> **L'article 66-5** a été complété ainsi : En toutes matières, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel.

La Cour de cassation ayant maintenu sa jurisprudence, le Parlement a adopté **la loi du 7 avril 1997** a modifié le texte dans les termes suivants malgré l'opposition du gouvernement :

> **Article 66-5** : En toute matière, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à so 6 n client ou destinées à celui-ci, 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 sont couvertes par le secret professionnel.

Par la suite, ce texte a fait l'objet de modifications techniques :

- En application de la **loi du 11 février 2004** pour prendre compte la jurisprudence de la Cour de cassation qui a considéré que les lettres officielles étaient soumises au secret professionnel. Il a donc été ajouté « à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle »

Puis pour prendre en compte le nouveau champ d'activité de l'avocat :

- Par l'adjonction par la loi **du 30 janvier 2009** de l'alinéa suivant : 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 par cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité.

- par l'adjonction **par la loi du 28 mars 2011** de l'alinéa suivant : le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L222- 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 L222-18 du même code

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa forme actuelle est le suivant :

> 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.

II- Les modifications apportées au code de procédure pénale de nature à restreindre le secret professionnel de l'avocat tel qu'elles ressortent de la loi Confiance dans la justice. Ces modifications apparaissent en rouge.

Le III de l'article préliminaire est complété par un alinéa ainsi rédigé :

Le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévue à l'article 66 – 5 de la loi numéro 71 – 11 30 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, et garantis au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code.

Article 56-1

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~~ le juge des libertés et de la détention, 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 sa proportionnalité au regard de la nature et de la gravité des faits. 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 effectuant celle-ci. 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. Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203. 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 et à ce qu'aucun document relevant de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil prévu à l'article 66 – 5 de la loi numéro 71 – 11 30 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, ne soient saisies et placés sous scellés.

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.

La décision du juge des libertés et de la détention peut faire l'objet d'un recours suspensif dans un délai de 24 heures, formé par le procureur de la république, l'avocat ou le bâtonnier ou son délégué devant le président de la chambre de l'instruction. Celui-ci statue dans les 5 jours suivant sa saisine selon la procédure prévue au 5e alinéa du présent article.

Ce recours peut également être exercé par l'administration ou l'autorité administrative compétente.

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.

Article 56 -1-1

Lorsque, à l'occasion d'une perquisition dans un lieu autre que celui mentionné à l'article 56-1, il est découvert un document mentionné au 2e alinéa du même article 56-1, la personne chez qui il est procédé à ces opérations peut s'opposer à la saisie de ce document. Le document doit alors être placé sous scellé fermé et faire l'objet d'un procès-verbal distinct de celui prévu à l'article 57. Ce procès-verbal ainsi que le document 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 procédure. Les quatrièmes et neuvièmes alinéas de l'article 56 – sont alors applicables.

Article 56 -1-2

Dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévu à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévue à l'article 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743

du code général des impôts et aux articles 421-2 , 433 -1, 433-2 et 435 -1 à 435- 10 du code pénal ainsi qu'au blanchissement de ces délits sous réserve que les consultations, correspondances pièces, détenus transmis par l'avocat de son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commissions desdites infractions.

Article 60-1-1

Lorsque les réquisitions prévues à l'article 60-1 porte sur des données de connexion émise par un avocat est liée à l'utilisation d'un réseau ou d'un service de communication électronique, qu'il s'agisse de données de trafic ou de données de localisation, elles ne peuvent être faites que sur ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le procureur de la république.

Cette ordonnance fait état des relations plausibles de soupçonner que l'avocat a commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 ainsi que la proportionnalité de la mesure au regard de la nature et de la gravité des faits.

Le bâtonnier de l'ordre des avocats en être avisé.

Les formalités prévues au présent article sont prescrites à peine de nullité

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 et l'article 60-1-1 ~~est~~ sont 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.

Lorsque que les réquisitions portent sur des données mentionnées à l'article 60-1-1 émises par un avocat, elles ne peuvent être faites que sur ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le juge d'instruction, et les 3 derniers alinéas du même article 60-1-1 sont applicables.

Article 100

En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours.

En cas de délit puni d'une peine d'emprisonnement commis par la voie des communications électroniques sur la ligne de la victime, l'interception peut également être autorisée, selon les mêmes modalités, si elle intervient sur cette ligne à la demande de la victime.

Aucune interception ne peut porter sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, sauf s'il existe des raisons plausibles de soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre, en tant qu'auteur ou complice, l'infraction qui fait l'objet de la procédure ou une infraction connexe au sens de l'article 203 et à la condition que la mesure soit proportionnée au regard de la nature et de la gravité des faits. La décision est prise par ordonnance motivée du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par ordonnance motivée du juge d'instruction, prise après avis du procureur de la république.

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 et couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévue à l'article 66-5 de la loi numéro 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, hors les cas prévus à l'article 56-1-2.

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 706-95

Si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques selon les modalités prévues ~~par les articles 100, deuxième alinéa,~~ au deuxième et dernier alinéa de l'article 100 ainsi qu'aux articles 100-1 et 100-3 à 100-7,

pour une durée maximum d'un mois, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Les dispositions de l'article 100-8 sont applicables aux interceptions ordonnées en application du présent article.

Pour l'application des dispositions des articles 100-3 à 100-5 et 100-8, les attributions confiées au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui sont exercées par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat.

Le juge des libertés et de la détention qui a autorisé l'interception est informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis en application de l'alinéa précédent, notamment des procès-verbaux dressés en exécution de son autorisation, par application des articles 100-4 et 100-5.

2021-830 DC - Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 9 décembre 2021

CABINET D'AVOCATS

Etienne Tête
Avocat au Barreau de Lyon
Palais 2015

Monsieur Laurent Fabius
Président du Conseil constitutionnel

Lyon, le mercredi 8 décembre 2021

V/Réf :
Loi sur la confiance dans l'institution judiciaire

Monsieur le Président,

J'interviens pour le compte de plusieurs clients qui ont des affaires pendantes en matière de prise illégale d'intérêts, en leur qualité de victime, sous le contrôle du ministère public car la qualité de victime est rarement reconnue.

Sur amendement sénatorial, le PROJET DE LOI pour la confiance dans l'institution judiciaire, la Commission mixte a retenu la phrase suivante :

« Article 10 bis
I. – Le code pénal est ainsi modifié :
1° Au premier alinéa de l'article 432-12, le mot : « *quelconque* » est remplacé par les mots : *« de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »* ; »

En premier lieu, le texte ne vise pas l'institution judiciaire, il y a lieu d'estimer qu'il s'agit d'un cavalier législatif au sens de la décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990, qui a vu inauguré positivement la porte étroite (G. Vedel).

En second lieu, de longue date il est retenu le principe aux visas de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 34 de la Constitution, de l'obligation pour le législateur de fixer les règles concernant la détermination des infractions et par voie de conséquence, il doit en définir les éléments constitutifs en des termes *« clairs et précis »,* censurant ainsi le terme « *malversation* » (Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985 ; Décision n° 2011–163 QPC « *inceste* »).

L'article 432-12 du code pénal (premier alinéa) : *« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement,*

3, Cours de la Liberté – 69003 Lyon
Tél. 04.72.98.11.02 /06 72 81 61 88 – Fax 04.72.98.11.09
tete.avocat@yahoo.fr

un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.(…) »

L'expression « *intérêt quelconque »* est aussi ancienne que l'article 175 du code pénal de 1810, elle avait fait ses preuves.

En substituant l'expression *« intérêt quelconque »* qui prohibe de fait toute situation où un élu à des intérêts des deux côtés d'un même contrat, que l'intérêt soit notamment économique ou moral, le remplacement par « *de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »,* ouvre un débat subjectif, sur un fait objectif.

À savoir, est-ce que la décision d'un élu qui par nature a nécessairement un objectif d'intérêt général (une collectivité locale ne peut pas prendre une décision qui n'aurait pas d'intérêt général) a été prise au profit d'un ami, d'une maîtresse ou d'un membre de la famille, sans que la décision ait été perturbée dans son impartialité, son indépendance ou son objectivité par la présence, de l'autre côté du contrat d'un ami, d'une maîtresse ou d'un membre de sa famille… Le juge devra regarder à l'intérieur du cerveau de l'élu au lieu de s'appuyer sur des faits objectifs avec tous les risques des régimes qui départagent rapidement une justice qui se tourne du côté du plus fort.

Chacun sait que la Gazette regrette au contraire que le texte n'aille pas assez loin tout en reconnaissant *« Très peu de condamnations. La Smacl compte chaque année le nombre de mises en cause pénales des élus et des agents. En 2020, 0,302 % des élus locaux ont été mis en cause pénalement, toutes infractions confondues. La prise illégale d'intérêt n'est qu'une des nombreuses infractions concernées. De plus, en moyenne, le taux de condamnation des élus locaux poursuivis est de 43 %. Le nombre de poursuites pénales contre les fonctionnaires territoriaux est encore moins marqué. »*

Cependant, le nouveau texte correspond à la plaidoirie de tous les élus en matière de prise illégale d'intérêts, à savoir que la décision a été prise pour l'intérêt général de la collectivité et des citoyens et non pas dans son intérêt personnel.

L'exemple classique lorsque dans le cadre d'une révision du plan local d'urbanisme, le maire ou un adjoint transforme leur terrain inconstructible en terrain constructible, dans un ensemble de terrains.

Pour mémoire : *« Attendu qu'en l'état de ces énonciations, relevant de son appréciation souveraine des faits et des éléments de preuve contradictoirement débattus devant elle, et dès lors que, d'une part, la révision du PLU constituait une opération unique dont la délibération et le vote du 5 avril 2013 représentaient l'aboutissement, d'autre part, l'article 432-12 du code pénal n'exige pas que l'intérêt pris par les prévenus, alors maire et adjoint au maire, soit en contradiction avec l'intérêt communal, la cour d'appel a justifié sa décision ; »* (Cass. crim., 03-04-2019, n° 18- 83.599)

Les faits de l'espèce : *« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que la commune de Bagnols-en-Forêt, dont M. Y était le maire à l'époque des faits et M. Z,*

premier adjoint, délégué à l'urbanisme, a engagé une procédure de révision de son plan local d'urbanisme (PLU) à partir de l'année 2010 qui concernait, notamment, des parcelles appartenant aux deux prévenus, procédure qui a abouti, le 5 avril 2013, au terme d'un processus de consultation, à l'approbation de ce plan par le conseil municipal par délibération n 20/2013, que le 25 avril 2013, des habitants de la commune ont dénoncé les agissements de MM. (…) »

Dans la mesure où il faudra désormais démontrer que la décision prise, par nature dans l'intérêt général, a été perturbée en raison d'un défaut d'impartialité, cela revient à valider une pratique aujourd'hui irrégulière et qui fonde le cours de droit pénal en matière de prise illégale d'intérêts, à savoir le maire qui achète à lui-même, producteur de vin, du vin pour les hospices, avec une remise, au qui vendrait un terrain municipal *« au prix du marché »,* sachant que ce prix est très subjectif lui aussi.

Pour ces motifs, il est classiquement reconnu qu'un régime démocratique se reconnaît à la précision de son droit pénal pour éviter l'arbitraire, transformer la prise illégale d'intérêts, à savoir un *« intérêt quelconque »,* en un délit où se débattra dans des décisions des collectivités locales, les éléments subjectifs, à l'intérieur du cerveau, jamais vérifiable, à savoir l'intérêt « *de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »,* paraît dangereux. Il y aura des élus ou des fonctionnaires impartiales même en présence d'un ami ou d'un frère et d'autres qui ne le seront pas en présence de leur beau-fils, à la même image que l'inceste n'avait pas prévue une définition précise de son périmètre.

Il en est toujours ainsi quand on remplace un fait matériel par un concept fondé sur l'objectif supposé de la personne mise en cause sur le plan pénal.

Je vous prie de bien vouloir agréer, Monsieur le Président, mes sincères et respectueuses salutations.

Etienne TETE

PIWNICA & MOLINIÉ
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation
70 boulevard de Courcelles
75017 PARIS
Tél : 01.46.22.83.77
courrier@p-m.fr

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CONTRIBUTION EXTERIEURE

POUR : L'Ordre des avocats au barreau Paris

SCP PIWNICA & MOLINIÉ

Saisine n° 2021-830 DC

Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 22 novembre 2021, par le Premier ministre, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Son article 3, qui prévoit des hypothèses dans lesquelles le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction, appelle, de la part de l'Ordre des avocats au barreau de Paris, exposant, les observations suivantes.

I. Adopté en lecture définitive par le Sénat le 18 novembre dernier, dans sa rédaction issue des travaux de la commission mixte paritaire telle qu'amendée par le Gouvernement, cet article insère un nouvel article 56-1-2 dans le code de procédure pénale ainsi rédigé :

« *Dans les cas prévus aux articles 56-1 et 56-1-1, sans préjudice des prérogatives du bâtonnier ou de son délégué prévues à l'article 56-1 et des droits de la personne perquisitionnée prévus à l'article 56-1-1, le secret professionnel du conseil n'est pas opposable aux mesures d'enquête ou d'instruction lorsque celles-ci sont relatives aux infractions mentionnées aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et aux articles 421-2-2, 433-1, 433-2 et 435-1 à 435-10 du code pénal ainsi qu'au blanchiment de ces délits sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions* ».

Ces dispositions méritent d'être censurées à plusieurs titres.

I. Elles portent, tout d'abord, une atteinte disproportionnée aux droits constitutionnellement garantis tels que le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

(i) Régi par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, le secret professionnel de l'avocat, qui s'applique « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense* » est un secret imposé et absolu.

Loin d'être une « *solidarité avec le crime* »[1], il est un élément essentiel du procès équitable.

Le secret professionnel est certes conforme à l'intérêt du client, « *l'intérêt privé de l'homme en peine qui doit s'abandonner à autrui* »[2], mais il est surtout édicté dans l'intérêt de la justice afin d'assurer la confiance nécessaire à l'exercice de la profession d'avocat[3]. Il constitue « *un devoir d'état, dont l'observance importe à la société et intéresse l'ordre public* »[4], une garantie de l'Etat de droit.

Il ne peut donc céder que lorsqu'il est reproché à l'avocat d'avoir participé à l'infraction. En dehors de ce cas, il ne peut y avoir d'atteinte légitime.

Il a aussi pour objet de protéger contre « *l'immixtion excessive de l'autorité publique* », justifiant l'édiction de dispositions législatives protectrices de ce secret[5].

L'opposabilité pleine et entière du secret professionnel de l'avocat constitue, en ce sens, une garantie de l'Etat de droit et ne saurait être regardée comme un frein à l'efficacité des enquêtes.

(ii) Pour sa part, le Conseil constitutionnel garantit l'effectivité et la protection du secret professionnel de l'avocat par le truchement des droits et libertés garantis par la Constitution, tels que le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable, respectivement protégés par les articles 2, 4, 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

---

[1] M. Blondet, Le secret professionnel, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin,* p. 201.
[2] M. Blondet, note 1.
[3] E.Piwnica, justice et secret, in *Justice et Cassation*, Dalloz 2007.
[4] Conclusions de l'Avocat général Quénault sur Cass. Crim., 26 juillet 1945, D.P. 1845, 1, 340 : affaire Saint-Pair.
[5] CE, 8 avril 2021, *Avis sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire*, n° 402569, § 13.

Il veille, à cette fin, à la bonne conciliation entre des impératifs de nature constitutionnelle divergents, au moyen d'un contrôle de proportionnalité approfondi.

La poursuite des objectifs à valeur constitutionnelle que constituent la sauvegarde de l'ordre public[6], la recherche des auteurs d'infractions[7] et la lutte contre la fraude fiscale[8] ne sauraient, en ce sens, justifier une atteinte disproportionnée aux droits et libertés susvisés.

Saisi de la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 246-1 à L. 246-5 du code de la sécurité intérieure, qui permettent aux services de renseignement d'accéder à des données de connexion auprès des opérateurs de communications électroniques, il a notamment relevé qu' « *il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; qu'au nombre de ces derniers figurent le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable, protégés par les articles 2, 4, 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »[9].

Plus récemment, il a réaffirmé qu'il appartient au pouvoir législatif « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis* [au nombre desquels] *figurent le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789* »[10].

---

[6] Conseil constit., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n° 82-141 DC, § 5.
[7] Conseil constit., 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, n° 96-377, § 16.
[8] Conseil constit., 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, n° 99-424 DC, § 52
[9] Conseil constit., 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres [Accès administratif aux données de connexion]*, n° 2015-478 QPC, § 16.
[10] Conseil constit., 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*, n° 2017-646/647 QPC, § 7.

Sauf à méconnaître l'étendue de sa propre compétence, le législateur est ainsi tenu de prévoir des garanties propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre ces différents impératifs de nature constitutionnelle[11].

A titre d'illustration, le juge constitutionnel a considéré, s'agissant des dispositions du code monétaire et financier issues de la loi du 26 juillet 2013 définissant certaines prérogatives d'enquête et de contrôle des agents de l'Autorité des marchés financiers, que « *le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions* »[12].

Il s'infère de la jurisprudence ainsi rappelée que la balance opérée par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il examine la conciliation entre les objectifs et les exigences constitutionnels susvisés, consiste à s'assurer que les restrictions apportées aux droits et libertés ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des fins poursuivies par le législateur.

(iii) En l'occurrence, le législateur a perdu de vue ces exigences.

En rendant inopposable le secret professionnel du conseil en matière de fraude fiscale, de financement du terrorisme, de corruption et de trafic d'influence, ainsi que le blanchiment de ces délits, ces dispositions font primer les objectifs à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, de prévention des atteinte à l'ordre public ou de lutte contre la fraude fiscale, au détriment du secret absolu et entier qui incombe à l'avocat.

Or l'activité de conseil de l'avocat participe incontestablement au bon exercice des droits de la défense.

---

[11] Conseil constit., 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques]*, n° 2010-25 QPC, § 16.
[12] Conseil constit., 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*, n° 2017-646/647 QPC, § 9 ; cf. également Conseil constit., 15 février 2019, n° 2018-764 QPC, § 8 s'agissant des agents des douanes.

En effet, le secret professionnel de l'avocat permet à toute personne, même hors l'exercice des droits de la défense, de pouvoir se confier à son avocat sans craindre que ces confidences ne soient utilisées à son détriment dans le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer, garanti par l'article 9 de la DDHC de 1789, et de pouvoir recueillir les consultations et conseils d'un avocat en toutes matières sans qu'ils puissent être utilisés contre lui.

Or la rédaction pour le moins imprécise des dispositions critiquées porte une atteinte disproportionnée à ce droit, au regard de l'objectif poursuivi par la loi, de même qu'au droit à un procès équitable, en permettant de contraindre l'avocat à communiquer des éléments matériels, y compris de pièces couvertes par le secret professionnel, sans qu'aucune garantie procédurale n'ait été instituée en dehors de la présence du bâtonnier. En particulier, les autorités d'enquête ne sont pas tenues de disposer, préalablement à la perquisition et à la saisie, d'indices graves ou concordants laissant penser que l'avocat a commis ou est complice d'une infraction.

Il faut ajouter que le nouvel article 56-1-2 du code de procédure pénale omet d'encadrer précisément les pièces susceptibles d'être saisies.

Alors que la loi déférée au contrôle du Conseil constitutionnel vise à restaurer la confiance dans l'institution judiciaire, les dispositions de son article 3 ont pour effet de saper la confiance des justiciables envers leurs conseils en réduisant l'effectivité du secret qui les unit en matière de conseil[13].

Il résulte de ce qui précède que ces dispositions ne permettent pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, les objectifs à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions, de prévention des atteinte à l'ordre public ou de lutte contre la fraude fiscale et, d'autre part, les droits et libertés constitutionnellement garantis que sont les droits de la défense, le droit au respect de la vie privée et du secret des correspondance et le droit à un procès équitable.

---

[13] Pour justifier l'exclusion des services juridiques fournis par l'avocat du champ de la directive 2014/24, la Cour de justice rappelle que de telles prestations « ne *se conçoivent que dans le cadre d'une relation intuitu personae entre l'avocat et son client marquée par la confidentialité la plus stricte* » laquelle est « *caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat* » (CJUE, 6 juin 2019, *P. M. et autres c. Ministerraad*, C-264/18, § 35 et 36).

II. Le législateur a, pour les mêmes motifs, entaché les dispositions législatives en cause d'incompétence négative en n'encadrant pas suffisamment les hypothèses dans lesquelles le secret professionnel du conseil est inopposable.

Il n'a ainsi pas épuisé la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution relatif au domaine de la loi, aux termes duquel la loi détermine la procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel censure depuis longtemps les dispositions pour lesquelles le législateur est resté en-deçà de sa compétence (cf. Conseil constit., 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature,* n° 67-31 DC ; Conseil constit., 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, n° 85-191 DC, § 5).

Le Conseil constitutionnel censure ainsi l'imprécision de la loi, son caractère équivoque et le rôle trop important conféré à l'administration (Conseil constit., 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, n° 93-323 DC, § 16 ; Conseil constit., 27 septembre 2013, *Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole]*, n° 2013-343 QPC).

Pour ne pas se placer en situation d'incompétence négative, le législateur doit déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser. Autrement dit, *« par son imprécision, le législateur ne doit pas conférer aux autorités d'application de la loi un trop grand pouvoir d'appréciation, un pouvoir non balisé »*[14].

Au cas présent, l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ne précise pas les autorités compétentes pour déterminer si les conditions sont requises pour que le secret soit levé, étant précisé que l'amendement qui avait pour objet de prévoir que seul le juge des libertés et de la détention peut assumer ce rôle a été rejeté.

[14] A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 46, janvier 2015, p. 7-20.

Et ainsi qu'il a déjà été exposé, le texte critiqué ne prévoit pas de garanties suffisantes dans le cadre des mesures d'enquête et d'instruction pouvant conduire aux perquisitions et saisies visées, qui sont susceptibles de concerner toutes consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client.

Etant ajouté que la rédaction de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale n'exige pas que l'indice de la participation de l'avocat à la commission de l'infraction ressortisse d'une analyse intrinsèque des pièces saisies.

Enfin, le dispositif instauré ne prévoit aucune mesure préventive visant à prévenir la divulgation d'informations confidentielles.

Le législateur a ainsi méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

III. Les dispositions critiquées méconnaissent, en outre, le principe d'indivisibilité du secret professionnel de l'avocat consacré par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il convient, à cet égard, de rappeler que le Conseil constitutionnel tient compte, dans le cadre de son contrôle des lois, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, au même titre que celle des juridictions suprêmes (cf. en ce sens, Conseil constit., 3 avril 2020, *M. Marc S. et autre [Exclusion de certaines plus-values mobilières du bénéfice de l'abattement pour durée de détention]*, n° 2019-832/833 QPC, § 11 ; Conseil constit., 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France [Application de la quote-part de frais et charges afférente aux produits de participation perçus d'une société établie en dehors de l'Union européenne]*, n° 2018-699 QPC, § 3 et 4).

Or il appert que cette jurisprudence est particulièrement protectrice du secret professionnel de l'avocat.

Selon le juge européen, ce secret doit bénéficier d'un haut niveau de protection dans l'ensemble des Etats membres : « *le droit communautaire, issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des Etats membres, doit tenir compte des principes et conceptions communs aux droits de ces Etats en ce qui concerne le respect de la confidentialité à l'égard, notamment, de certaines communication entre les avocats et leurs clients. Cette confidentialité répond en effet à l'exigence, dont l'importance est reconnue dans l'ensemble des Etats membres, que tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat, dont la profession même comporte la tâche de donner, de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin* » (CJCE, 8 mai 1982, *AM & S Europe c. Commission*, aff. 155/79, § 18).

A cette fin, la Cour reconnaît, de manière constante, le caractère absolu du secret professionnel de l'avocat, lequel concerne « *les activités typique de la profession d'avocat, telles que la consultation et l'assistance juridique, de même que la représentation en justice* » (CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c. Etat belge*, aff. 2-74), de même que la confidentialité de la correspondance entre le client et son avocat (CJCE, 8 mai 1982, *AM & S Europe c. Commission*, aff. 155/79).

Mieux, elle a consacré le caractère indivisible de ce secret, de sorte qu'aucune distinction ne saurait être opérée entre les activités de conseil et de défense.

La Cour a ainsi énoncé que « *la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client, dont l'objet consiste* […] *tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat* » (CJUE, 6 juin 2019, *P. M. et autres c. Ministerraad*, C-264/18, § 37).

De la même manière, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protège le secret professionnel de l'avocat, tant au titre de son activité de conseil que de celle contentieuse (cf. articles 6, §1 et 8 ; cf. également CEDH, 24 mai 2018, *Laurent c/ France*, n° 28798/13 ; CEDH, 27 avril 2017, *Sommer c/ Allemagne*, n° 73607/13).

Pour assurer une pleine effectivité des droits et libertés des justiciables, la protection du secret de professionnel de l'avocat, « *collaborateur de la justice* »[15], doit nécessairement être regardé comme couvrant, dans les mêmes conditions, les activités de conseil et celles de défense.

Ce principe d'indivisibilité du secret professionnel de l'avocat, qui mérite d'être consacré au niveau national, justifie la censure des dispositions critiquées en ce qu'elles opèrent une confusion au préjudice des justiciables ente, d'une part, les pièces d'un justiciables qui ne seraient pas couvertes par le secret professionnel – qui pourraient donc être saisies dans le cadre d'enquêtes pénales – et, d'autre part, les consultations de l'avocat, ses correspondances avec ses clients qui demeurent couvertes par le secret, sauf si elles recèlent la preuve de la participation de l'avocat à une infraction pénale.

A tous égards donc, il y a lieu d'invalider les dispositions en cause ou, à tout le moins, d'y apporter des réserves d'interprétation.

[15] CJCE, 8 mai 1982, *AM & S Europe c. Commission*, aff. 155/79.

PAR CES MOTIFS

l'Ordre des avocats du barreau de Paris conclut à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

- **DECLARER** contraires à la Constitution les dispositions de l'article 56-1-2 du code de procédure pénale résultant de l'article 3 de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ;

- à défaut, **EMETTRE** une réserve d'interprétation concernant les consultations d'avocat, les correspondances entre avocat et client et les factures de l'avocat au client, qui ne pourraient être saisies que si elles révélaient la participation de l'avocat à la commission des infractions visées ;

avec toutes conséquences de droit.

PIWNICA & MOLINIÉ
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation