

Paris, le 26 mars 2021

Procédure pénale : la liste de courses

Introduction

Le volet procédure pénale du projet de loi « confiance dans l'institution judiciaire » s'appuie sur les travaux de la commission présidée par le Bâtonnier Mattei.

Comme l'indique le rapport rendu début février, cette **commission a travaillé pendant moins d'un mois** sur le sujet - et a commencé à le faire après le délai initialement fixé par le garde des Sceaux (20 décembre 2020). Sa composition a évolué après que la presse avait révélé, mi-novembre, qu'elle ne comportait que des membres avocats, un procureur de la République et le directeur de la police judiciaire parisienne, ce que nous avons dénoncé par un communiqué de presse, pour aboutir à une représentation un peu plus équilibrée des professions concernées par l'enquête pénale.

Le ton était donné dès le questionnaire adressé par la commission préalablement à notre audition : il ne portait que sur quelques points précis de la procédure pénale, en résumé le moment et les modalités de l'intervention des parties et de leurs avocats pendant l'enquête préliminaire, les droits de recours qui pourraient être ouverts pendant cette phase d'enquête, la limitation de sa durée, et enfin le secret professionnel de l'avocat. Il nous est apparu nécessaire, malgré le temps réduit de réflexion que nous avons dénoncé, de ne pas cantonner nos observations à ces sujets, et d'**interpeller la commission sur la nécessaire cohérence de ses travaux avec les autres variables présidant aux équilibres de la procédure pénale, et notamment le sujet crucial du contrôle de l'enquête par l'autorité judiciaire.**

Nous avons ainsi **formulé nos propositions dans des observations consultables ici.**

Nous nous sommes attachés à **rappeler les éléments structurels (statut du parquet, nombre de magistrats et de greffiers, organisation de la police judiciaire, modalité d'interventions du JLD, périmètre du TTR)** extérieurs aux dispositions précises du code de procédure pénale relatives à l'enquête préliminaire, qui constituent des points d'ancrage fondamentaux sans lesquels aucune réforme ne saurait correctement prospérer. Nous avons rappelé les préconisations de l'Inspection générale de la Justice dans son rapport sur l'attractivité des fonctions de magistrat du ministère public, que nous avons saluées, et dont la chancellerie ne s'est pas saisie. Alors que ces pré-requis

essentiels pour la conduite des enquêtes n'existent toujours pas, le législateur n'a cessé de faire évoluer les dispositions du code de procédure pénale, pour permettre, pendant l'enquête de flagrance et préliminaire, des actes de plus en plus coercitifs et intrusifs sous le contrôle du JLD, sans cohérence ni vision d'ensemble, faisant ainsi reculer le périmètre des affaires objets d'une instruction. Comme le préconisait déjà le rapport déposé par Jacques Beaume en 2014, c'est ainsi à une véritable remise à plat des conditions posées pour chaque acte d'enquête (autorité compétente, délai, voie de recours...) que devrait aujourd'hui se livrer le législateur. Le syndicat propose depuis longtemps dans cette perspective une fusion des enquêtes préliminaires et de flagrance et la création d'un régime spécifique d'actes d'enquête dont le champ serait limité aux réelles urgences.

A partir des constats précités sur le statut, l'organisation et les moyens, nous avons considéré qu'il n'était pas envisageable de transposer l'ensemble des droits exercés pendant la procédure d'instruction à l'enquête préliminaire. Nous nous sommes **opposés à l'idée de délai butoir** pour les enquêtes préliminaires, dont la durée s'explique globalement par les insuffisants moyens de la justice. Nous avons relevé la nécessité d'une cohérence entre les régimes d'enquête, la procédure à l'instruction n'étant ouverte au contradictoire que dès lors que des indices suffisants sont relevés à l'encontre de la personne visée et avons proposé des pistes en ce sens. Nous avons insisté sur les **moyens importants** que nécessiterait, outre le rattrapage nécessaire en l'état du droit, une telle réforme, moyens qui ne peuvent toujours pas être évalués correctement en l'absence de volonté réelle de la chancellerie depuis des années d'avancer sur les référentiels d'évaluation de la charge de travail des magistrats.

Nous avons par ailleurs proposé quelques évolutions concernant la protection du secret professionnel des avocats, qui fait déjà, en dehors des fadettes, l'objet de dispositions spécifiques très protectrices. Nous proposons ainsi non pas d'élargir le champ de la protection, mais de renforcer les garanties entourant la décision de recourir aux actes susceptibles de porter atteinte aux droits de la défense (écoutes, fadettes, perquisitions).

Nous avons souligné que le **projet d'expérimentation de l'avocat en entreprise** soutenu par le garde des Sceaux soulèverait d'inextricables difficultés pour la justice économique et financière au regard du régime actuellement en vigueur protégeant le secret professionnel de l'avocat. Ce **projet n'est heureusement pas repris dans le projet de loi.**

La commission Mattei a rendu un rapport de trente pages, qui peut être qualifié d'indigent - mais que pouvait la commission dans de tels délais ? - et qui comprend près de 300 pages d'annexes, incluant notamment les propositions divergentes de sous-groupes de la commission ainsi que les contributions des personnes entendues. Le temps a manqué pour développer une vision cohérente de ce que devraient être les équilibres de la procédure dans tous les régimes d'enquête, et **les propositions se réduisent à quelques rustines, au mieux inopérantes, au pire dangereuses. Ce sont ces quelques propositions éparées du rapport qui sont reprises dans le projet de loi, dans sa partie procédure pénale et secret professionnel de l'avocat.**

Nous soulignons ici, comme nous l'avons fait devant la commission Mattei, **la grande lassitude - voire le désespoir - des professionnels de justice** dans un contexte marqué par des réformes incessantes, erratiques, dictées par l'actualité et des considérations politiciennes, si bien que le gouvernement est capable, sous la même mandature présidentielle et avec la même majorité, de faire puis défaire sans aucune cohérence, sans aucune colonne vertébrale, sans aucune vision et perspective pour la Justice.

En 2018 et 2019, nous avons ardemment combattu, aux côtés de nombreuses autres organisations, ce qui devait devenir les lois du 23 mars 2019 : outre la destruction de la justice de proximité à travers la fusion TI/TGI, avant sa réincarnation fallacieuse cette année sous la forme d'une résurgence du thème de la lutte contre les incivilités, nous avons dénoncé, notamment dans un document appelé « la grande braderie des libertés », les reculs des garanties et des droits de la défense contenus dans les modifications du code de procédure pénale envisagées puis votées. Le Conseil constitutionnel a, fort heureusement, censuré une bonne partie des dispositions les plus attentatoires aux principes fondamentaux. Aujourd'hui, la chancellerie affirme devoir légiférer à nouveau pour mieux garantir les droits de la défense, à partir du prisme extrêmement limité d'une affaire pénale particulière qui a fait pousser, pour reprendre une expression qu'affectionne notre garde des Sceaux, des cris d'orfraie, alors qu'elle n'était que l'illustration de l'application de la loi.

Si la commission Mattei a disposé d'un temps infiniment réduit pour ses travaux - qu'on songe aux conclusions du rapport de Jacques Beaume sur la procédure pénale, rendu en 2014, et qui estimait au bout de plusieurs mois que le travail à mener pour une véritable refonte de la procédure pénale restait colossal - **que dire de celui dont a disposé la chancellerie** pour le travail d'élaboration d'une norme qui, particulièrement en matière pénale, devrait être claire et précise et placer les acteurs de l'enquête à l'abri d'éventuels chausse-trappes procéduraux ? La lecture du projet de loi permet de vérifier que ce temps a été largement insuffisant.

I. Sur les dispositions renforçant le respect du contradictoire et des droits de la défense

1. Sur l'article 2 :

- Sur le I. 1 (instauration d'un délai maximum de l'enquête préliminaire)

Il nous paraît à la fois inadapté et globalement inutile de prévoir des délais butoirs au-delà desquels l'enquête préliminaire ne pourrait se poursuivre, obligeant le procureur de la République à engager des poursuites ou à classer sans suite : la durée d'une enquête peut ne pas constituer, en soi, une atteinte aux droits. C'est notamment le cas lorsqu'aucune technique d'enquête coercitive ou intrusive n'a été employée, qu'il n'existe pas d'indice grave contre une personne, et que l'enquête se poursuit, même avec peu d'investigations en cours, afin de ne pas laisser se prescrire une infraction pour laquelle le procureur estime nécessaire de continuer à rechercher les auteurs et/ou à faire cesser le trouble engendré. Cette situation se retrouve d'ailleurs à l'instruction, notamment en cas d'homicide, lorsque l'auteur n'a pu être rapidement confondu. A cet égard, le caractère purement indicatif du délai prévu à l'article 75-1, fixé par le procureur à l'OPJ pour mettre en oeuvre l'enquête, ne doit pas être modifié.

Il est **purement illusoire, en l'état des effectifs des magistrats**, greffiers et enquêteurs, de penser pouvoir régler la question des délais de traitement des affaires par des délais contraints fixés par le code de procédure pénale, qui n'auraient par ailleurs, dans certains cas d'enquêtes « dormantes » pour des raisons légitimes, pas de sens.

Nous avons largement exposé, dans la première grande partie de nos observations développées devant la commission Mattei, les nombreuses mesures structurelles de nature à mettre un terme aux délais de l'enquête. Nous renvoyons ainsi à ces observations sur ce point.

Le I. 1 de l'article 2 du PJL, en prévoyant un **délai butoir relativement long** (deux ans, délai qui peut être porté à trois ans), sera par ailleurs **ineffectif dans la quasi totalité des cas**, au regard des statistiques sur la durée des enquêtes rappelées par le rapport Mattei. Il paraîtrait d'un autre côté inopportun de le réduire davantage, d'une part au regard des moyens actuels en magistrats et enquêteurs, d'autre part au regard du fait, comme déjà indiqué, que certaines enquêtes peuvent être longues sans être pour autant attentatoires aux droits.

Elle comporte deux autres effets critiquables : la **charge qu'elle fera peser sur les parquets** (afin de surveiller, pour toutes les enquêtes ouvertes, la durée des procédures) sera inversement proportionnelle à l'utilité de la mesure, au regard du caractère inopérant de la disposition dans la plupart des cas. D'autre part, et bien que certaines affaires simples puissent dans certains cas durer plusieurs années, ce sont essentiellement les affaires complexes, notamment en matière économique et financière où le manque d'enquêteurs est particulièrement criant, qu'elles produiront leurs effets. Il nous apparaît ainsi que cette mesure n'est **pas de nature à favoriser l'égalité des justiciables devant la loi. L'étude d'impact qui devra être déposée lors du dépôt du projet de loi au parlement devrait, comme c'est toujours le cas, minorer cette question puisqu'il n'existe toujours pas d'outil de mesure de la charge de travail des magistrats.**

Aucune perspective n'est ouverte, concernant un exercice plus abouti des droits de la défense, aux justiciables quotidiennement jugés en comparution immédiate, procédure expéditive, à la fin de leur garde à vue : il s'agit pourtant d'une voie largement utilisée pour répondre aux contentieux de masse, qui ne paraît manifestement pas exister dans les radars du garde des Sceaux.

Le Syndicat de la magistrature avait proposé, dans le cadre de ses observations développées devant la commission Mattei, plutôt que des délais butoirs, un contrôle d'un JLD à différents stades de l'enquête afin que le respect des droits des personnes soit vérifié, non pas au bout d'un délai très long fixé de manière aléatoire et qui, dans bien des cas, sera trop tardif *in concreto*, mais en fonction des éléments de la procédure, par un examen de proportionnalité du caractère plus ou moins intrusif ou coercitif de l'enquête, d'une part, et de l'importance des charges accumulées contre la ou les personnes visées d'autre part. En effet, comme c'est le cas lorsqu'une information judiciaire est ouverte, l'ouverture du contradictoire et la possibilité d'exercer un recours juridictionnel doit dépendre de ces éléments et non d'un délai fixé arbitrairement, alors qu'il existe des enquêtes de nature très différentes : la fixation d'un même délai pour toutes les procédures ne permettra d'apporter une réponse en terme d'équilibres procéduraux dans quasiment aucune.

- Sur le I. 2 (modification des fenêtres de contradictoire ouvertes par l'article 77-2 du CPP)

Le nouveau I de l'article 77-2 du CPP 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.

Cependant, 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 pourraient être ceux déjà mentionnés plus

haut. 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 ne peut être posé de manière unique. La nécessité d'une ouverture du contradictoire ne résulte pas, au regard des principes du procès équitable, du fait que plus aucune investigation ne serait susceptible de justifier de la maintenir secrète, mais de l'existence de charges suffisantes imposant que la personne soit mise en mesure de se défendre.

Ce régime juridique 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 du 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 CPP, 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 nécessité 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 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 pour 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 leurs 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 sur les conséquences procédurales potentielles créées par le texte** : s'agit-il, comme nous le pensons, de droits en option, ouvert pour une minorité de justiciables, et dont le non-usage par le procureur ne sera pas susceptible d'être sanctionné ? Ou bien pourra-t-on venir soutenir, devant le tribunal, que le procureur n'a pas fait usage de ces dispositions permettant de donner un 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 risque 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 ouverture en principe général, sans pour autant caractériser dans quelles conditions et selon quels critères. **A 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 et ouvrent la porte à des risques procéduraux accrus.**

Le nouveau II de l'article 77-2 du CPP reprend, en les modifiant, les dispositions qui 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 réservée 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 à celle « *qui a été publiquement présentée dans des médias comme coupable de faits faisant l'objet de l'enquête dans des conditions portant atteinte à sa présomption d'innocence. Le projet précise que ces dernières dispositions ne sont cependant pas applicables lorsque les révélations émanent de la personne elle-même, ou que l'enquête porte sur des faits relevant de l'article 706-73 du présent code* ».

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 accumulées 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'une 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. 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, la perquisition, ou la fuite).

Concernant la nature des actes susceptibles de justifier après un certain délai l'ouverture de l'accès au dossier, le Syndicat de la magistrature avait proposé qu'ils soient élargis à tous les actes autorisés par le JLD, qui sont, de manière logique, les actes les plus attentatoires aux droits. S'il n'existe donc pas d'obstacle, selon nous, à permettre cet accès après une perquisition, **nous sommes farouchement opposés à ce qu'un tel accès au dossier puisse être justifié par l'existence d'une fuite dans la presse.** Les précautions ajoutées dernièrement au texte 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. Nous sommes simplement éberlués qu'une telle proposition puisse sérieusement prendre corps dans un projet de texte préparé par la chancellerie, au vu du risque de manipulation de la procédure et de la justice qui en résulte.

Nous sommes par ailleurs **très défavorables à la possibilité de contester le refus du procureur de la République devant le procureur général de la cour d'appel** : il s'agit d'une disposition essentiellement formelle au regard du délai dans lequel le parquet général devra rendre sa décision et des forces en présence, qui n'ont pas été évaluées, au moment où le projet de loi a été rédigé, dans une étude d'impact. Elle tend à donner l'illusion d'un recours juridictionnel alors qu'aucun juge du siège n'intervient ni en première instance, ni en appel. Que signifie exactement un recours devant une instance qui a par ailleurs autorité sur le procureur ?

Au-delà de son caractère flou et mou, ce projet de loi cherche à donner l'illusion d'être construit selon les principes essentiels de la procédure pénale, alors qu'il ne tend qu'à les singer.

Il existe ainsi une concordance totale entre la méthode mise en oeuvre pour rédiger ce texte, et le résultat obtenu : aucune rigueur, aucune cohérence, quelques idées saugrenues, et de l'affichage.

2. Sur l'article 3 (secret professionnel de la défense)

Le Syndicat de la magistrature n'a pas d'observation sur le 1. de l'article 3 du projet de loi.

Sur les perquisitions dans un cabinet d'avocat :

Sur le 2 : *Après la première phrase du premier alinéa, est insérée une phrase ainsi rédigée : « Lorsque la perquisition est justifiée par la mise en cause de l'avocat, elle ne peut être autorisée que s'il existe contre celui-ci des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre l'infraction qui fait l'objet de la procédure. »*

On comprend mal le sens de cet ajout : le début de la phrase laisse penser que la perquisition peut aussi être justifiée par d'autres motifs que la mise en cause de l'avocat, auquel cas la précision posée quant à l'existence de raisons plausibles n'empêche pas, par ailleurs, de réaliser une perquisition pour d'autres motifs. Ce n'est cependant pas ce qu'explique le garde des Sceaux dans ses multiples interviews sur le sujet : il paraît conditionner la perquisition dans le cabinet ou le domicile d'un avocat au fait qu'il soit lui-même mis en cause.

Il convient ainsi de clarifier la règle de droit posée par cet ajout.

Sur le fond, le Syndicat de la magistrature est **opposé, comme il l'a développé devant la commission Mattei, à poser la condition qu'il existe des d'indices contre un avocat pour qu'une perquisition puisse être ordonnée.** En effet, une telle disposition ferait échec, par exemple, à la perquisition menée chez un avocat, domicile d'un membre de sa famille qui serait visé par l'enquête. Il n'apparaît pas possible de sanctuariser le domicile d'un avocat de telle sorte que d'éventuels mis en cause pourraient l'utiliser, y compris à son insu, pour y cacher des indices d'infractions commises.

Les conditions posées pour procéder à la perquisition chez un avocat l'encadrent strictement et écartent d'ores et déjà le risque qu'il y soit recouru de manière non proportionnée : le régime comporte d'ores et déjà des modalités très protectrices, et déroatoires, celles-ci ne pouvant être menées que par un magistrat, en présence du bâtonnier, et la loi interdisant la saisie de documents relevant de l'exercice des droits de la défense, sauf lorsque l'avocat est lui-même mis en cause à travers ce document. Le principe selon lequel le magistrat mène la perquisition permet de concilier l'efficacité de l'enquête, ce dernier étant le seul à pouvoir déterminer quels documents intéressent son enquête, et la protection du secret, seul le magistrat procédant aux opérations, et non les OPJ, étant susceptible d'en prendre connaissance.

Le projet prévoit de laisser entre les mains du JLD le recours sur les pièces saisies, et de créer un recours contre cette décision, *« suspensif, dans un délai de 24 heures, formé par le procureur de la République, l'avocat ou le bâtonnier ou son délégué, devant le premier président de la cour d'appel. Celui-ci statue dans les cinq jours ouvrables suivant sa saisine, selon la procédure prévue au cinquième alinéa ».*

Pour le Syndicat de la magistrature, le recours porté devant le JLD contre une décision du juge d'instruction ou du magistrat du parquet constitue déjà une incongruité, au sens où ces magistrats appartiennent à la même juridiction devant laquelle est exercée une voie de recours. Le projet en ajoute une seconde, en faisant échapper aux juridictions naturelles du contrôle des enquêtes pénales la décision en appel.

Le Syndicat de la magistrature avait proposé à la commission Mattei une autre réforme, qui paraît plus conforme aux articulations actuelles du code de procédure pénale : au regard de l'atteinte à la confidentialité des échanges entre l'avocat et ses clients, indispensable à l'exercice des droits de la défense, que constituent les opérations de perquisition pendant le déroulement de l'acte - bien que limitée à la seule personne qui mène la perquisition et prendra connaissance des documents, le magistrat - le Syndicat de la magistrat estime que **la décision d'y procéder, justifiée par les nécessités de l'enquête, pourrait être prise par le JLD saisi par le procureur de la République en enquête préliminaire et par le juge d'instruction pendant l'instruction, dans les cadres respectifs de l'enquête préliminaire et de l'instruction.**

En cohérence avec cette évolution plus protectrice, il convient de prévoir que la chambre de l'instruction, statuant naturellement sur la décision du magistrat instructeur lorsque celle-ci est contestée, soit compétente pour se prononcer sur les contestations de saisie réalisée par le bâtonnier au cours d'une procédure d'instruction.

Sur les fadettes sur les lignes d'un avocat :

Le Syndicat de la magistrature estime que les réquisitions aux fins d'obtenir les relevés détaillés des communications de l'avocat portent atteinte au secret professionnel dans des proportions moindres que la perquisition et les écoutes, le contenu des échanges n'étant pas révélé. Néanmoins, l'identification de ses contacts peut contenir la liste des clients qu'il assiste dans le cadre des droits de la défense, bien que la simple consultation des contacts ne permette pas de distinguer ces clients, des autres clients consultant l'avocat dans le cadre d'une activité de conseil ou encore de ses autres liens amicaux ou familiaux.

Nous proposons ainsi que la protection du secret professionnel soit renforcée par le biais d'une autorisation écrite et motivée du JLD, saisi par le parquet, ou d'une décision écrite et motivée du juge d'instruction. Au regard de la nature des informations révélées par les fadettes, il n'apparaît pas utile, pour que la mesure soit proportionnée, que cette mesure d'enquête soit conditionnée à l'existence d'indices contre l'avocat.

L'exigence de motivation de la décision, au regard de la nécessité de l'acte d'enquête, et le fait de la confier à un magistrat du siège sont de nature à garantir la proportionnalité de la mesure.

Le Syndicat de la magistrature estime ainsi que le **projet**, en alignant parfaitement le régime des fadettes sur celui des écoutes, par ailleurs modifié pour ne les permettre que lorsqu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que l'avocat a commis ou tenté de commettre une infraction qui fait l'objet de la procédure, n'est **pas équilibré au regard de l'équilibre à trouver entre les principes en jeu.**

Sur les écoutes téléphoniques :

Au regard de l'atteinte au secret professionnel lié à l'exercice des droits de la défense que constitue le placement sur écoute de la ligne téléphonique d'un avocat, le Syndicat de la magistrature avait proposé, devant la commission Mattei, en cohérence avec le régime proposé pour la perquisition, que la **décision soit confiée au JLD sur saisine du juge d'instruction. Il convient par ailleurs de réserver cet acte d'enquête à la procédure d'instruction. Nous n'avons ainsi pas d'opposition à la modification introduite par le texte sur ce point.**

Contrairement à ce qui a été dit pour les perquisitions et les fadettes, il apparaît **opportun de conditionner le placement de la ligne d'un avocat sur écoute à l'existence d'indices ou de raisons plausibles laissant penser qu'il a pu participer à l'infraction objet de l'enquête.** Il n'apparaît pas que cette condition posée puisse constituer un obstacle à la manifestation de la vérité, et cette condition semble, au regard de la gravité de l'atteinte, justifiée.

En revanche, le Syndicat de la magistrature considère que **l'avis donné au bâtonnier ne se justifie en rien** : ce dernier n'étant pas au fait du contenu de l'enquête, il ne peut porter aucun avis utile sur la proportionnalité de l'acte et ne dispose, dans les faits, d'aucun moyen d'intervenir sur la mise en oeuvre de la mesure. Afin de permettre au bâtonnier d'avoir *in fine* connaissance de la réalité - dans les faits très modeste - de la mise en oeuvre d'écoutes sur les avocats de son barreau, un document comportant le nombre et la durée des mesures terminées pourrait lui être annuellement adressé par le procureur de la République et le doyen des juges d'instruction.

Le Syndicat de la magistrature propose par ailleurs, dans le cas où une conversation avec un avocat est écoutée de manière accidentelle dans le cadre d'une écoute classique, que sa transcription lorsqu'elle est légale soit réalisée sous le contrôle du juge d'instruction.

II. Sur les "dispositions relatives au secret de l'enquête et de l'instruction et renforçant la protection de la présomption d'innocence »

Le Syndicat de la magistrature avait rédigé des **observations sur ce sujet dans le cadre de son audition par la mission parlementaire présidée par Didier Paris et Xavier Breton**, auxquelles il convient de se référer concernant l'analyse des équilibres en jeu (<https://www.syndicat-magistrature.fr/notre-action/justice-penale/procedure-penale/1325-observations-devant-la-mission-parlementaire-dinformation-sur-le-secret-de-lenquete-et-de-linstruction.html>).

Devant les parlementaires, nous avons indiqué que les **commentaires déplorant le caractère « fictif » du secret de l'instruction reposaient souvent sur une incompréhension du régime prévu par l'article 11 du code de procédure pénale**. En effet, le secret de l'enquête et de l'instruction n'est qu'une déclinaison du secret professionnel et ne constitue ni une interdiction opposable aux tiers à la procédure, ni un droit pour le mis en cause d'imposer à la presse le silence sur les faits qui lui sont reprochés. Nous avons exposé que le dispositif prévu par l'article 11 du code de procédure pénale nous semblait réaliser un équilibre globalement satisfaisant (et très encadré par la jurisprudence constitutionnelle et européenne) entre d'une part le respect de la présomption d'innocence, la protection de la vie privée et les nécessités de l'enquête, et d'autre part la liberté d'expression et la liberté de la presse. Néanmoins, le dispositif actuel connaît des insuffisances réelles et nous avons également formulé des propositions afin notamment d'aboutir à une meilleure protection de la vie privée et de la présomption d'innocence et à préservation plus effective de la liberté de la presse et du secret des sources.

Dans le projet de loi, **l'article 11 du code de procédure pénale est modifié** pour ne plus renvoyer, dans sa partie relative au secret de l'enquête, aux dispositions pénales sanctionnant la violation du secret professionnel, punies d'un an d'emprisonnement par l'article 226-13 du code pénal, mais pour renvoyer à celles sanctionnant les entraves au fonctionnement de la justice, précisément l'infraction prévue à l'article 434-7-2 du code pénal. Les éléments constitutifs de cette infraction sont par ailleurs substantiellement modifiés.

Le projet propose en effet qu'il soit rédigé ainsi :

Art. 434-7-2. – Sans préjudice des droits de la défense reconnus à la personne suspectée ou poursuivie ou à la victime, le fait, pour toute personne qui, en raison de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit, de révéler sciemment ces informations à des tiers est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Certaines conditions actuellement posées pour caractériser l'infraction sont supprimées : ainsi, il n'est plus nécessaire que la révélation soit réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité ni que l'information soit révélée à des personnes qu'on sait susceptibles d'être impliquées comme auteurs, coauteurs, complices ou receleurs, dans la commission de ces infractions. **La sanction est aggravée**, le délit étant actuellement puni de deux ans d'emprisonnement. Ces conditions qui disparaissent de l'incrimination principale de-

viennent une circonstance aggravante de l'infraction, portant la sanction à cinq ans d'emprisonnement.

Une circonstance aggravante supplémentaire est prévue comme dans le régime actuel, lorsqu'il s'agit d'une affaire en matière de criminalité organisée : le quantum maximum encouru est porté de 5 à 7 ans d'emprisonnement.

Le projet de loi crée donc en définitive une infraction spécifique de violation du secret professionnel en matière de secret de l'enquête, en plus du régime de l'article 226-13 du code pénal (régime général du secret professionnel en toute matière et sa sanction), pour sanctionner plus durement le non respect du secret par les professionnels qui violent le secret de l'enquête alors qu'ils y sont tenus de par leurs fonctions.

Ce nouveau régime ne modifie pas substantiellement le périmètre du secret de l'enquête - et c'est tant mieux : actuellement, seules les personnes qui concourent à la procédure y sont tenues, ce qui exclut les parties ou les témoins - et ils le sont toujours dans la nouvelle rédaction de l'article 434-7-2. La situation des avocats est légèrement modifiée, sans qu'il soit possible d'anticiper à quel point : en effet, ils ont connaissance par leurs fonctions d'informations couvertes par le secret de l'enquête, mais la nouvelle rédaction de l'article 434-7-2 précise « sans préjudice des droits de la défense », ce qui signifie que l'exercice des droits de la défense est toujours une cause d'exonération permettant à l'avocat de rendre public des éléments de l'enquête en cours, à l'exclusion des pièces de la procédure, s'il l'estime nécessaire pour l'exercice des droits de la défense. **Il conviendrait cependant, au regard de l'importance des principes en jeu, d'exprimer plus clairement quelle est l'articulation précise des principes résultant de cette modification.**

Au final, les modifications réalisées viennent principalement aggraver les peines encourues pour violation du secret professionnel par les personnes concourant à l'enquête, afin de réaffirmer l'importance de ce secret.

Si l'on exclut la charge symbolique, ces dispositions n'auront vraisemblablement pas d'effet sur le volume des révélations, dans la presse, sur des affaires judiciaires en cours : le principe demeure que de nombreuses personnes ayant accès à des éléments de l'enquête ne sont pas tenues au secret. Tout le débat porte sur un malentendu : le secret de l'enquête n'étant pas un principe absolu, et sa violation étant difficilement sanctionnable en raison du principe du secret des sources, qui constitue lui-même un principe fondamental qu'il ne faut pas affaiblir, il est logique que des informations soient révélées au public, et que les poursuites pour violation du secret soient rares.

Le Syndicat de la magistrature comprend mal, en revanche, pourquoi le texte, qui manifeste la volonté du gouvernement de réaffirmer l'importance du secret de l'enquête en lien avec le principe de la présomption d'innocence, élargit dans le même temps les possibilités qu'il y soit porté atteinte en multipliant les personnes autorisées à communiquer sur l'enquête : nous avons déjà critiqué, dans nos observations devant la commission parlementaire, le fait que certains services d'enquête désireux de se faire valoir soient autorisés à communiquer sur certaines affaires ; nous sommes ainsi **résolument opposés à la modification de l'article 11 du CPP destiné à permettre aux procureurs de la République de communiquer sur une affaire en cours « par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire agissant avec son accord et sous son contrôle ».**

Sur ce sujet, le Syndicat de la magistrature avait proposé une évolution exactement contraire dans ses observations précitées :

Les procureurs, notamment ceux des plus petits parquets, sont parfois mis en difficulté par l'exercice d'une communication institutionnelle qui demeure hors de leur zone de confort professionnel et qu'ils doivent souvent assumer avec des moyens dérisoires, parallèlement avec la gestion des urgences judiciaires du dossier concerné voire d'autres dossiers, au risque d'une audibilité faible ou d'une communication maladroite. Une réflexion pourrait être menée en vue de la mise en place de services d'appui mutualisés au niveau des cours d'appel, mobilisables sur demande des parquets locaux, sur le modèle des chargés de mission qui peuvent d'ores et déjà exister dans les juridictions les plus importantes.