

Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
lextenso.fr

TRI-HEBDOMADAIRE
DIMANCHE 11 AU MARDI 13 OCTOBRE 2009 129^e année N^{os} 284 à 286

S
O
M
M
A
I
R
E

Libres propos

L'AVOCAT : CE NOUVEAU PROTECTEUR LÉGAL ! 2
par Patrick Michaud

ARSENIC ET VIEILLE DENTELLE : NE FAUT-IL PAS SUPPRIMER LA LOI DU 9 AVRIL 1898 ? 6
par Robert-François Rastoul

Jurisprudence

■ **PROCÉDURE PÉNALE** 8
Enquête préliminaire – Recel de véhicules volés – Captation et fixation des images par des OPJ – Parking souterrain clos d'une résidence privée – Dispositif autorisé par le syndic – Absence d'autorisation d'un magistrat – Violation de l'article 706-96 du Code de procédure pénale
Cass. crim., 27 mai 2009, note Ludovic Belfanti

■ **PROCÉDURE CIVILE** 13
C. Limoges, 15 septembre 2009, note Henri Vray

Panorama de droit administratif

Agriculture – Circulation routière – Communautés européennes – Construction et urbanisme – Contentieux administratif – Eaux – Énergie – Enseignement – Environnement – Étrangers – Fonctionnaires publics – Hôpitaux – Lois et décrets – Marchés publics – Navigation aérienne – Questions préjudicielles – Responsabilité de la puissance publique – Sécurité sociale – Sociétés commerciales – Substances vénéneuses – Travail – Travaux publics – Vétérinaires
par Philippe Graveleau

Libres propos 26
Un serment, des collaborateurs
par David Forest et Gautier Kaufman

Rendez-vous 28
La banque et les frontières : 5^{èmes} Journées internationales de droit bancaire et financier (23 octobre 2009) – Pourquoi dire non à la réforme Léger ? (Paris, 21 octobre 2009) – Les fichiers, nouvelles technologies et libertés individuelles (Paris, 30 octobre 2009) – Créations et inventions de salariés : rompre avec les schémas reçus... (Paris, 9 novembre 2009)

Bibliographie 30
Droit des assurances, par Muriel Chagny et Louis Perdrix – **Droit constitutionnel**, par Francis Hamon et Michel Troper – **Droit du travail**, par Christophe Radé

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 **RÉDACTIONNEL** P. 1 à 32 **RÉDACTION** : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / E-MAIL redactiongp@lextenso-editions.fr
ABONNEMENTS : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / E-MAIL abonnementgp@lextenso-editions.fr

CAHIER 2 **ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS** [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / **FORMALITÉS** : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / **SERVEUR INTERNET JSS** : <http://www.jss.fr>

CAHIER 3 **ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS** [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] **ADMINISTRATION** : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 **STANDARD** : 01 44 32 01 50
INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / **FORMALITÉS** : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

www.gazette-du-palais.com

L'avocat : ce nouveau protecteur légal !

Patrick MICHAUD
Avocat au Barreau de Paris

L'indépendance de l'avocat tant vis-à-vis des pouvoirs publics que de ses clients ne s'est développée que petits pas par petits pas.

Le décret de 1804 qui a rétabli le titre d'avocat avait prévu un serment de soumission aux pouvoirs politiques.

Le décret de 1810, préparé par le grand juge, duc de Massa, ministre de la Justice et de la Police a rétabli le mot « Ordre » mais celui-ci était uniquement un conseil de discipline des avocats inscrits au tableau, conseil sous le contrôle quotidien du parquet général et du ministre de la Justice : à titre d'exemple, le premier Bâtonnier de Paris avait été nommé par ce grand juge en avril 1810 et les membres de ce conseil étaient nommés par le parquet sur liste proposée par le conseil.

À la même époque, l'article 378 du Code pénal de 1810 a introduit la notion de secret professionnel pour les médecins et les pharmaciens, mais ce n'est qu'à la suite d'abord de la jurisprudence et ensuite par l'action politique que le secret professionnel de l'avocat a été légalement reconnu.

Ce n'est qu'en 1870, grâce à Émile Olivier, que le Bâtonnier a pu reprendre notre tradition pré-consulaire en se faisant élire directement par les membres de son barreau, élection symbole de notre indépendance.

Cette élection libérée était une révolution pour cette époque sans syndicat, sans association et durant laquelle les délits de coalition et de réunions illicites étaient en vigueur.

Notre serment n'a été totalement libéré de toute allégeance politique et ordinale qu'à partir de 1982.

Le délit d'audience a été supprimé à cette même époque.

Notre secret professionnel, protecteur du droit de la défense a été étendu à l'activité juridique par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990.

Après plusieurs modifications, le texte légal sur le secret de l'avocat, prévu par l'article 66-5 de la loi de 1971 est à ce jour 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 ».

Pour la jurisprudence française, le secret de l'avocat est d'abord fondé sur le droit de la défense :

« Le pouvoir, reconnu à l'officier de police judiciaire par les articles 56 et 76 du Code de procédure pénale ou au juge d'instruction par l'article 96 dudit Code, de saisir les objets et documents utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et qui sont liées à l'exercice des droits de la défense.

Dès lors encourt la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction qui refuse d'annuler la saisie, effectuée au cours d'une perquisition au domicile de la personne mise en examen, d'un courrier reçu de son avocat ayant trait à l'exécution d'une condamnation pénale, en l'espèce un suivi socio-judiciaire, prononcée dans une instance distincte » (1).

Il est classique de préciser que ce secret est absolu et d'ordre public. Toutefois, il existe plusieurs exceptions :

- Le secret n'est pas opposable dans le cas de la défense de l'avocat :

« L'obligation au secret professionnel d'un avocat ne saurait lui interdire, pour se justifier de l'accusation dont il est l'objet et résultant de la divulgation par un client d'une correspondance échangée entre eux, de produire d'autres pièces de cette même correspondance utile à ses intérêts » (2).

- Le secret n'est pas opposable si l'avocat est complice de l'infraction :

« Si les pièces échangées entre l'avocat et ses clients sont couvertes par le secret professionnel aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décem-

(1) Cass. crim., 13 décembre 2006, pourvoi n° 06-87.169.

(2) Cass. crim., 29 mai 1989, pourvoi n° 87-82.073.

bre 1971, il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction tient des articles 96 et 97 du Code de procédure pénale, le pouvoir de saisir de telles pièces lorsque, comme en l'espèce, elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction » (3).

« Même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, la conversation entre un avocat et son client ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction. La violation de ce principe doit être relevée, même d'office, par la chambre de l'instruction, statuant en application de l'article 206 du Code de procédure pénale » (4).

Pour la jurisprudence, lorsque l'avocat participe comme complice à une opération frauduleuse, il perd sa qualité d'avocat et le principe d'ordre public du secret professionnel s'évanouit *ipso facto*.

Le secret professionnel n'est pas en effet un alibi pour faciliter la préparation à une infraction.

L'ordonnance "anti-blanchiment" modifie-t-elle nos principes d'indépendance et de secret ?

Le principe est que les professionnels qualifiés définis par l'article L. 561-2 du CMF contre le blanchiment c'est-à-dire notamment les professionnels de la finance, de la comptabilité, de l'immobilier, de la joaillerie, de l'Antiquité, des jeux ainsi que les professionnels du droit sont soumis aux obligations de vigilance et de déclarations prévues par le texte.

En ce qui concerne leurs obligations de déclaration de soupçon, ces professionnels qualifiés sont tenus, conformément à l'article L. 561-15 du CMF de déclarer au service Tracfin « les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme ».

Qu'en est-il pour les avocats ?

L'ordonnance a prévu plusieurs dispositions particulières pour l'avocat, notamment le paragraphe 13 de l'article L. 561-2 du CMF qui dispose :

« 13° Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les

administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires, dans les conditions prévues à l'article L. 561-3 ».

Or, l'article L. 561-3 dispose :

« I – Les personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2, c'est-à-dire notamment les avocats, sont soumises aux dispositions du présent chapitre lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle :

1 – Elles participent au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire.

2 – Elles assistent leur client dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant :

a – l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;

b – la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;

c – l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance ;

d – L'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ;

e – La constitution, la gestion ou la direction des sociétés ;

f – La constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles 2011 à 2031 du Code civil ou de droit étranger, ou de toute autre structure similaire ;

g – La constitution ou la gestion de fonds de dotation ».

Cet article dispose par ailleurs que les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués près les cours d'appel, dans l'exercice d'une activité relative aux transactions mentionnées ci-dessus au I, ne sont pas soumis aux obligations anti-blanchiment :

– lorsque l'activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure ;

– lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

En clair, l'activité juridictionnelle, c'est-à-dire toute l'activité se rattachant à une procédure juridictionnelle est hors champ d'application de l'ordonnance.

Il en est de même pour la consultation juridique, c'est-à-dire la consultation dans un des domaines du droit.

(3) Cass. crim., 27 juin 2001, pourvoi n° 01-81.865.

(4) Cass. crim., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.447.

Le champ d'application de l'ordonnance est donc différent pour les professionnels de la finance, de la comptabilité et de l'immobilier et pour les professionnels du droit.

Il existe donc deux niveaux de participation des professionnels qualifiés pour la lutte contre le blanchiment :

- Le niveau de droit commun : la déclaration en cas de soupçon sur une opération (article L. 561-2)

Cette obligation à la déclaration en cas de soupçon vise tous les professionnels qualifiés visés à l'article L. 561-2 du CMF et ce même si ceux-ci ne participent pas ou ne conseillent pas l'opération mais elle ne s'applique pas pour les avocats et assimilés, et ce, en vertu du § 13.

- Le niveau spécial pour les avocats : la déclaration en cas de participation à une transaction (article L. 561-3)

Les obligations dites de déclaration de soupçon s'appliquent, selon les termes de l'article L. 561-3 du CMF uniquement pour avocat lorsque celui-ci :

- participe au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou ;
- agit en qualité de fiduciaire ou ;
- assiste son client dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant 6 types d'activités qu'il devient soumis aux obligations de déclaration.

Contrairement aux autres professionnels qualifiés soumis à une obligation générale, l'avocat n'est soumis à la réglementation que, si en qualité de prestataires de service, il est un conseil participant « à une transaction soupçonnable », transaction qui est déterminée et limitée avec précision.

En supposant que l'avocat participe à une transaction de ce type et qu'il établisse une opération de soupçon analytique ou systématique, pourrait-il être couvert par les différentes immunités prévues à l'article 561-22 du CMF.

En l'état actuel, je suis dubitatif : pour que les immunités de responsabilité civile, pénale et disciplinaire ainsi que celle qui nous exonère du secret professionnel prévues à l'article 561-22 du CMF s'appliquent, encore faut-il que le déclarant soit de bonne foi, c'est-à-dire notamment et pour le moins qu'il n'existe pas de concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération.

Or, la Cour de cassation analyse d'une manière particulièrement large l'élément intentionnel notamment en cas de blanchiment.

S'agissant de l'élément intentionnel du délit de blanchiment, la Haute juridiction considère que

l'élément intentionnel du délit est caractérisé dès lors que le prévenu « n'a pu ignorer l'origine criminelle ou délictueuse de la chose » (5).

La Haute juridiction a approuvé la Cour d'appel qui avait retenu la culpabilité du prévenu du chef de blanchiment de fonds provenant d'un trafic de stupéfiants aux motifs que :

« Le prévenu, professionnel de l'immobilier ne pouvait ignorer non seulement l'origine douteuse des fonds mais que ceux-ci provenaient du trafic de drogue ».

D'autres exemples montrent des situations dans lesquelles l'avocat a été rendu complice d'infractions pénales pour avoir donné des conseils ou organiser des montages hasardeux :

- Un avocat complice d'abus de biens sociaux

« Attendu que, pour déclarer Claude G. (avocat) coupable de complicité de cet abus de biens sociaux et de recel, l'arrêt énonce qu'il est intervenu à tous les stades de l'opération ayant conduit au détournement des fonds dont il a assuré la répartition et qui ont transité par un compte dont il était titulaire ; que l'arrêt ajoute qu'il était au courant, dès l'origine, du but et des modalités de cette opération qu'il était chargé d'exécuter ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le prévenu s'est rendu coupable des délits distincts de complicité d'abus de biens sociaux et de recel, la Cour d'appel a justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen doit être écarté » (6).

- Un avocat fiscaliste complice de corruption

« Attendu que, par l'intermédiaire de M. X et de François D., avocat fiscaliste dudit groupe, une société Socotra a été constituée à Jersey pour recueillir la commission occulte de 2.000.000 de francs qui lui a été versée en octobre 1991 par AEM-Megras, sous le couvert d'une étude fictive ;

Qu'avant la date du 21 mai 1991, François D. a donné à Samuel X des instructions pour commettre l'action délictuelle et a ensuite aidé ou assisté l'auteur du délit postérieurement à celui-ci, en vertu d'un accord antérieur à la corruption ; qu'en donnant à Samuel X les renseignements lui permettant de réaliser un montage financier destiné à permettre le versement de la commission aux bénéficiaires par le biais d'une société étrangère de manière à faciliter la commission de l'infraction, le prévenu s'est rendu coupable des faits reprochés et qu'il a également dans les conditions sus énoncées, apporté avec

(5) Cass. crim., 26 janvier 2005, pourvoi n° 04-83.972 ; 29 mars 2007, pourvoi n° 06-84.445.

(6) Cass. crim., 31 janvier 2007, pourvois n°s 02-85.089 et 05-82.671.

connaissance au corrupteur une aide et assistance postérieure au délit pour permettre le paiement des pots-de-vin (7).

- Corruption d'un mandataire de justice

« Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable de corruption active, les juges relèvent que Bernard X, avocat de Maurice Y, dirigeant de fait de la société Aluminium Spécialisé, en redressement judiciaire, a demandé à ce dernier de réunir une somme d'argent et chargé sa collaboratrice de la remettre à l'administrateur judiciaire désigné par le Tribunal de commerce afin que celui-ci s'abstienne de solliciter de la juridiction consulaire la liquidation judiciaire immédiate de la société ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, procédant de son appréciation souveraine, et dès lors qu'un administrateur judiciaire est une personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 433-1 du Code pénal, la Cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable » (8).

- Un notaire blanchisseur

L'article 2 de la loi du 12 juillet 1990 fait obligation à toutes les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent, ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance portant sur des sommes qu'elles savent provenir du trafic de stupéfiants ou d'organisations criminelles. Ainsi, commet le délit de blanchiment de capitaux provenant d'un trafic de stupéfiants, le notaire qui favorise l'achat d'un immeuble au moyen de fonds qu'il sait provenir d'un tel trafic, alors qu'il lui incombait de porter cette acquisition à la connaissance du procureur de la République (9).

*
* *

(7) Cass. crim., 9 novembre 1995, pourvoi n° 94-84.204.

(8) Cass. crim., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-87.151.

(9) Cass. crim., 7 décembre 1995, pourvoi n° 95-80.888.

En conclusion, les avocats n'auront l'obligation de se soumettre à la réglementation que s'ils participent activement par leur conseil ou leur activité de rédacteur d'actes à un certain type de « transactions soupçonnables » mais alors il n'est pas certain qu'ils puissent alors bénéficier des 5 immunités légales (immunité de l'anonymat (article L. 561-19 *in fine*)), immunité contre la violation du secret professionnel, immunité de responsabilité civile, immunité de responsabilité pénale, immunité disciplinaire, car ils risqueraient alors d'être considérés comme complices de l'infraction en ayant agi en « concertation frauduleuse ».

En fait, ne revenons donc nous pas à la période antérieure à la loi de décembre 1990, période qui ne reconnaissait pas le secret professionnel en matière juridique ?

« Ne méconnaît pas le secret professionnel l'audition en qualité de témoin d'un avocat, conseil de sociétés, dès lors que cette audition concerne l'activité de rédacteur d'acte, ou de négociateur, et non l'exercice des droits de la défense » (10).

Par ailleurs, dans le cadre des transactions soupçonnables, il est peu fréquent que l'avocat agisse seul, le plus souvent d'autres professionnels qualifiés sont présents, ceux-ci n'auront alors aucun état d'âme pour établir les déclarations de soupçon

En définitive, nous allons assister au retour de l'avocat insoupçonné, refusant d'assister un client dans une des transactions visées à l'article L. 561-3 et si celle-ci est soupçonnée de blanchiment et en s'abstenant de rentrer en relation d'affaires avec des clients soupçonnés.

En ayant obtenu par l'article L. 561-3 du CMF la reconnaissance légale du droit de dissuader la réalisation d'une infraction, l'avocat va devenir ce protecteur légal de la République mais nos responsables professionnels politiques devront analyser l'impact économique et politique de cette nouvelle situation.

(10) Cass. crim., 30 septembre 1991, pourvoi n° 91-84.403.