

BULLETIN OFFICIEL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
n° 102 (1^{er} avril au 30 juin 2006)

Circulaires de la Direction des affaires criminelles
Signalisation des circulaires du 1^{er} avril au 30 juin 2006

Circulaire relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales renforçant les droits de la défense

CRIM 2006-13 E8/13-06-2006

NOR : JUSD0630078C

Avocat
Droit à la défense
Récidive

Destinataires

Procureurs généraux - Représentant national auprès d'Eurojust - Premiers présidents des cours d'appel

TEXTES SOURCES :

Art. 434-7-2 du code pénal ; art. 43, 56-1 et 105 du code de procédure pénale

- 13 juin 2006 -

PLAN DE LA CIRCULAIRE

1. Modifications concernant le délit de révélation des éléments d'une procédure pénale

1.1. Modifications apportées aux dispositions de l'article 434-7-2 du code pénal

1.2. Modalités de mise en œuvre des dispositions de l'article 434-7-2 du code pénal : délocalisation des procédures

2. Modifications relatives aux perquisitions concernant les avocats

2.1. Modification des règles applicables aux perquisitions dans les cabinets d'avocats ou à leur domicile

2.1.1. Condition et déroulement de la perquisition

1° Exigence d'une décision écrite et motivée

a. Condition générale

b. Contenu de la décision

2° *Rôle du magistrat et du bâtonnier*

3° *Affirmation du principe de spécialité de la perquisition*

2.1.2. Respect du libre exercice de la profession d'avocat

2.2. *Perquisitions dans les locaux des Ordres des avocats et des CARPA*

2.3. *Perquisitions au cabinet ou au domicile du bâtonnier*

3. Modifications relatives aux écoutes téléphoniques concernant les avocats

Annexe (non-publiée) :

modèle de décision de perquisition

Les articles 36, 37 et 38 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales sont venus apporter plusieurs modifications aux dispositions du code pénal et du code de procédure pénale afin de mieux garantir l'exercice des droits de la défense.

Ces modifications sont le résultat d'une concertation approfondie intervenue au cours de l'année 2005 entre le ministère de la justice et les organisations professionnelles représentant les avocats, à la suite des interrogations suscitées par les premières applications de l'article 434-7-2 du code pénal relatif au délit de révélation des éléments d'une procédure pénale, institué par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Elles concernent les dispositions de l'article 434-7-2 du code pénal (1), et celles des articles 56-1 et 105 du code de procédure pénale relatifs aux perquisitions (2) et aux écoutes téléphoniques dont peuvent faire l'objet les avocats (3).

1. Modifications concernant le délit de révélation des éléments d'une procédure pénale

1.1. Modifications apportées aux dispositions de l'article 434-7-2 du code pénal

L'article 434-7-2 du code pénal relatif au délit de révélation des éléments d'une procédure pénale, institué par la loi du 9 mars 2004, a été modifié par le I de l'article 36 de la loi du 12 décembre 2005 afin de concilier au mieux l'application effective de cette incrimination, qui est en effet susceptible de s'appliquer à l'encontre d'un avocat, avec la nécessité de préserver le libre exercice des droits de la défense.

En premier lieu, le législateur a procédé, dans un souci de clarification à une réécriture des éléments constitutifs de l'incrimination afin de souligner le caractère intentionnel de ce délit.

Il doit ainsi être établi que l'auteur de faits a révélé « sciemment des informations » issues d'une enquête ou d'une instruction, « à des personnes qu'[il] sait susceptibles d'être impliquées » dans la commission des infractions. Il n'est plus précisé qu'il peut s'agir d'une révélation directe ou indirecte.

En outre, il est désormais exigé la preuve d'un dol spécial, puisque la révélation devra être « réalisée dans le dessein d'entraver » le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité.

Les dispositions de l'article 434-7-2 continuant comme dans le passé d'être édictées « sans préjudice des droits de la défense », il résulte ainsi clairement de ces modifications qu'un avocat qui, dans le cadre de la défense d'un mis en examen, informerait de bonne foi, par exemple le conjoint ou le concubin de cette personne, de la nature des charges pesant sur celle-ci et de ses déclarations, ne saurait commettre d'infraction si, à son insu, ces informations sont ensuite transmises à des co-auteurs ou complices pour entraver le

déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité, ou s'il se révèle ultérieurement que ce conjoint ou concubin était lui-même coauteur ou complice des faits.

Par ailleurs, les peines encourues sont abaissées à deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende. Il en résulte notamment que le placement en détention provisoire de l'auteur de ce délit n'est plus possible en application du 2° de l'article 143-1 du code de procédure pénale.

Toutefois, les peines de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende sont maintenues lorsque la révélation intervient dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction concernant un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant des dispositions de l'article 706-73 du code de procédure pénale relatives à la délinquance et à la criminalité organisée, tels que par exemple un trafic de stupéfiants ou une association de malfaiteurs terroriste.

Ces dispositions plus douces, si elles ne remettent évidemment pas en cause la validité des actes de procédure accomplis sous l'empire de la rédaction originelle de l'article 434-7-2, sont immédiatement applicables aux faits commis avant le 14 décembre 2005.

1.2. Modalités de mise en œuvre des dispositions de l'article 434-7-2 du code pénal : délocalisation des procédures

Il importe évidemment que les poursuites susceptibles d'être engagées sur le fondement des dispositions de l'article 434-7-2 puissent être examinées par une juridiction d'instruction ou de jugement dont l'impartialité ne saurait être mise en cause. Cette question se pose d'une manière générale, puisque le délit étant nécessairement commis par une personne qui, « du fait de ses fonctions » et « en application des dispositions du code de procédure pénale », a eu connaissance de la procédure, il s'agira nécessairement d'une personne qui soit fera partie de la juridiction, soit sera habituellement en relations professionnelles avec les membres de celle-ci, comme par exemple un magistrat, un greffier, un policier, un gendarme ou un avocat.

Il en résulte que lorsque l'infraction paraîtra avoir été commise à l'occasion d'une information en cours, notamment par un avocat désigné par une des parties à cette procédure, il conviendra dans la mesure du possible¹ que ces faits, s'il doivent également donner lieu à l'ouverture d'une information, ne fassent pas l'objet d'un réquisitoire supplétif ou d'une instruction distincte confiée au même magistrat instructeur, mais qu'ils soient délocalisés conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 43 du code de procédure pénale.

Cet alinéa, issu de la loi du 9 mars 2004, permet en effet la délocalisation, dès le stade de l'enquête, des affaires mettant en cause, comme auteur ou victime, une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public en relation habituelle avec les magistrats ou fonctionnaires de la juridiction.

Afin de favoriser le recours à cette disposition, le II de l'article 36 de la loi du 12 décembre 2005 a réécrit cet alinéa afin d'énumérer, de manière non limitative, les principales personnes concernées par cette procédure. Les avocats sont ainsi expressément désignés avec les magistrats, les officiers publics ou ministériels, les militaires de la gendarmerie nationale et les fonctionnaires de la police nationale, des douanes ou de l'administration pénitentiaire.

La référence expresse aux avocats, auxiliaire de justice en contact étroit et permanent avec les membres de la juridiction, lève dès lors toute ambiguïté sur le fait que cette disposition leur est bien applicable.

Lorsqu'il sera averti de la commission du délit de révélation, et spécialement si est mis en cause un avocat, le procureur de la République pourra en conséquence proposer au procureur général de transmettre la procédure concernant ce délit au procureur de la République auprès du tribunal de grande instance le plus proche du ressort de la Cour d'appel,

¹ C'est-à-dire lorsque les investigations portant sur le délit de révélation ne seront pas directement liées aux investigations portant sur les faits objet de la procédure à l'occasion de laquelle la révélation est intervenue, et qu'elles pourront faire l'objet d'une procédure distincte.

qui sera territorialement compétent pour connaître de l'affaire. Ce procureur pourra ainsi ordonner une enquête sur ces faits avant de décider le cas échéant d'ouvrir une information ou d'en poursuivre l'auteur devant le tribunal correctionnel, sans que l'impartialité de la juridiction ne puisse être contestée.

2. Modifications relatives aux perquisitions concernant les avocats

L'article 37 de la loi du 12 décembre 2005 a sensiblement modifié les dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale relatif aux perquisitions concernant les avocats, afin de mieux concilier l'application de ces dispositions avec le respect des droits de la défense. Ces modifications sont également la conséquence de la concertation intervenue avec les organisations représentatives des avocats (cf. *supra*).

Les nouvelles dispositions sont évidemment applicables à l'enquête de flagrance ou à l'instruction, du fait notamment du renvoi opéré par l'article 96 du code de procédure pénale.

Le législateur a ainsi modifié les règles relatives aux perquisitions dans les cabinets d'avocats ou à leur domicile (1). Cette protection a été étendue aux locaux des ordres des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA), avec des garanties supplémentaires (2). Ces nouvelles garanties sont également applicables aux perquisitions dans le domicile ou le cabinet du bâtonnier (3).

2.1. Modification des règles applicables aux perquisitions dans les cabinets d'avocats ou à leur domicile

2.1.1. Condition et déroulement de la perquisition (alinéa 1^{er} de l'article 56-1)

Le premier alinéa de l'article 56-1 a été entièrement réécrit, afin de revoir les conditions et le déroulement de la perquisition.

Les règles prévues par cet alinéa présentent une particulière importance, car il est désormais expressément indiqué que l'ensemble des dispositions de cet alinéa « sont édictées à peine de nullité ».

1° Exigence d'une décision écrite et motivée

a. Condition générale

Les perquisitions ne peuvent désormais être effectuées qu'à la suite d'une décision écrite et motivée prise par le magistrat qui y procède, laquelle indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision doit être porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Il n'est en revanche pas prévu qu'une copie de cette décision lui soit remise. Il n'est pas non plus prévu que cette décision soit portée à la connaissance de l'avocat chez qui la perquisition a lieu.

Un modèle de décision figure en annexe de la présente circulaire. En pratique, il conviendra que cette décision, signée du magistrat, soit annexée au procès-verbal de perquisition, que le procès-verbal y fasse référence et indique qu'elle a été portée à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué. Afin d'éviter toute difficulté, il est souhaitable que la prise de connaissance de la décision par ce dernier soit formalisée par une signature de l'intéressé sur le document lui-même, mais ce formalisme n'est pas exigé par la loi et la mention figurant dans le procès-verbal – qui doit comme auparavant être co-signé par le bâtonnier ou le délégué assistant à la perquisition – est juridiquement suffisante.

b. Contenu de la décision

- Nature de l'infraction

La décision devra en premier lieu indiquer la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles porte l'enquête ou qui font l'objet de la procédure.

C'est la qualification juridique des faits – telle qu'elle paraît devoir être retenue à ce stade de la procédure - qu'il conviendra de mentionner, mais il n'est juridiquement pas indispensable de préciser les faits eux-mêmes (en indiquant notamment leur date et lieu de commission, et l'identité de la victime s'il y a lieu), même si une telle précision peut évidemment apparaître.

- Raisons justifiant la perquisition

Les informations qui figureront dans la décision devront être suffisamment explicites pour justifier l'opération (en indiquant par exemple que l'avocat est mis en cause par certaines personnes comme coauteur ou complice de telle ou telle infraction).

Pour autant, elles ne devront pas consister en des révélations qui seraient de nature à gêner les investigations en cours (l'identité de ces personnes pouvant par exemple ne pas être précisée).

Il convient à cet égard d'observer qu'une motivation jugée insuffisamment explicite par le bâtonnier ou son délégué pourra conduire celui-ci à contester le bien fondé de la perquisition et à s'opposer en conséquence à toute saisie, ce qui amènera le juge des libertés et de la détention à se prononcer sur la contestation au vu de l'ensemble du dossier de la procédure, en application des dispositions, inchangées, des alinéas trois à sept (anciennement deux à six) de l'article 56-1.

Il ne semble pas toutefois que le contenu même de la motivation de la décision, dont l'objet est précisément d'éclairer le bâtonnier ou son délégué pour lui permettre de décider de s'opposer ou non aux saisies, puisse en tant que tel constituer, s'il apparaissait incomplet, une cause de nullité de la procédure.

- Objet de la perquisition

La décision devra succinctement indiquer la nature des documents ou objets que la perquisition a pour finalité de découvrir, conformément aux dispositions générales du premier alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale.

Selon la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, il pourra notamment s'agir d'objets ayant pu servir à commettre l'infraction ou qui peuvent en être le produit, ou de documents, et notamment de dossiers, dans lesquels sont susceptibles de figurer des informations relatives à la commission de l'infraction, et spécialement de dossiers ouverts au nom des auteurs ou complices présumés de cette infraction.

2° Rôle du magistrat et du bâtonnier

Les nouvelles dispositions prévoient que seuls le magistrat et le bâtonnier ou son délégué ont le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie.

La loi vient ainsi préciser les dispositions précédentes qui prévoyaient que seul le magistrat ou le bâtonnier pouvait prendre connaissance des documents découverts lors de la perquisition préalablement à leur éventuelle saisie. Il est ainsi clairement prévu que la simple consultation en elle-même, sans lecture approfondie, des documents se trouvant dans le cabinet par les enquêteurs ou toute autre personne accompagnant le juge d'instruction est prohibée.

Bien évidemment cette interdiction de consultation ne vaut que pour la perquisition elle-même. Dès lors que le magistrat décide de la saisie d'un document, et si le bâtonnier ne s'y oppose pas afin que le juge des libertés et de la détention soit saisi de la contestation, les enquêteurs ont alors le droit d'en prendre connaissance et d'en exploiter le contenu.

Cette interdiction ne concerne par ailleurs que les documents se trouvant sur les lieux de la perquisition – qu'il s'agisse de documents écrits ou sur supports informatiques – mais

non les objets, tels que ceux ayant pu servir à la commission de l'infraction ou qui en sont le produit.

3° Affirmation du principe de spécialité de la perquisition

Les nouvelles dispositions affirment enfin le principe de spécialité de la perquisition : aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision de perquisition.

En revanche, si sont découverts, concernant ces infractions, des éléments de preuve autres que ceux mentionnés dans la décision comme étant l'objet de la perquisition, leur saisie pourra intervenir, puisqu'elle ne portera pas atteinte au principe de spécialité tel qu'il est défini par le législateur.

2.1.2. Respect du libre exercice de la profession d'avocat (alinéa 2 de l'article 56-1)

L'article 37 de la loi du 12 décembre 2005 a inséré dans l'article 56-1 du code de procédure pénale un deuxième alinéa précisant que le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat.

Une telle disposition, qui s'inspire directement de celle prévue à l'article 56-2 du code de procédure pénale relative aux perquisitions effectuées dans les entreprises de presse, signifie que la perquisition ne doit pas entraver inutilement le fonctionnement d'un cabinet d'avocat.

Il en résulte par exemple que lorsque la perquisition a été effectuée dans le cabinet de l'avocat et qu'il n'apparaît pas nécessaire d'y procéder ultérieurement à de nouvelles recherches, ce cabinet ne doit pas être placé sous scellés.

De même, il n'y pas lieu de placer sous scellés des locaux abritant plusieurs cabinets, si un seul d'entre eux est l'objet des investigations.

Bien que cette règle ne soit pas expressément édictée à peine de nullité, elle présente évidemment une particulière importance.

Il conviendra en conséquence qu'elle soit scrupuleusement respectée par les magistrats du parquet lors des perquisitions intervenant au cours de l'enquête.

2.2. Perquisitions dans les locaux des Ordres des avocats et des CARPA

Le dernier alinéa de l'article 56-1 prévoit désormais que les dispositions de cet article sont applicables aux perquisitions effectuées dans les locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats.

Afin de prendre en compte la spécificité de telles perquisitions, qui sont en effet susceptibles de provoquer une gêne dans le fonctionnement de l'ensemble des cabinets d'avocats d'un même Barreau et qui doivent de ce fait demeurer très exceptionnelles, il est alors prévu qu'en cas d'opposition à la saisie d'un document par le bâtonnier, les attributions confiées au juge des libertés et de la détention sont exercées par le président du tribunal de grande instance.

Par ailleurs, ce dernier doit être avisé préalablement de la perquisition. Les modalités de cet avis ne sont pas précisées.

En pratique, cet avis, qui peut être fait par tout moyen et le cas échéant par téléphone, devra être mentionné dans le procès-verbal de perquisition, ou dans un procès-verbal distinct.

Même si la loi ne l'exige pas, cet avis pourra résulter de la communication au président de la décision écrite de perquisition prévue par le premier alinéa de l'article 56-1, ou d'une copie de cette décision, ce magistrat pouvant alors apposer sa signature sur cet original ou cette copie pour attester qu'il en a eu connaissance.

2.3. Perquisitions au cabinet ou au domicile du bâtonnier

Le dernier alinéa de l'article 56-1 précise qu'en cas de perquisition dans le cabinet du bâtonnier ou à son domicile, les attributions normalement confiées au juge des libertés et de la détention sont également exercées par le président du tribunal de grande instance qui doit être préalablement avisé de la perquisition.

Là encore, ces règles ont pour objet de prendre en compte la spécificité de ces perquisitions qui, du fait des fonctions confiées au bâtonnier, peuvent avoir des répercussions sur les autres cabinets d'avocats.

3. Modifications relatives aux écoutes téléphoniques concernant les avocats

L'article 100-5 du code de procédure pénale complété par l'article 38 de la loi du 12 décembre 2005 dispose désormais qu'à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense.

Cette nouvelle disposition est la consécration législative de la jurisprudence de la Cour de cassation qui n'autorise la transcription et le versement au dossier d'une conversation entre un avocat et son client que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à l'infraction. Dans un tel cas en effet, il ne s'agit plus de l'exercice normal des droits de la défense. Les mêmes principes fondent l'interdiction de saisir un courrier échangé entre un avocat et son client relatif à l'exercice des droits de la défense.

L'interdiction posée par l'article 100-5 s'applique de façon générale, qu'il s'agisse d'écoutes directes ou indirectes d'un avocat (dont la ligne a été mise sur écoute, ou dont les propos sont surpris sur la ligne d'un tiers).

Elle concerne évidemment les écoutes ordonnées dans le cadre d'une enquête concernant des faits de délinquance ou de criminalité organisée, en application des dispositions de l'article 706-95 du code de procédure pénale.

Je vous serais obligé de bien vouloir veiller à la diffusion de la présente circulaire, et de m'aviser, sous le timbre de la Direction des affaires criminelles et des grâces, des difficultés qui seraient susceptibles de résulter de l'application des dispositions qui y sont commentées.

Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,

Pascal CLEMENT