



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 9 novembre 2021

**Objet : Observations PJJ « Confiance dans l'Institution Judiciaire »
issu de la Commission mixte paritaire**

Madame la Présidente, Monsieur le Président,

Au vu des débats qui ont eu lieu postérieurement à la publication du projet de la Commission Mixte Paritaire, nous souhaitons porter à votre connaissance les éléments suivants, en concentrant nos observations sur les deux sujets qui nous semblent les plus importants.

1) Concernant le secret professionnel de l'avocat

Certains avocats se sont émus de ce que l'opposabilité du secret professionnel pour le conseil ne soit pas aussi large que ce qu'ils auraient souhaité. Relevons tout d'abord que d'autres professions donnent des conseils juridiques (à commencer par les notaires et les experts comptables) et n'ont jamais réclamé une telle opposabilité du secret aux autorités publiques.

En outre, l'exception pour certains délits (fraude fiscale, corruption, et blanchiment de ces infractions) prévue au nouvel article 56-1-2 1° est curieusement rédigée, puisqu'elle semble ne couvrir – ce qui est déjà le cas en droit positif – que les cas de participation de l'avocat à l'infraction, tout en étant semble-t-il moins exigeante que le droit actuel sur les conditions de saisie des documents. Il n'est pas certain que cette rédaction, qui ne crée pas de vraie spécificité pour la fraude fiscale et la corruption, soit conforme à l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale.

Madame Yaël BRAUN-PIVET
Présidente de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale
126 rue de l'Université
75007 PARIS

Monsieur François Noël BUFFET
Président de la Commission des Lois du Sénat
Palais du Luxembourg
15, rue de Vaugirard
75291 PARIS Cedex 06

Surtout, il convient de rappeler que la CJUE n'admet aucunement, suivant en cela la tradition continentale, l'opposabilité du secret du conseil aux enquêtes de la Commission européenne en matière de droit de la concurrence : 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. Il ne fait aucun doute que, dans son interprétation téléologique, le même sort sera réservé à ces documents dans le cadre d'une enquête du nouveau Parquet européen (cf. notamment § 115 de l'arrêt Akzo Nobel les développements sur la nécessité d'une application uniforme du droit dans l'Union). Mais la question se pose également pour les enquêtes portant sur des domaines « communautarisés », comme l'ensemble des dossiers de blanchiment (directive 2015/849), de pratiques commerciales trompeuses (directive 2005/29), d'abus de marché (règlement 596/2014), mais aussi de fraude à la TVA. Le fait que ces enquêtes soient conduites par des autorités nationales n'exclut aucunement le principe d'effectivité du droit communautaire, lequel reste supérieur aux règles nationales – à l'instar des règles italiennes de prescription dans une affaire de fraude à la TVA (CJUE (GC), 8 septembre 2015, C-105/14). En outre, le Brexit a eu pour conséquence que le poids des juridictions de Common Law dans l'Union est devenu plus faible, ce qui rend très peu probable l'adoption par la CJUE de concepts de cette tradition juridique, surtout lorsqu'ils viendraient complexifier l'application effective de normes de droit de l'Union.

Enfin, l'exception introduite en droit français est parfaitement conforme à ce qui se pratique dans les pays qui admettent la protection du secret du conseil dans le cadre d'enquêtes pénales.

En effet, 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 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 : *Clark 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.* »

2) Concernant les enquêtes préliminaires en matière financière

Sur ce point, le projet nous paraît clairement inconstitutionnel. En effet, l'absence de dérogation à la règle des deux ans plus un, pour ces enquêtes financières complexes et qui ont pris une importance pratique considérable, porte atteinte à la fois à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et à celui de lutte contre la fraude fiscale.

Dans sa décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, le Conseil a combiné ce principe avec celui de la bonne administration de la justice 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. 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 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 déferé 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. 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 classer, soit ouvrir une information judiciaire, le renvoi devant le tribunal n'étant, par hypothèse, pas possible pour une enquête non terminée.

C'est précisément cette obligation, en pratique, d'ouvrir une information judiciaire pour des enquêtes complexes et non terminées qui cristallise les difficultés.

Tout d'abord, l'article ne s'accompagne d'aucune disposition transitoire, et encore moins d'une augmentation significative des moyens des juridictions d'instruction spécialisées en matière financière. Une telle augmentation prendrait d'ailleurs plusieurs années du fait de la complexité du recrutement et de la formation de magistrats dans ces matières, que le recrutement de profils expérimentés ne corrige qu'en partie.

Or, et ce point avait été soulevé lors des débats, il ressort d'une analyse rapide des flux (cf. GOLDSZLAGIER, J., *Durée maximale des enquêtes préliminaires : de la lenteur à l'arrêt ?* Dalloz Actualités, 27 mai 2021), que le nombre d'enquêtes supérieures à trois ans représentent 49.858 procédures police et 9.480 procédures gendarmerie – soit environ 60.000 procédures. L'article observe que 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 CINQ FOIS la charge annuelle entrante par cabinet (164 contre 31). L'auteur calcule que 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. Cet impact sera instantané.

Comme l'auteur, l'on ne peut que relever que l'impact sera concentré sur les juridictions connaissant une activité importante en matière financière (Paris, Marseille, Lyon, mais aussi Nanterre).

En outre, le chiffre de 3 % des enquêtes préliminaires qui dépasserait 3 ans, mis en avant par la Chancellerie, est trompeur, puisque ce faible pourcentage dissimule plus de 60.000 procédures par an, dont les plus complexes.

Comme il a été indiqué ci-dessus, la durée moyenne des instructions, qui frôle les 90 mois en matière financière, ne pourrait qu'augmenter encore au-delà du raisonnable, tant au regard du traitement des affaires que de possibles condamnations de la France devant la CEDH.

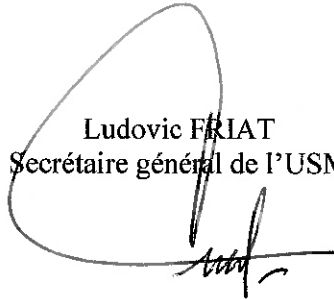
Il ne s'agit pas ici du simple risque qui avait entraîné la censure dans la décision n° 2016-741 DC, mais d'une certitude mathématique.

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 délibérée caractérise une volonté de déstabiliser la justice financière, ce qui n'est pas compatible avec la protection constitutionnelle dont jouit la lutte contre la fraude fiscale.

Je vous prie de croire, Madame la Présidente, Monsieur le Président, en l'assurance de ma haute considération.

Ludovic FRIAT
Secrétaire général de l'USM

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ludovic Friat', is written over the typed name and title. The signature is stylized and includes a large, sweeping loop at the beginning.