

# La lettre

Mars 2010 - n° 20

## Contentieux Pénal et Commercial

### Actualité Contentieuse

#### *Editorial... La réforme de la procédure pénale aura-t-elle finalement lieu ?*

Il y a quelques semaines encore, tous les observateurs considéraient comme acquis le principe d'une réforme en profondeur de la procédure pénale, les débats portant principalement sur son ampleur et ses modalités. Aujourd'hui pourtant, la question de l'existence même d'une telle réforme peut légitimement se poser.

En vertu de l'article 34 de notre Constitution, toute modification de la procédure pénale ne peut s'opérer que par la voie législative, et donc par l'intervention du Parlement. Mais ce dernier fait actuellement face à un calendrier des plus chargés (réforme des retraites, etc.) et ne dispose plus que d'un temps utile d'environ quinze mois avant que ne s'ouvre la prochaine campagne électorale en vue de l'élection présidentielle, période par définition peu propice aux réformes de grande ampleur, surtout quand elles sont controversées.

La réforme de la procédure pénale, sujet aride et source de division, pourrait bien s'en trouver ajournée *sine die* ... Pourtant, jusqu'à récemment, la démarche entreprise semblait annonciatrice d'un véritable bouleversement de notre procédure pénale doublement séculaire.

Que l'on se rappelle seulement l'annonce précipitée par le Président de la République, dès janvier 2009 lors des vœux à la Cour de cassation, et près de neuf mois avant la remise des conclusions de la Commission Léger le 1<sup>er</sup> septembre 2009, de sa volonté d'envisager la suppression du Juge d'instruction.

Que l'on se rappelle encore qu'en moins de six mois, plusieurs groupes de travail, animés et dirigés par le Garde des Sceaux, ont abouti à la distribution d'un avant projet de loi en février 2010, qui, n'ambitionnait pas moins que de soumettre au débat quatre des neuf livres que devait comprendre le futur Code de procédure pénale !

Pour autant, après les effets d'annonce et maintenant que s'ouvre le temps du débat, doctrinal, parlementaire ou simplement politique, au moins deux écueils se font jour.

.../...



Gide Loyrette Nouel

Abu Dhabi  
Tél. +971 (0)2 667 6972  
gln.abudhabi@glde.com

Alger  
Tél. +213 (0)21 23 94 94  
gln.algiers@glde.com

Belgrade  
Tél. +381 (0)11 30 24 900  
gln.belgrade@glde.com

Bruxelles  
Tél. +32 (0)2 231 11 40  
gln.brussels@glde.com

Bucarest  
Tél. +40 21 223 03 10  
gln.bucharest@glde.com

Budapest  
Tél. +36 1 411 74 00  
gln.budapest@glde.com

Casablanca  
Tél. +212 (0)5 22 27 46 28  
gln.casablanca@glde.com

Dubai  
Tél. +971 (0)4 445 6500  
gln.dubai@glde.com

Hanoi  
Tél. +84 4 3946 2350  
gln.hanoi@glde.com

Hô Chi Minh Ville  
Tél. +84 8 3823 8599  
gln.hcmc@glde.com

Hong Kong  
Tél. +852 2536 9110  
gln.hongkong@glde.com

Istanbul  
Tél. +90 212 385 04 00  
gln.istanbul@glde.com

Kiev  
Tél. +380 44 206 0980  
gln.kyiv@glde.com

Londres  
Tél. +44 (0)20 7382 5500  
gln.london@glde.com

Moscou  
Tél. +7 495 258 31 00  
gln.moscow@glde.com

New York  
Tél. +1 212 403 6700  
gln.newyork@glde.com

Paris  
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00  
Info@glde.com

Pékin  
Tél. +86 10 6597 4511  
gln.beijing@glde.com

Prague  
Tél. +420 222 871 111  
gln.prague@glde.com

Riyadh  
Tél. +966 1 217 77 54  
gln.riyadh@glde.com

Saint-Petersbourg  
Tél. +7 812 303 6900  
gln.saintpetersburg@glde.com

Shanghai  
Tél. +86 21 5306 8899  
gln.shanghai@glde.com

Tunis  
Tél. +216 71 891 993  
gln.tunis@glde.com

Varsovie  
Tél. +48 (0)22 344 00 00  
gln.warsaw@glde.com



Le premier est bien naturellement celui de la mise en œuvre concrète de la principale mesure annoncée : la suppression du Juge d'instruction, et son nécessaire corollaire, la réforme de l'enquête. Si les critiques à l'encontre de l'institution du Juge d'instruction sont bien connues, la démonstration de ce que le nouveau système envisagé garantirait plus et mieux les droits des parties, civiles ou mises en cause, n'est pas aboutie. Or pour que la réforme soit un succès, le nouveau système doit constituer un progrès dans sa globalité, bien au-delà des expériences heureuses ou malheureuses que tout praticien peut avoir avec des juges d'instruction et/ou des magistrats du Parquet. Un bon système est celui qui fonctionne de manière satisfaisante indépendamment de la qualité de ceux qui œuvrent au sein de l'institution judiciaire.

Le second écueil tient dans le fait qu'à défaut d'être votée par une très large majorité - qui ne se profile pas, la loi nouvelle serait très certainement soumise à la censure du Conseil constitutionnel. Celui-ci aurait alors à vérifier que les nouvelles dispositions, qui, par essence, touchent toutes aux libertés publiques les plus fondamentales, sont conformes, non seulement à la Constitution, mais également aux engagements internationaux de la France, et notamment à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Dans un temps aussi bref, ce n'est plus un défi mais une gageure...

Tous ces éléments conduisent à douter sérieusement qu'une réforme d'une ampleur significative voie le jour avant 2012.

Pour autant, le travail de fond qui a été engagé et les critiques nombreuses qu'il a soulevées ne sont pas inutiles. Un travail de maturation peut en effet s'avérer fécond, comme le démontre l'élaboration du nouveau Code pénal, dont les prémices remontent à 1974, avec un texte définitif adopté en 1992, et entré en vigueur en 1994.

Sans pour autant envisager un laps de temps aussi long, la réforme de la procédure pénale pourrait alors être l'un des chantiers prioritaires de la prochaine législature, avec pour objectif l'entrée en vigueur d'un nouveau Code de procédure pénale à l'horizon 2017.

**Bruno Quentin**

### **Débat : La class action... encore et toujours**

La *class action* n'a pas fini de faire parler d'elle. Alors que le Tribunal de grande instance de Paris a récemment débouté la société Vivendi de sa demande tendant à faire juger que la participation de certains de ses actionnaires français à une *class action* introduite devant les juridictions américaines constituait un abus de droit d'ester en

justice<sup>(1)</sup>, le gouvernement français vient de déposer - aux côtés, notamment, du gouvernement australien, de l'Afep et du Medef - un mémoire *d'amicus curiae* devant la Cour Suprême, "*auto-saisie*" de la question de la légitimité d'une *class action* introduite devant les juridictions new-yorkaises par les actionnaires australiens d'une banque australienne<sup>(2)</sup>.

Le sujet est loin d'être théorique. En effet, comme l'ont récemment souligné certains de nos Confrères<sup>(3)</sup>, les *class actions* introduites aux Etats-Unis contre des sociétés non américaines par des actionnaires non américains tendent à se multiplier, avec pour ces derniers l'objectif - avoué ou non - de bénéficier de ressources (*discovery, class action* avec système *d'opt out, punitive damages*, notamment) que leur système judiciaire leur refuse.

Pour ce qui concerne les justiciables français, de telles pratiques risquent peut-être de se multiplier compte tenu de la bienveillance dont semblent faire preuve tant les juridictions américaines que le juge français à l'égard de telles actions. Ainsi, dans l'affaire Vivendi, le juge new-yorkais s'est déclaré compétent *ratione materiae* pour connaître des demandes des actionnaires français contre la société Vivendi, société de droit français faut-il le rappeler. Et, alors que celle-ci lui opposait l'impossibilité de faire exécuter en France le jugement à intervenir sur le fond du litige, le juge américain a observé, au contraire, qu'il était "*fort probable, même si la procédure de "class action" n'existe pas encore en France, qu'un jugement rendu dans une affaire comportant une "class action" avec exclusion, parce qu'il n'offenserait pas les concepts français d'ordre public international, bénéficierait de l'exéquatur lorsque celui-ci serait sollicité*"<sup>(4)</sup>. Le juge français n'a, semble-t-il, pas désapprouvé l'intuition du juge new-yorkais.

1. L'on sait que pour qu'une décision étrangère puisse obtenir l'exéquatur du juge français, plusieurs conditions doivent être réunies.
- Il faut d'abord que le juge étranger ait été compétent pour connaître du litige, qui doit ainsi présenter un lien avec l'Etat dont la juridiction a été saisie et a statué.

De cette première condition - la plus souvent opposée pour contester l'exéquatur - les tribunaux français font une appréciation relativement libérale : sauf compétence exclusive des juridictions françaises, le juge étranger est considéré comme compétent dès lors que le litige qu'il a eu à connaître se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi.

<sup>(1)</sup> TGI Paris, 13 janvier 2010, RG 09/15408

<sup>(2)</sup> *Morrisson v/ National Australia Bank*

<sup>(3)</sup> Les Echos, 1<sup>er</sup> mars 2010, p. 11

<sup>(4)</sup> TGI Paris, 13 janvier 2010, précité



Ce lien avec l'Etat étranger peut être plus ou moins ténu. S'il est le plus souvent apprécié à partir d'un faisceau d'indices pertinents (domicile, lieu du fait dommageable, etc.), les tribunaux français ont parfois jugé qu'un indice unique, tel que nationalité commune des parties, pouvait suffire à caractériser un tel lien<sup>(5)</sup>.

Le choix de la juridiction étrangère ne doit, par ailleurs, pas avoir été frauduleux (Cf. *infra*)<sup>(6)</sup>.

- Il faut ensuite que le jugement étranger soit conforme à l'ordre public international français, à savoir l'ordre public international de fond et l'ordre public international de procédure.

L'ordre public international de fond s'entend des "valeurs substantielles fondamentales de la société française"<sup>(7)</sup>. Soulignons ici que ce n'est pas la loi étrangère appliquée par le juge étranger qui doit être conforme à l'ordre public international de fond mais bien le jugement lui-même : un jugement étranger peut donc être compatible avec l'ordre public international français alors même que la loi appliquée, appréciée abstraitement, lui est contraire.

L'ordre public international de procédure recouvre, quant à lui, les principes fondamentaux liés au respect du droit à un procès équitable, qui doivent avoir été respectés à tous les stades de la procédure. Ainsi, les modes de preuves employés à l'étranger ne doivent pas être attentatoires aux droits de la défense, la décision étrangère doit être valablement motivée, etc.

- Il faut, enfin, que la saisine de la juridiction étrangère ne soit pas frauduleuse. La fraude s'entend ici, notamment, de la fraude à la compétence judiciaire - le choix de la juridiction étrangère ne doit pas être artificiel -, ou de la fraude au jugement qui peut consister, par exemple, dans le fait d'opposer en France une décision obtenue d'un juge étranger, que le juge français aurait refusé de prononcer.
2. L'impossibilité d'obtenir en France l'exéquatur de la décision étrangère rendue dans le cadre d'une *class action* avec *opt out* est aujourd'hui le principal argument opposé aux juges américains pour les convaincre de décliner leur compétence pour trancher les litiges opposants des justiciables - actionnaires et sociétés - français, quand bien même le litige présenterait des liens avec les Etats-Unis.

Le premier argument - le plus défendu par la doctrine repris par l'Etat français dans son mémoire

*d'amicus curiae* - consiste à soutenir que la *class action* avec *opt out* serait contraire à l'ordre public international de procédure français et, notamment, à la liberté d'agir en justice et au principe selon lequel "nul ne plaide par procureur". Plus fondamentalement, la *class action* avec *opt out* s'opposerait à la conception française de la "partie au procès".

La thèse peut paraître convaincante, à plusieurs titres. D'abord, parce qu'il est classiquement exposé qu'en droit français l'action en justice est considérée comme une prérogative juridique propre à chaque individu, un droit subjectif. En ce sens, l'action est une faculté que son titulaire peut vouloir exercer ou non. Ensuite, parce que notre droit définit la "partie au procès" comme "une personne physique ou morale engagée dans un procès ; toute personne qui est dans l'instance"<sup>(8)</sup>. La partie est, plus particulièrement, celle qui "agit en justice dans le but de faire valoir un droit"<sup>(9)</sup>.

L'on comprend alors que certains prétendent que le droit processuel français ne pourrait s'accommoder de la pratique de la *class action* avec *opt out* puisqu'en application de cette procédure toute victime d'un même comportement, même si elle n'a pas formellement exprimé sa volonté d'adhérer à la classe et qu'elle n'est pas techniquement dans l'instance, y est cependant automatiquement représentée - certes de façon abstraite.

Toutefois, l'on sait que dans le système de l'*opt out*, les personnes introduites automatiquement dans la classe ont toujours la possibilité d'en sortir dès lors qu'elles ont été valablement informées de l'introduction de cette *class action*. Toute personne de la classe peut donc s'en extraire, à tout moment. Par ailleurs, un type d'action similaire est déjà connu du droit français et autorisé par la Cour de cassation, s'agissant de l'action de substitution des syndicats<sup>(10)</sup>.

3. Dans l'affaire Vivendi, le raisonnement a été poussé encore plus loin : selon la société française, les membres français de la classe se seraient rendus coupables d'un abus de *forum shopping* en saisissant le juge américain d'un litige franco-français. Cette fraude serait d'autant plus grave que, conscients de ce qu'en tout état de cause le jugement rendu par les juridictions new-yorkaises n'obtiendrait pas l'exéquatur en France, la participation à la *class action* n'empêcherait pas les plaideurs français déboutés aux Etats-Unis d'introduire postérieurement une action contre Vivendi devant les juridictions françaises.

<sup>(5)</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1994, Rev. crit. DIP 1996, p. 127

<sup>(6)</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082

<sup>(7)</sup> A. Huet, *Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale*, Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 124-7, n° 33

<sup>(8)</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF

<sup>(9)</sup> Kornprobst, *La notion départie et le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ 1959, p. 12

<sup>(10)</sup> Soc, 1<sup>er</sup> février 2000, Bull. Civ. V, n° 52



Le Tribunal de grande instance balaie d'un revers de main l'argumentation de Vivendi. La juridiction française relève d'abord que, le juge new-yorkais s'étant déclaré compétent en retenant l'existence d'un lien de rattachement entre les fautes - commises sur le territoire américain - reprochées aux dirigeants de la société française et le préjudice allégué par les actionnaires français de celle-ci, cela suffit à démontrer la légitimité de l'initiative de ces actionnaires qui n'ont fait qu'"exercer l'option de compétence reconnue en droit international". En effet, l'on sait que le *forum shopping* n'est pas, en soi, prohibé par le droit français.

Le Tribunal souligne ensuite que, même si les juges français devaient refuser l'exéquatur à la décision américaine à intervenir au motif qu'elle aurait été rendue suivant une procédure contraire à l'ordre public international français, cette seule circonstance ne saurait "en tout état de cause caractériser la faute et l'abus dans l'exercice du droit d'agir en justice", le Tribunal n'ayant pas manqué de rappeler, sous la forme d'un "attendu de principe" que "le droit d'agir en justice constitue un droit fondamental qui ne dégénère en abus pouvant donner lieu à dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil qu'en cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol". Ainsi, selon le juge français, l'ingéniosité dont les actionnaires de Vivendi ont pu faire preuve en se joignant à la *class action* introduite aux Etats-Unis, quand bien même cette intervention aurait pour objet et/ou pour effet de contourner les règles judiciaires françaises, ne peut être qualifiée ni de malice, ni de mauvaise foi.

En revanche, le juge français ne se prononce pas sur les conséquences qu'un refus d'exéquatur pourrait avoir sur le droit des actionnaires français à introduire en France une nouvelle action contre la société Vivendi. Cette question est pourtant essentielle puisqu'en droit judiciaire français, est déclarée irrecevable, sur le fondement de l'autorité de chose jugée, toute action dont les parties, l'objet et la cause seraient identiques à une précédente action ayant donné lieu à décision de justice.

Or, à supposer que le jugement new-yorkais n'obtienne pas l'exéquatur des Tribunaux français, il est parfaitement concevable que, faute de pouvoir se prévaloir en France d'un jugement contre la société Vivendi, les actionnaires français introduisent une nouvelle action, cette fois-ci devant les juridictions françaises, tendant aux mêmes fins que la *class action* engagée outre-Atlantique.

Alors que les pouvoirs publics français sont encore réticents à l'introduction de la *class action* dans notre droit judiciaire, la décision rendue par le Tribunal de grande instance dans l'affaire Vivendi révèle que les

juges parisiens, au contraire, n'y seraient pas hostiles, allant jusqu'à valider les pratiques de contournement, certes habiles, du système judiciaire français.

La décision rendue par la Cour Suprême dans l'affaire *Morrisson v/ National Australia Bank* sera peut-être l'impulsion nécessaire au Gouvernement français pour légiférer - ou non - sur la *class action*.

Audrey Kukulski

### ***Jurisprudence... Intervention de l'avocat en garde à vue : vers la fin des "visites de courtoisie" ?***

Avec près de 800.000<sup>(11)</sup> gardes à vue en 2009, dont environ 200.000 liées à la délinquance routière - soit une augmentation de près de 60% depuis 2001 - la controverse sur l'opportunité de cette mesure privative de liberté ne cesse de croître dans l'opinion.

Dénoncée comme attentatoire aux droits de la défense, notamment en raison du rôle limité octroyé à l'avocat, elle est dorénavant aujourd'hui au cœur de l'actualité judiciaire et de la prochaine réforme de la procédure pénale.

#### **Les modalités actuelles d'intervention de l'avocat en garde à vue**

Le Code de procédure pénale permet aujourd'hui à tout officier de police judiciaire, dans le cadre d'une enquête préliminaire<sup>(12)</sup> ou en cas de crime ou délit flagrant, de "placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction"<sup>(13)</sup>. Cette privation de liberté peut durer 24 heures et être renouvelée une fois avec l'autorisation du Parquet ou, le cas échéant, du Juge d'instruction. En matière de criminalité et de délinquance organisée<sup>(14)</sup>, la mesure peut durer jusqu'à 96 heures<sup>(15)</sup>.

La personne suspectée peut notamment<sup>(16)</sup> - et c'est le cœur du débat actuel - demander à s'entretenir avec un avocat,

<sup>(11)</sup> Les chiffres du Ministère de l'Intérieur font état de 581.885 gardes à vue de décembre 2008 à novembre 2009 hors délinquance routière.

<sup>(12)</sup> et donc, *in fine*, sous le contrôle du Parquet

<sup>(13)</sup> Article 63 du Code de procédure pénale.

<sup>(14)</sup> Par exemple, en matière de trafic de stupéfiants ou de proxénétisme aggravé.

<sup>(15)</sup> et jusqu'à six jours en matière de terrorisme.

<sup>(16)</sup> Outre les droits dont elle dispose d'être informée de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête et de la durée possible de la garde à vue ainsi que de celui de faire prévenir un proche ou de consulter un médecin.



au besoin commis d'office, "dès le début de la garde à vue"<sup>(17)</sup> (article 63-4 du Code de procédure pénale). Cet entretien ne peut durer plus de trente minutes.

En cas de prolongation de la mesure au-delà de 24 heures, l'avocat peut s'entretenir à nouveau avec son client dès le début de celle-ci, toujours pendant une durée maximale de trente minutes<sup>(18)</sup>.

A aucun moment, l'avocat n'a accès au dossier de l'enquête, étant uniquement informé de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle elle porte. Il ne peut assister son client lors des interrogatoires alors qu'à compter de la mise en examen, sa présence deviendra obligatoire.

Les modalités de cette intervention, extrêmement limitée dans le temps et l'objet, ont conduit certains à la qualifier de "visite de courtoisie", qui ne sert qu'à s'assurer de l'état de santé du gardé à vue et à le rassurer.

### **L'annulation de gardes à vues sur le fondement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**

S'appuyant sur la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme, de nombreux avocats ont engagé des actions tendant à obtenir, à court terme, l'annulation des gardes à vue de leurs clients et des poursuites dont ils font l'objet, et à moyen terme, une réforme législative des conditions de leur intervention.

Par une série de décisions intervenues depuis décembre 2009, plusieurs tribunaux correctionnels, cours d'appel et juges de la liberté et de la détention<sup>(19)</sup> ont fait droit à leurs demandes.

Ils ont ainsi prononcé la nullité de gardes à vue au motif que les modalités d'assistance de l'avocat durant cette mesure ne respectaient pas l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement" et que tout accusé a droit à "disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense" et à "avoir l'assistance d'un défenseur de son choix", tel qu'interprété par la Cour européenne.

En effet, par une série d'arrêts<sup>(20)</sup> dont les plus emblématiques sont les arrêts Salduz et Dayanan, la Cour européenne a tenté de préciser les modalités d'assistance du gardé à vue par un avocat.

Dans l'arrêt Salduz contre Turquie du 27 novembre 2008, la Grande Chambre de la Cour a ainsi jugé que "pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment "concret et effectif", il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police", sauf à démontrer qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit.

Elle a ensuite affirmé qu'il "est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation."

Or, si la loi française impose aux officiers de police judiciaire de tout faire pour contacter un avocat dès que le gardé à vue le demande, rien ne les oblige à attendre l'arrivée de celui-ci pour interroger le suspect. Il est donc fréquent qu'un gardé à vue soit interrogé avant d'avoir pu bénéficier des conseils, même limités, de son avocat.

Tirant les conséquences de l'arrêt Salduz, certaines juridictions ont récemment prononcé la nullité de gardes à vue durant lesquelles l'accès à l'avocat n'avait pas été consenti dès le premier interrogatoire<sup>(21)</sup>.

Dans l'arrêt Dayanan contre Turquie du 13 octobre 2009, la Cour est allée plus loin en imposant une présence effective de l'avocat dès le stade de la garde à vue. Selon elle, l'accusé doit pouvoir bénéficier de "toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil" et qui comprend des "éléments fondamentaux" inhérents à sa défense, à savoir :

- la discussion de l'affaire,
- l'organisation de la défense,
- la recherche des preuves favorables à l'accusé,
- la préparation des interrogatoires,
- le soutien de l'accusé en détresse, et
- le contrôle des conditions de détention.

C'est en reprenant chacun de ces éléments que la 12<sup>ème</sup> chambre du Tribunal correctionnel de Paris a constaté, dans un jugement du 20 janvier 2010, que le droit français ne permettait pas de faire bénéficier le gardé à vue de l'assistance concrète et effective d'un avocat. Selon elle, le

<sup>(17)</sup> En matière de criminalité ou de délinquance organisées, cet entretien est différé à l'issue de la quarante-huitième heure puis de la soixante-douzième heure en cas de prolongation (article 706-88 du Code de procédure pénale).

<sup>(18)</sup> Hors les exceptions prévues par les articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>(19)</sup> Les décisions les plus emblématiques sont les jugements du Tribunal correctionnel de Bobigny du 30 décembre 2009, du Tribunal correctionnel de Paris du 20 janvier 2010, ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 19 janvier 2010.

<sup>(20)</sup> Voir les arrêts Böke et Kandemir C/ Turquie du 10 mars 2009 et Pishchlanikov c/ Russie du 24 septembre 2009, Kolesnik c/ Ukraine du 19 novembre 2009 qui reprennent et développent les principes déjà consacrés par l'arrêt Murray c. Royaume-Uni du 8 février 1996 (n° 18731/91)

<sup>(21)</sup> Notamment les ordonnances du Juge des Libertés et de la Détention de Marseille du 22 janvier 2010 et du premier Président de la Cour d'appel de Rennes du 18 décembre 2009.



rôle confié à l'avocat, qui ne peut être présent pendant les interrogatoires du gardé à vue, ni avoir accès au dossier de l'enquête, constitue "une violation manifeste des règles européennes posées par l'article 6-1 de la Convention européenne".

Le Tribunal poursuit en relevant que l'avocat assiste son client en "spectateur impuissant", ce qui est "d'autant plus préjudiciable que la garde à vue constitue une atteinte majeure à la liberté individuelle, majorée par ses conditions matérielles et sa fréquence."

La 17<sup>ème</sup> chambre du Tribunal correctionnel de Bobigny relève quant à elle que le droit français ne suffit pas à "garantir le respect des droits dérivant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme car le droit à l'assistance d'un avocat a un contenu en droit européen beaucoup plus large qu'en droit interne".

Pour autant, la Cour de Strasbourg n'exige pas expressément que l'avocat soit présent pendant les interrogatoires du gardé à vue, ni qu'il ait accès au dossier de l'affaire.

Il faut toutefois admettre, si l'on veut que le droit à l'assistance d'un avocat soit "concret et effectif"<sup>(22)</sup>, que l'avocat doit au moins avoir accès au dossier de l'enquête, c'est-à-dire à l'ensemble des éléments à charge et à décharge connus des autorités poursuivantes, pour pouvoir conseiller efficacement son client.

Cette analyse est contestée par la Chancellerie qui soutient que le droit français est conforme aux exigences de la jurisprudence européenne dès lors qu'il permet au gardé à vue de s'entretenir confidentiellement avec un avocat dès le début de la garde à vue<sup>(23)</sup>.

Elle relève également que les décisions de la Cour européenne ont condamné la Turquie et non la France et qu'elles sont intervenues dans des affaires où la législation turque ne permettait aucune intervention de l'avocat durant la garde à vue. Un tel raisonnement ne saurait prospérer au regard de la généralité des principes dégagés par la Cour européenne.

### **La conformité des modalités d'intervention de l'avocat à la Constitution ?**

Forts de ces premières décisions de juridictions du fond, et dans l'attente d'une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation, des avocats ont soulevé devant différentes juridictions pénales la question de la conformité des dispositions du Code de procédure pénale en matière de garde à vue aux droits et libertés garantis par la Constitution, la loi permettant en effet depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 à tout citoyen de poser une question prioritaire de constitutionnalité.

Il est ainsi soutenu que l'absence d'assistance effective de l'avocat durant la garde à vue porte atteinte aux droits de la défense, au droit à une procédure juste et équitable, à la liberté individuelle ainsi qu'au principe d'égalité des citoyens devant la loi et devant la justice.

La question a été transmise à la Cour de cassation qui décidera, au plus tard au mois de juin, si elle la transmet à son tour au Conseil Constitutionnel, lequel disposera alors de trois mois pour se prononcer.

Dans l'hypothèse où celui-ci invaliderait des dispositions du Code de procédure pénale relatives à la garde à vue, il pourrait décider de leur abrogation immédiate ou, plus probablement, à une date ultérieure, afin de donner le temps au gouvernement de faire adopter sa réforme prévue pour l'automne, si tant est que celle-ci satisfasse aux exigences constitutionnelles.

### **Les avancées de l'avant-projet de réforme de la procédure pénale**

C'est donc dans ce contexte que l'avant-projet de réforme de la procédure pénale propose de modifier les modalités d'intervention de l'avocat en garde à vue.

Bien que les avancées restent timides, la réforme, si elle était adoptée en l'état, étofferait le rôle de l'avocat en lui permettant :

- d'avoir accès aux procès-verbaux d'interrogatoires de son client lors de sa première intervention dès le début de la mesure, même si, dans la plupart des cas, le suspect n'aura pas encore été interrogé ou le procès-verbal tapé...
- d'avoir accès à ces procès-verbaux lors d'une nouvelle intervention de l'avocat prévue à la douzième heure ;
- d'être présent lors des interrogatoires de son client à compter de la vingt-quatrième heure de garde à vue.

D'aucuns objecteront que la très grande majorité des gardes à vue dure moins de 24 heures ou que cette disposition incitera les officiers de police judiciaire à densifier les premiers interrogatoires. D'autres souligneront que l'accès aux déclarations du client n'a qu'un intérêt limité et ne peut remplacer une connaissance précise des éléments à charges connus des services d'enquête qui seule permettrait au conseil de préparer une défense.

Ils pourraient en conclure que le droit français de la garde à vue est encore loin de satisfaire aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et que l'avant-projet de la Chancellerie, par sa simple existence, constitue un aveu des faiblesses et imperfections du régime actuel.

<sup>(22)</sup> Pour reprendre la terminologie récurrente de la Cour européenne des droits de l'Homme.

<sup>(23)</sup> Déclarations du Garde des Sceaux des 9 et 10 février 2010.



### Quelques décisions intéressantes...

- La Caisse d'Epargne Bretagne Pays de Loire était poursuivie devant le Tribunal d'instance de Saint-Malo pour manquement à son devoir d'information et de conseils dans le cadre de la souscription par l'un de ses clients, en novembre 2006 puis en septembre 2008, d'actions de la société Natixis.

L'association UFC-Que Choisir est intervenue volontairement à cette instance aux fins d'obtenir "une condamnation pleine et entière du dommage porté à l'intérêt collectif des consommateurs" qui, comme le demandeur principal, avaient souscrit des actions Natixis dans des conditions prétendument irrégulières.

Par jugement du **16 mars 2010**, le Tribunal d'instance de Saint-Malo a débouté les demandeurs de l'ensemble de leurs demandes, jugeant que la Caisse d'Epargne n'avait manqué à aucune de ses obligations à l'égard de son client, auquel avait été communiquée une information exhaustive tant sur la nature de son investissement que sur les avantages et les risques y afférents. La Caisse d'Epargne Bretagne Pays de Loire était représentée par **Michel Pitron** et **Audrey Kukulski**.

- Dans le cadre d'une assignation délivrée par un particulier à la Caisse d'Epargne Ile de France Paris, l'association UFC-Que Choisir a décidé d'intervenir volontairement à la cause dans le but revendiqué d'interpeller les pouvoirs publics sur la création d'une "class action" dans le système judiciaire français. A cet effet, UFC-Que Choisir a appelé en intervention forcée les vingt Caisses d'Epargne régionales ainsi que la Caisse Nationale des Caisses d'Epargne, puis a incité une soixantaine de consommateurs, clients des Caisses d'Epargne régionales, à intervenir volontairement.

Les Caisses d'Epargne assignées en intervention forcée ont relevé un dévoiement manifeste de procédure et ont conclu à l'irrecevabilité de ces interventions forcées au motif qu'UFC-Que Choisir n'a pas qualité pour agir dans l'hypothèse de fautes purement civiles autrement qu'en qualité de "parties jointes". Elles ont également conclu à l'irrecevabilité de la plupart des interventions volontaires faute pour les consommateurs de se trouver dans une situation juridique similaire à celle du demandeur principal.

Par jugement du **8 décembre 2009**, le Tribunal de grande instance de Paris a fait droit aux arguments des Caisses d'Epargne. Les Caisses d'Epargne régionales et la Caisse Nationale des Caisses d'Epargne étaient représentées par **Michel Pitron** et **Audrey Kukulski**.

- Le 25 février 2010, la Cour d'appel de Paris a condamné Monsieur Mario Mortera à payer la somme de 834.658 euros à la Société Française de Commerce Européen en réparation d'une escroquerie à l'échelle internationale commise à son préjudice. La SFCE était défendue à cette audience par **Aurélien Chardeau**.

### Conférences, colloques, informations...

- Le droit devient de plus en plus complexe. Mais il offre aussi de plus en plus de possibilités de recours.

De ce point de vue, **la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)** représente **une nouveauté juridique particulièrement importante** qui va révolutionner le contentieux administratif et judiciaire.

Si, dans votre secteur d'activité, s'applique une loi, même ancienne, dont vous estimez qu'elle est contraire à certains droits fondamentaux (liberté d'entreprendre, liberté contractuelle, droit de propriété, principe d'égalité), la QPC vous permet désormais de contester cette loi devant les tribunaux et d'obtenir éventuellement son abrogation par le Conseil constitutionnel.

Le 13 avril 2010, le cabinet Gide Loyrette Nouel organise un petit déjeuner-débat sur le thème de "La question prioritaire de constitutionnalité : les potentialités d'un nouvel outil contentieux". Les intervenants sont **Roland Vandermeeren**, Senior Counsel et Conseiller d'Etat honoraire, **Michel Pitron**, **Laurent Deruy** et **Bruno Quentin**, Avocats associés.

- **Michel Pitron** a siégé le 10 mars 2010 aux côtés du Président Lacarabats dans le jury du concours organisé par l'Université d'Oxford pour élire la meilleure équipe de plaideurs francophones issue d'une université de droit anglais. Les candidats plaident sur un arrêt de la Cour de cassation rendu en décembre 2009 par la 3ème chambre civile de la Cour de cassation en matière de trouble de voisinage. Le 1er prix a été attribué à l'équipe du King's College de Londres.



Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse, merci de contacter Dorra Gharbi ([gharbi@gide.com](mailto:gharbi@gide.com) - Tél. 01 40 75 37 63 - Fax 01 40 75 69 23).

**Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'information, sur notre site Internet, rubrique Actualités/Publications.**

La Lettre d'information du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'Information") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'Information est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations.

Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).

## **Gide Loyrette Nouel**

Association d'avocats à responsabilité  
professionnelle individuelle

26, cours Albert 1<sup>er</sup>

75008 Paris - France

Tél. +33 (0)1 40 75 60 00

Fax +33 (0)1 43 59 37 79

[www.gide.com](http://www.gide.com)

## **Associés**

**Bâtonnier Jean-Marie Burguburu**  
[burguburu@gide.com](mailto:burguburu@gide.com)

**Gilles Duquet**  
[duquet@gide.com](mailto:duquet@gide.com)

**Michel Pitron**  
[pitron@gide.com](mailto:pitron@gide.com)

**Aurélien Boulanger**  
[boulanger@gide.com](mailto:boulanger@gide.com)

**Bruno Quentin**  
[quentin@gide.com](mailto:quentin@gide.com)



**Gide Loyrette Nouel**