

CHAMBRE CRIMINELLE

Audience du 11 février 2014 - Section 1

Pourvoi n° W1386965

Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux

Date : 24/09/2013

I- Nicolas Sarkozy

II- François-Marie Y..., Martin Z..., François A..., Patrick B..., Carlos C..., Pascal G..., Eric D...

Rapporteur : Monsieur GUERIN

Avocat général : Claude MATHON

AVIS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

.....

I- SUR LE POURVOI DE NICOLAS SARKOZY :

Au visa des articles 67 de la Constitution, 591 et 593 du Code de procédure pénale, il est reproché à la Chambre de l'instruction d'avoir refusé d'annuler la saisie des agendas liés à l'exercice des fonctions présidentielles de Monsieur SARKOZY,

Alors qu'en vertu de l'article 67 de la Constitution, le Président de la République française n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité ; qu'il découle du principe de l'irresponsabilité du chef de l'Etat, s'agissant des actes liés à l'exercice de ses fonctions, l'insaisissabilité des écrits qui en ont été le support ; que la Chambre de l'instruction ne pouvait dès lors, sans violer la Constitution, valider la saisie des agendas de M. Nicolas SARKOZY tout en constatant qu'ils se rapportaient à la période de son mandat présidentiel et contenaient, ne serait-ce que partiellement, des éléments relatifs à l'exercice de ses fonctions de chef de l'Etat.

Avant d'étudier le moyen, il y a lieu de s'interroger sur la recevabilité du pourvoi.

I-A/ SUR LA RECEVABILITÉ DU POURVOI :

Par l'ordonnance de règlement susvisée, Nicolas SARKOZY a bénéficié d'un non-lieu définitif. Il n'est donc plus partie au dossier, ce qui rend la recevabilité de son pourvoi incertaine.

Toutefois, il doit être observé qu'il était toujours partie à la procédure lorsqu'il s'est pourvu contre l'arrêt de la chambre de l'instruction qui a refusé de faire droit à sa demande "au nom de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, des dispositions de l'article 67 de la Constitution, des articles L 2312-4 et suivants de la Défense et partant des articles 56-1, 56-4 et 59 alinéa 2 du code de procédure pénale :

- d'annuler les saisies des agendas du Président de la République opérées, suite aux perquisitions effectuées le 3 juillet 2012, dans son bureau 77, rue de Miromesnil à Paris et dans l'étude d'huissier de maître Eléonore FRIANT,

- et de canceler dans la procédure l'intégralité des mentions relatives à l'exploitation de ceux-ci.

A titre subsidiaire, il était sollicité dans le corps de ce mémoire à la page 35, de canceler les mentions des agendas présidentiels figurant dans la procédure. Il était, également, demandé à la cour d'annuler :

- le procès verbal de diligences et de placement sous scellés du 24 septembre 2012, ayant placé sous scellé la photocopie des agendas présidentiels pour les années 2008, 2009 et 2010 (D 1278),

- le tableau réalisé par le juge d'instruction Jean- Michel GENTIL, intitulé " Abus de faiblesse par mise à disposition d'espèces ", où figurent des extraits de l'agenda présidentiel pour la période 2007, 2008, 2009 et 2010, ainsi que l'objet des rendez-vous à l'Elysée (D 1279),

- le procès verbal de diligences établi le 1^{er} octobre 2012 par le juge d'instruction Jean-Michel GENTIL à partir des agendas présidentiels afin d'établir "un tableau de concordance entre certains faits, événements et rendez-vous notables pendant la période du 5 février 2007 au 14 décembre 2011" (D 1282),

- le procès verbal de copie certifiée conforme du 17 janvier 2013 (D 1645) des agendas saisis du Président de la République au motif que cette copie certifiée conforme n'a plus aucune raison de figurer dans la procédure et ce, d'autant plus, que la période concernant la mise en examen de monsieur Nicolas SARKOZY DE NAGY BOCSA est antérieure à son accession à l'Elysée".

Ainsi que le rappelle le mémoire ampliatif, il résulte de l'article 567 du code de procédure pénale que "les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies" et qu'en application de l'article 606 du même code, la Chambre criminelle ne peut rendre un arrêt de non-lieu à statuer que si le pourvoi est "devenu sans objet".

Il apparaît bien que, malgré le non-lieu dont il a bénéficié à titre personnel, Nicolas SARKOZY peut continuer à revendiquer un intérêt à agir, la saisie des agendas d'un Président de la République posant un problème de principe qui est devenu par suite du non-lieu dont il a bénéficié, étranger à l'examen du fond du dossier. La preuve en est d'ailleurs que l'ordonnance de non-lieu n'y fait aucune référence et qu'aucun mémoire

en défense n'est venu s'opposer au mémoire ampliatif.

I-B/ AU FOND :

1- Sur la protection dont bénéficie le Président de la République :

Aux termes de l'article 67 de la Constitution,

“Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.

Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.

Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions”.

A première lecture, ces dispositions ne paraissent pas régler la difficulté soulevée par le moyen.

Il convient donc d'en analyser la signification exacte, les commentaires se limitant le plus souvent aux prescriptions de l'alinéa 2 selon lesquelles le Président de la République ne peut être requis de témoigner en Justice non plus, à plus forte raison, faire l'objet d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite¹.

La protection dont bénéficie le Président de la République diffère selon qu'il s'agit ou non d'actes détachables de sa fonction.

S'agissant des actes non détachables, le Président bénéficie d'une irresponsabilité politique pour les actes liés à l'exercice de la fonction présidentielle. Par contre, *“il est responsable de ses actes personnels ; cependant, il bénéficie en la matière de l'inviolabilité, c'est-à-dire d'un privilège de procédure qui suspend temporairement l'application du droit commun. Sont détachables de la fonction et donc couverts par l'inviolabilité, les actes accomplis avant l'élection présidentielle et les actes commis depuis l'élection mais dénués de tout lien avec l'accomplissement du mandat. C'est à cette catégorie d'actes que s'applique l'alinéa 2 de l'article 67 de la Constitution”*².

La durée de la protection dépend de la nature des actes concernés. Elle est temporaire pour les actes détachables et permanente pour ceux liés à l'exercice du mandat, ce qui implique que pour ces derniers, l'immunité vaut aussi bien pendant le cours du mandat qu'après la fin de celui-ci. En conséquence, le Président n'a pas à rendre compte de ses

¹ En témoigne l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 10 octobre 2001 (Bull. n° 11).

² Cf. François Luchaire, Gérard Conac, Xavier Prétot, Clémence Zacharie, “La constitution de la République française”, Paris : Economica, DL 2008, pages 1590 et 1591.

actes politiques, même après la cessation de ses fonctions (cf. note 7, mêmes références).

Il en résulte à l'évidence que les archives qui sont le support des actes non détachables de la fonction bénéficient également et de façon permanente de la même protection. En effet, la position inverse ne pourrait que rendre illusoire la protection accordée par la Constitution au Président.

Il en va nécessairement ainsi des agendas qui font état de mentions inhérentes aux activités non détachables. Le fait qu'ils contiennent des mentions privées ne saurait effacer leur caractère officiel. Il suffit d'un simple sens pratique pour comprendre la nécessité de faire figurer ces dernières dans le même agenda.

Dès lors, la saisie des agendas du Président de la République ne peut que poser problème.

2- Sur la saisie des agendas :

Deux types d'agendas ont été saisis :

- tout d'abord l'agenda dit "LACROIX" antérieur à la prise de fonctions de Monsieur Sarkozy en qualité de Président de la République, placé à son initiative sous séquestre chez Me Friant, huissier de Justice à PARIS ;

Cet agenda n'est donc pas couvert par l'immunité ci-dessus visée. Le 12 juin 2012 selon la date du procès-verbal de constat, il a été "placé sous séquestre" à son étude par cet huissier qui a fait au préalable à la demande Monsieur Sarkozy la copie certifiée conforme d'un certain nombre de pages qui ont été transmises aux juges d'instruction par Me Herzog, son avocat, le 15 juin 2012.

On cherche vainement cette lettre dans les pièces de fond du dossier et on finit par la découvrir dans ... la cote de forme (A126).

L'un des juges d'instruction s'est transporté au cabinet de Me Friant le 3 juillet 2012 pour effectuer une perquisition et saisir l'agenda et le procès-verbal de constat avant de les placer sous scellés ouverts appelés "scellés LACROIX".

- ensuite les agendas dits "MIROMESNIL" qui concernent la période pendant laquelle Monsieur Sarkozy a exercé les fonctions de Président de la République ;

Ces agendas ont été saisis à l'occasion de plusieurs perquisitions successives effectuées le 3 juillet 2012 à PARIS au domicile et dans les locaux professionnels de Monsieur Sarkozy, pris en sa qualité d'avocat. C'est la raison pour laquelle, en application de l'article 56-1 du code de procédure pénale et en raison de l'opposition du représentant du bâtonnier de PARIS à la saisie pratiquée, ils ont été placés sous scellés fermés ainsi décrits : *"FERME/MIROMESNIL/UN : un agenda Hermès 2007, un agenda Hermès 2008, un agenda Hermès 2009, un agenda (papier) du Président de la République (mai 2007-2008), un agenda papier 2009/2010 secrétariat particulier du*

Président de la République” ... “FERME/MIROMESNIL/SIX : une page d’agenda -semaine du 3 novembre 2008 au 9 novembre 2008” ... “FERME/MIROMESNIL/HUIT : un ensemble de documents extraits de l’agenda électronique du secrétariat”. Outre les agendas, on notera également la saisie d’autres documents, notamment d’un ensemble de documents dans cinq chemises souples couleur saumon (scellé fermé n° 3), d’une note à l’attention de Monsieur le Président de la République du 7 mai 2012 (scellé fermé n° 4), d’une note du secrétariat relative à un mail du 3 juillet 2012 (scellé n° 5).

Même si ce n’est pas en raison de l’ancienne qualité de Président de la République de Monsieur Sarkozy que ces agendas et autres pièces ont été placés sous scellés fermés, il n’en reste pas moins que leur confidentialité a été préservée, notamment à l’égard des autres parties.

Saisi par les juges d’instruction en application de l’article 56-1 susvisé, le juge des libertés et de la détention près le tribunal de grande instance de BORDEAUX a par ordonnance du 6 juillet 2012 ordonné le versement au dossier des pièces saisies, notamment des agendas, et ordonné la restitution partielle des scellés n° 3, 4 et 8 ci-dessus évoqués, au motif qu’ils ne concernaient pas l’affaire. Il s’en déduit qu’ils étaient relatifs à l’activité de Président de la République de Monsieur Sarkozy.

Ultérieurement, par procès-verbal de diligences, de saisie et de placement sous scellés, portant la mention suivante : *“Afin de préserver la confidentialité de ces agendas sous scellés et pour exploiter les nombreux éléments utiles à la manifestation de la vérité qu’ils contiennent, disons établir une copie certifiée conforme par notre greffier des seules pages supportant des informations ou rendez-vous pouvant être en relation avec les faits dont nous sommes saisis”*, l’un des juges d’instruction, en l’occurrence Jean-Michel Gentil, a placé sous scellés ouverts plusieurs pages des scellés fermés ci-dessus détaillés.

A titre d’exemple, dans l’agenda de l’année 2009, il a placé sous scellé ouvert la copie certifiée conforme des pages suivantes : du 15 janvier au 18 janvier 2009 - du 22 janvier 2009 au 25 janvier 2009 - du 16 mars au 18 mars 2009 - du 23 avril au 26 avril 2009 - du 15 juin au 17 juin 2009 - du 20 juin au 22 juin 2009 - du 17 septembre au 20 septembre 2009 - du 12 novembre au 15 novembre 2009 - du 23 novembre au 25 novembre 2009 - du 07 décembre au 09 décembre 2009 - du 14 décembre au 16 décembre 2009.

Par ordonnance du 17 janvier 2013, le même juge d’instruction a fait droit à la demande de restitution présentée par le conseil de Monsieur Sarkozy le 6 décembre 2012 et restitué à ce dernier les scellés fermés ci-dessus énumérés dont la saisie avait été maintenue par le juge des libertés et de la détention ainsi que les scellés ouverts provenant de la perquisition et de la saisie effectuées dans l’étude de Me Friant le 3 juillet 2012.

Par procès-verbal de diligences du même jour, le juge d’instruction a établi “avant restitution, la copie certifiée conforme des scellés OUVERT/LACROIX/DEUX, FERME/MIROMESNIL/TROIS, FERME/MIROMESNIL/CINQ,

FERME/MIROMESNIL/SIX, FERME/MIROMESNIL/HUIT ³.

Il se déduit de cette brève étude des pièces de fond ou de forme du dossier d'instruction que de nombreuses copies de pages des agendas du Président de la République figurent sous scellés ouverts au dossier et qu'elles sont accessibles à toutes les parties.

3- Discussion :

Il résulte de l'étude du dossier que la qualité de Président de la République, en l'occurrence d'ancien Président de la République, de Monsieur Sarkozy a été ignorée par les juges d'instruction.

En effet, il faut se reporter aux conclusions déposées par le Bâtonnier de PARIS devant le juge des libertés et de la détention pour trouver, outre des considérations relatives au secret professionnel des avocats, une allusion en ces termes à l'article 67 de la Constitution :

“En effet, la saisie a également eu pour objet des agendas se rapportant à la période comprise entre le 16 mai 2007 et le 15 mai 2012, couverte par l'immunité prévue par l'article 67 de la Constitution qui institue une irresponsabilité totale et définitive, permanente et absolue pour les actes accomplis par le Président de la République en cette qualité. Il s'en déduit que la saisie des agendas pour la période du 16 mai 2007 au 15 mai 2012 est dès lors irrégulière”.

Au cours du débat devant ce juge, la question relative à cette disposition a été à plusieurs reprises évoquée, y compris par le représentant du parquet (qui s'est aussi référé au secret défense).

Dans son ordonnance, le juge des libertés et de la détention s'est ainsi exprimé :

“Attendu que si l'article 67 de la Constitution édicte une immunité absolue pour les actes accomplis par le Président de la République, en cette qualité, il convient de remarquer qu'il n'existe pas d'immunité pour les actes antérieurs, étant précisé qu'une partie des faits dont sont saisis les juges d'instruction se rattachent à une période antérieure au mandat présidentiel de Nicolas SARKOZY ; que par ailleurs s'agissant des actes commis pendant la période du mandat, l'immunité ne s'applique qu'aux actes commis en qualité de Président de la République et non pas aux actes personnels, détachables de ce mandat, qui auraient éventuellement pu être commis ;

qu'enfin s'agissant de la saisie opérée, les agendas saisis, s'il ne peut être contesté qu'ils se rapportent à la période d'immunité pour certains d'entre eux, constituent des éléments susceptibles d'intéresser l'enquête sur les faits dont sont saisis les juges d'instruction ; que l'article 67 n'interdit en rien une enquête sur ces faits ; qu'il prévoit une suspension de toutes procédures pendant la période de mandat présidentiel uniquement ; qu'en conséquence il y a lieu de rejeter le moyen tiré de l'article 67 de la

³ Il est rappelé que les scellés LACROIX concernent les agendas antérieurs à la présidence de Monsieur Sarkozy et les scellés MIROMESNIL ceux qui sont postérieurs à son entrée en fonction.

Constitution, s'agissant d'instruire sur des faits antérieurs au mandat présidentiel ou qui peuvent être totalement détachable de cette fonction".

Dans l'arrêt entrepris, il était rappelé que Monsieur Sarkozy avait demandé :

"au nom de la violation du principe de la séparation des pouvoirs, des dispositions de l'article 67 de la Constitution, des articles L 2312-4 et suivants de la Défense et partant des articles 56-1, 56-4 et 59 alinéa 2 du code de procédure pénale :

- d'annuler les saisies des agendas du Président de la République opérées, suite aux perquisitions effectuées le 3 juillet 2012, dans son bureau 77, rue de Miromesnil à Paris et dans l'étude d'huissier de maître Eléonore FRIANT,

- et de canceler dans la procédure l'intégralité des mentions relatives à l'exploitation de ceux-ci.

A titre subsidiaire, il était sollicité dans le corps de ce mémoire à la page 35, de canceler les mentions des agendas présidentielles figurant dans la procédure. Il était, également, demandé à la cour d'annuler :

- le procès verbal de diligences et de placement sous scellés du 24 septembre 2012, ayant placé sous scellé la photocopie des agendas présidentiels pour les années 2008, 2009 et 2010 (D 1278),

- le tableau réalisé par le juge d'instruction Jean- Michel GENTIL, intitulé " Abus de faiblesse par mise à disposition d'espèces ", où figurent des extraits de l'agenda présidentiel pour la période 2007, 2008, 2009 et 2010, ainsi que l'objet des rendez-vous à l'Elysée (D 1279),

- le procès verbal de diligences établi le 1er octobre 2012 par le juge d'instruction Jean-Michel GENTIL à partir des agendas présidentiels afin d'établir " un tableau de concordance entre certains faits, événements et rendez-vous notables pendant la période du 5 février 2007 au 14 décembre 2011 (D 1282),

- le procès verbal de copie certifiée conforme du 17 janvier 2013 (D 1645) des agendas saisis du Président de la République au motif que cette copie certifiée conforme n'a plus aucune raison de figurer dans la procédure et ce, d'autant plus, que la période concernant la mise en examen de monsieur Nicolas SARKOZY DE NAGY BOCSA est antérieure à son accession à l'Elysée".

En réponse, la chambre de l'instruction a ainsi motivé sa décision (extraits des pages 106 et 107) :

- il n' est pas contesté que la reconstitution de l'emploi du temps de Nicolas SARKOZY DE NAGY BOCSA présentait un intérêt pour l'enquête en cours, s'agissant de déterminer s'il avait pu être en contact avec Liliane BETTENCOURT sur la période de prévention ;

- *il n'était plus Président de la République le 3 juillet 2012, date à laquelle les saisies litigieuses ont eu lieu ;*
- *il n'est pas contesté que les faits objets des poursuites lui sont imputés à titre personnel et que l'exercice de ses fonctions présidentielles n'était pas en cause ;*
- *les actes détachables de la fonction présidentielle, n'étant pas couverts par l'immunité présidentielle après cessation de ses fonctions, ne faisaient pas obstacle à la saisie de documents faisant référence à des rendez-vous personnels, bien que pouvant, aussi, comporter quelques renseignements relatifs à ses fonctions ;*
- *le juge des libertés et de la détention a ordonné la restitution de partie des documents saisis, et ensuite les juges d'instruction ont restitué au requérant les originaux saisis, dans le respect du principe de nécessité de la saisie et de l'intérêt à assurer la confidentialité des éléments que pouvaient contenir ces agendas ;*
- *le raisonnement du conseil de Nicolas SARKOZY DE NAGY BOCSA, consistant à considérer les agendas du Président de la République comme insaisissables pour la seule raison qu'ils ne seraient pas détachables de la fonction présidentielle, ne peut être retenu aux motifs, d'une part, que Nicolas SARKOZY DE NAGY BOCSA a conservé ces agendas au-delà de la période de son mandat et, d'autre part, au vu des copies réalisées (A 278), que ces agendas comportaient mention de démarches officielles, mais aussi des rendez-vous personnels non publics réservés à des activités personnelles (comme par exemple la référence à des "déjeuners libres", " rendez vous privés ") qui démontrent le caractère, pour une grande part, privé de cet agenda ;*
- *les magistrats instructeurs étaient fondés à faire une copie des documents exploités sur lesquels le mis en examen avait été interrogé, avant leur restitution, préservant ainsi la discussion au fond sur les éléments contenus dans ces documents, tant à l'égard des parties à la procédure que des différentes instances judiciaires ayant à statuer sur les indices et charges éventuelles susceptibles d'être retenus à l'encontre de Nicolas SARKOZY DE NAGY BOCSA ;*
- *concernant les copies des scellés MIROMESNIL : il s'agit de pages provenant du secrétariat déterminant le jour et l'heure et la durée de rendez vous, leur objet et/ou le nom des interlocuteurs (23 pages), de récapitulatifs du déroulement des journées des 3 au 9 novembre 2008, heure par heure précisant des noms ou l'objet de l'espace temps consacré (une page) ; d'un courriel portant sur une réunion le 3 juillet 2012 (une page) ; de documents (qui étaient dans les chemises saumon) : 17 pages listant des rendez vous et des mails portant sur l'organisation de ces rendez-vous pour les journées des 1^{er} , 4, 21, 28 et 29 juin 2012 ;*
- *les inscriptions portées sur ces documents intéressent la présente affaire en ce qu'elles mentionnent certains des protagonistes du dossier et des dates précisément concernées par les investigations ; la copie de pièces, dont la saisie de l'original est validée, n'est pas irrégulière ;*
- *il ne résulte, en définitive, de ces constatations aucune nullité, ni nécessité de*

cancellation de pièces faisant référence aux éléments contenus dans les documents saisis ou dans leurs copies.

En conséquence, la chambre de l'instruction a rejeté comme étant mal fondées les requêtes qui lui étaient présentées.

Il apparaît que la chambre de l'instruction a fait une application inexacte des principes résultant de l'application de l'article 67 de la Constitution. En effet, le fait de comporter des rendez-vous privés ne saurait faire perdre à l'agenda présidentiel ses caractéristiques relatives à la protection dont doit bénéficier le Président de la République, d'autant plus que la vie privée de celui-ci ne peut que se confondre avec sa vie publique en raison des charges que celle-ci implique.

Par ailleurs, si les magistrats instructeurs qui sont soumis à la fois au secret de l'instruction et au secret professionnel, étaient fondés à consulter les agendas de Monsieur Sarkozy pour mener à bien leurs investigations, ils pouvaient le faire en procédant avec lui à une lecture contradictoire de ceux-ci afin de relever ce qui pouvait strictement concerner l'affaire dont ils étaient saisis.

Le fait d'avoir placé sous scellés ouverts de nombreuses pages des agendas concernés, rendant accessibles à toutes les parties au dossier des mentions étrangères à celui-ci et concernant le strict exercice des fonctions de Président de la République, relève de la facilité. On peut d'ailleurs regretter que la qualité de Président de la République de Monsieur Sarkozy ait été délibérément ignorée.

L'arrêt entrepris, en ce qu'il a validé ces actes, encourt donc la censure.

AVIS DE CASSATION

Si telle devait être la décision, il n'apparaît pas qu'un renvoi devant une autre juridiction s'impose, la Chambre criminelle étant en mesure de tirer elle-même les conséquences de sa décision quant à la cancellation des scellés concernés.

.....