

ACCÈS À L'AVOCAT DURANT LA PHASE PRÉLIMINAIRE DU PROCÈS PÉNAL :

DU CHANGEMENT EN PERSPECTIVE !

Analyse de la directive du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat

Introduction

Le 22 octobre 2013, le législateur européen a adopté une directive qui vise – essentiellement - à garantir l'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen¹. La directive garantit également le droit, pour les personnes privées de leur liberté, d'informer un tiers de ladite privation de liberté, de communiquer avec des tiers, ainsi qu'avec les autorités consulaires de l'Etat dont ils sont ressortissants. Dans le cadre de la présente contribution, nous nous limiterons à examiner le droit d'accès à un avocat tel que le garantit la directive.

Ainsi, outre les garanties consacrées par la Cour européenne des droits de l'homme sur pied de l'article 6, § 3, c) combiné à l'article 6, § 1 de la Convention, dans le cadre de sa jurisprudence dite « Salduz », et des initiatives prises par les différents Etats membres du Conseil de l'Europe sur la base de celle-ci, il existe désormais également un texte adopté au niveau de l'Union européenne qui impose à ses Etats membres d'adapter leur législation interne en vue de transposer la directive et de garantir l'accès à un avocat.

La volonté du législateur européen de consacrer, pour toute personne poursuivie dans une procédure pénale, l'accès à un avocat n'est toutefois pas neuve. Une première proposition de décision-cadre avait été déposée en 2004², soit bien avant que la jurisprudence Salduz ne voit le jour. Ce texte avait pour objectif de prévoir des normes minimales communes concernant certains droits procéduraux à accorder dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, dont celui, pour tout suspect, à bénéficier de l'assistance d'un avocat, dans les meilleurs délais et tout au long de la procédure pénale s'il le souhaite, et notamment avant de répondre à des questions relatives aux accusations dirigées contre lui³.

¹ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *J.O.*, n° L.294 du 6 novembre 2013, p. 1 (ci-après directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013).

² Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre de procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final.

³ Art. 2 à 5 de la proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre de procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final.

Cette initiative, qui avait pour objectif de contribuer à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions entre les différents Etats membres de l'Union⁴, par l'octroi d'un niveau équivalent de protection des droits des suspects et personnes mises en cause⁵, n'a néanmoins pas recueilli l'assentiment des Etats membres à cette époque.

L'idée d'un renforcement, au niveau de l'Union européenne, des droits procéduraux des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, a été reprise dans une feuille de route adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 30 novembre 2009⁶. L'institution y reconnaît à nouveau le caractère fondamental du droit, pour le suspect ou la personne poursuivie dans le cadre d'une procédure judiciaire, à l'assistance juridique (par l'intermédiaire d'un conseiller), au stade le plus précoce et le plus opportun⁷.

Cette feuille de route a été intégrée dans le programme de Stockholm, destiné à guider l'action des Etats membres dans le cadre de la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice pour la période 2010-2014. A l'occasion de l'adoption de ce programme, le Conseil européen insiste sur le fait que « *la protection des droits de suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales est une valeur fondamentale de l'Union, essentielle pour maintenir la confiance mutuelle entre Etats membres et la confiance de la population dans l'Union* »⁸. Il invite ainsi la Commission à présenter les propositions contenues dans la feuille de route en vue de sa mise en œuvre rapide⁹.

C'est dans ce cadre qu'une proposition a été déposée par la Commission européenne le 8 juin 2011, en vue de garantir notamment le droit d'accès à un avocat¹⁰ et que, *in fine*, a été adoptée la directive que nous nous proposons d'examiner plus avant. Elle constitue la 3^{ème} directive dont l'objectif est de renforcer les droits des suspects conformément à l'intention du Conseil européen exprimée dans le cadre du programme de Stockholm, après les directives relative au droit à l'interprétation et la traduction¹¹, ainsi qu'au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales¹², adoptées respectivement le 20 octobre 2010 et le 22 mai 2012.

⁴ Ledit principe devait, en effet, selon la volonté des Etats membres exprimée lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire entre les Etats membres. Voy. Conseil européen de Tampere, Conclusions de la Présidence, 15 et 16 octobre 1999, disponible sur http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/00200-r1.f9.htm, consulté le 1^{er} septembre 2015.

⁵ Voy. exposé des motifs de la proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre de procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final, p. 3.

⁶ Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, n° C.295 du 4 décembre 2009, p. 1.

⁷ Voy. mesure C de la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, n° C.295 du 4 décembre 2009, p. 1.

⁸ Conseil européen, « Le programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre qui sert et protège le citoyen », *J.O.U.E.*, C.115, du 4 mai 2010, p. 10.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011.

¹¹ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, n° L.280 du 26 octobre 2010, p. 1.

¹² Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, n° L.142 du 1^{er} juin 2012, p. 1.

Avant de passer en revue les différentes garanties prévues par la directive, nous nous attacherons à préciser les objectifs poursuivis par le législateur européen lors de l'adoption de celle-ci et à déterminer son champ d'application. Nous tâcherons également de mettre en évidence les quelques carences du système mis en place par le législateur européen.

1. Objectifs poursuivis par le législateur européen

La directive du 22 octobre 2013 contribue à faciliter le respect du principe de reconnaissance mutuelle, en tant que pierre angulaire de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne¹³. En effet, la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales suppose une confiance mutuelle entre les Etats membres, dans leur système de justice pénale, confiance qui ne peut s'acquérir qu'en vertu de certains paramètres, parmi lesquels figure le niveau de protection des droits des suspects et des personnes poursuivies¹⁴.

Le fait que les Etats membres soient parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantissent le droit à un procès équitable¹⁵, ne permet pas toujours, selon le législateur européen, d'assurer un degré de confiance suffisant dans les systèmes de justice pénale des autres Etats membres¹⁶. Il était dès lors utile que soient adoptées au niveau de l'Union européenne des règles détaillées en matière de protection des garanties et droits procéduraux découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou encore de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷, afin de renforcer la confiance mutuelle entre les Etats membres¹⁸.

Comme le lui permet l'article 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et dans la mesure où il juge cela utile pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires ainsi que la coopération policière et judiciaire en matière pénale dans les dimensions transfrontières, le législateur européen a donc adopté une directive pour établir des règles minimales portant sur les droits des personnes dans la procédure pénale¹⁹ et notamment le droit d'accès à un avocat²⁰. Le législateur européen souligne que l'accès à un avocat permet aux suspects d'exercer effectivement l'ensemble de leurs droits de défense²¹.

Rien n'empêche néanmoins les Etats membres d'étendre les droits définis dans la directive, afin d'assurer aux suspects et personnes poursuivies un niveau de protection plus élevé que celui résultant des dispositions européennes²². Il est toutefois précisé que ce niveau de protection plus élevé ne devrait pas être un obstacle à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires que les règles minimales contenues dans la directive s'efforcent de faciliter²³. Il n'est par ailleurs pas concevable que le niveau de protection des droits consacré par la directive soit inférieur aux normes

¹³ Voy. considérants n^{os} 2 et 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁴ Voy. considérants n^{os} 4 et 6 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁵ Précisément l'article 6 de la CEDH et l'article 14 du PIDCP.

¹⁶ Voy. considérant n^o 5 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷ Voy. considérant n^o 6 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸ M.-A. BEERNAERT, « Accès à l'avocat : enfin ! », *J.D.E.*, 2013, p. 337.

¹⁹ Art. 82, § 2, al. 1^{er} et 2, b) du T.F.U.E.

²⁰ Art. 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 ; voy aussi le considérant n^o 12.

²¹ Commission Staff working document – impact assessment accompanying the proposal for a directive of the European parliament and of the council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, *SEC (2011) 686 final*, 8 juin 2011, p. 25.

²² Voy. considérant n^o 54 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²³ *Ibid.*

établies par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, telles qu'interprétées respectivement par la Cour de Justice de l'Union européenne ou par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴.

L'action du législateur européen, à travers la directive du 22 octobre 2013, paraît ainsi respecter le principe de subsidiarité²⁵, applicable lorsque l'Union ne dispose que d'une compétence partagée avec les Etats membres²⁶, ce qui est le cas des compétences exercées dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice²⁷. En effet, l'objectif qu'il poursuit – soit la fixation de règles minimales communes concernant les droits consacrés par la directive – n'apparaît pas, selon le législateur européen, pouvoir être atteint de manière suffisante par les Etats membres, au sein desquels les modalités et les délais précis attachés à l'exercice du droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales varient encore sensiblement²⁸. En vue de favoriser la confiance mutuelle, seule l'adoption de mesures par l'Union européenne permettra l'établissement de normes minimales communes cohérentes qui s'appliqueront sur l'ensemble du territoire²⁹. Le législateur européen précise encore que, conformément au principe de proportionnalité³⁰, la directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs qu'elle vise³¹.

2. Champ d'application de la directive

2.1. Les procédures dans le cadre desquelles les droits garantis sont reconnus

(a) Les procédures pénales initiées du chef d'infractions pénales

L'article 2, § 1^{er} de la directive précise que celle-ci s'applique « *aux suspects ou aux personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales, dès le moment où ils sont informés [...] qu'ils sont soupçonnés ou poursuivis pour avoir commis une infraction pénale, qu'ils soient privés de liberté ou non. [...]* »³². Le 2^{ème} paragraphe de l'article 2 précise que la directive s'applique également aux personnes qui font l'objet d'une procédure relative au mandat d'arrêt européen³³, lorsqu'un tel mandat a été émis par une autorité compétente d'un Etat membre conformément à la décision-cadre du 13 juin 2002³⁴.

La directive s'applique ainsi à toutes les procédures pénales (et aux procédures relatives à un mandat d'arrêt européen), quelle que soit la nature ou la gravité de l'infraction commise³⁵.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Considérant n° 57 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁶ Art. 5, § 3, T.U.E.

²⁷ Art. 4, § 2, j) du T.F.U.E.

²⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 34.

²⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 34. Voy. aussi considérant n° 57 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

³⁰ Consacré par l'art. 5, § 4 T.U.E.

³¹ Considérant n° 57 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

³² Art. 2, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

³³ Art. 2, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

³⁴ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *J.O.*, n° L. 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

³⁵ D. FLORE, *Droit pénal européen – Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 400.

La lecture du considérant 13 précise néanmoins à cet égard que, sans préjudice des obligations incombant aux Etats membres au titre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour garantir le droit à un procès équitable, les procédures liées à des infractions commises à l'intérieur d'une prison – on peut penser aux infractions disciplinaires décrites par la loi belge de principes du 12 janvier 2005³⁶ - et les infractions relatives à des faits commis dans un contexte militaire, traitées par un officier commandant, ne devraient pas être considérées comme des procédures pénales aux fins de l'application de la directive³⁷, et seraient donc exclues de son champ d'application.

(b) Quid en cas d'infractions mineures ?

Une limitation de l'applicabilité de la directive et des garanties qu'elle contient a été prévue par le législateur européen, en ce qui concerne les infractions mineures³⁸. Notons que cette limitation n'était pas prévue dans la proposition initiale de directive de la Commission européenne³⁹ mais a été ajoutée dans le texte de l'orientation générale adoptée par le Conseil de l'Union européenne suite à la pression de plusieurs Etats membres⁴⁰, revendiquant l'instauration d'un critère de proportionnalité pour justifier ces restrictions, en ce qu'il serait excessif d'exiger de leurs autorités qu'elles garantissent l'ensemble des droits contenus dans la directive dans de telles situations⁴¹.

Sont considérées comme des infractions mineures les infractions de nature administrative⁴² pour lesquelles le droit de l'Etat membre prévoit l'imposition d'une sanction⁴³ par une autorité autre qu'une juridiction compétente en matière pénale, et que l'imposition de cette sanction peut faire l'objet d'un recours ou d'un renvoi devant une telle juridiction. Le législateur européen donne, comme exemples d'infractions pouvant être sanctionnées par une autorité autre qu'une juridiction répressive, les infractions routières courantes qui peuvent être établies suite à un contrôle routier⁴⁴. En pareil cas, les garanties contenues dans la directive ne s'appliqueront qu'à la procédure de recours ou de renvoi devant la juridiction compétente en matière pénale⁴⁵.

A suivre ce raisonnement, en cas d'infractions de nature sociale ou fiscale pour lesquelles une sanction peut être imposée par une autorité non pénale mais de nature administrative (ex : inspection sociale ou inspection spéciale des impôts), les garanties prévues par la directive ne s'appliqueraient donc que dans l'hypothèse où un renvoi ou un recours devant une juridiction compétente en matière pénale aurait lieu.

Sont également considérés comme mineures les infractions pour lesquelles la privation de liberté ne peut pas être imposée comme sanction⁴⁶, telles que, par exemple, certaines infractions routières mineures, des infractions mineures aux règlements municipaux généraux, ainsi que des infractions

³⁶ Loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

³⁷ Considérant n° 13 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

³⁸ Art. 2, § 4 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

³⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, art. 2, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011.

⁴⁰ Document 10467/12 DROPEN 67 COPEN 129 CODEC 1459, cité par D. FLORE, *op. cit.*, p. 400.

⁴¹ D. FLORE, *op. cit.*, p. 401.

⁴² *Ibid.*, p. 400.

⁴³ Laquelle ne pourrait toutefois consister en une privation de liberté. Voy. considérant n° 16 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁴⁴ Voy. considérant n° 16 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁴⁵ Art. 2, § 4, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁴⁶ Art. 2, § 4, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

mineures à l'ordre public⁴⁷. Ici également, la directive ne s'appliquera qu'à partir du moment où la procédure est portée devant une juridiction compétente en matière pénale⁴⁸, c'est-à-dire que les droits qu'elle garantit ne vaudront pas au cours de la phase préliminaire du procès pénal.

Le législateur européen prend néanmoins le soin de préciser que ces dispositions spécifiques aux infractions dites mineures valent sans préjudice du droit au procès équitable de la personne poursuivie⁴⁹. Les considérations qui précèdent la directive évoquent en effet le fait que le champ d'application de la directive pour ce qui est des infractions mineures ne devrait pas affecter les obligations des Etats membres au titre de la Convention européenne des droits de l'homme concernant la garantie du droit à un procès équitable, y compris le droit de bénéficier de l'assistance juridique d'un avocat⁵⁰.

Il est par ailleurs précisé qu'en tout état de cause, la directive s'applique pleinement dès lors que le suspect ou la personne poursuivie est privé de sa liberté, à quelque stade que ce soit de la procédure pénale⁵¹.

2.2. Les destinataires des droits garantis par la directive

(a) Les suspects et personnes poursuivies dans le cadre d'une procédure pénale

Les droits garantis par la directive du 22 octobre 2013 sont destinés à s'appliquer aux « *suspects et personnes poursuivies* » et ce, dès le moment où ils sont informés par les autorités compétentes d'un Etat membre, par une notification officielle ou par tout autre moyen, qu'ils sont soupçonnés ou poursuivis pour avoir commis une infraction pénale⁵².

La nouveauté majeure du système mis en place au niveau de l'Union européenne est que les droits garantis par la directive sont destinés à s'appliquer, peu importe que la personne soit ou non privée de sa liberté⁵³. Par ailleurs, la directive s'applique jusqu'au terme de la procédure, soit jusque la détermination définitive de la question de savoir si le suspect ou la personne poursuivie a commis l'infraction pénale, y compris, le cas échéant, la condamnation et la décision rendue sur tout appel⁵⁴.

Il s'agit là d'une innovation importante. En effet, actuellement, le droit belge ne reconnaît le droit à l'assistance d'un avocat au cours d'une audition qu'aux personnes qui sont privées de leur liberté⁵⁵, et seulement durant les auditions qui ont lieu pendant le délai de garde à vue, éventuellement prolongé conformément à l'article 15*bis* de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive⁵⁶. Les personnes qui ne sont pas privées de leur liberté n'ont d'autre droit que celui de se concerter confidentiellement avec un avocat préalablement à la première audition⁵⁷. La personne privée de sa liberté ne peut ainsi bénéficier de l'assistance d'un un avocat au cours des auditions ayant lieu en dehors du délai de garde à vue. Et celle qui n'est pas privée de sa liberté n'a même pas la possibilité d'être assistée par un avocat, que ce soit au cours de la première audition ou au cours

⁴⁷ Voy. considérant n° 17 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁴⁸ Art. 2, § 4, *in fine* de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁴⁹ Art. 2, § 4, al. 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁵⁰ Considérant n° 18 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁵¹ Art. 2, § 4, al. 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁵² Art. 2, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁵³ Art. 2, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁵⁴ Art. 2, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁵⁵ Art. 47*bis*, § 3 C.I.Cr. et art. 2*bis*, 15*bis* et 16 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990.

⁵⁶ Art. 2*bis*, § 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990.

⁵⁷ Art. 47*bis*, § 2, 3^o C.I.Cr.

des auditions ultérieures. La transposition de la directive européenne va donc bouleverser les habitudes prises par les autorités judiciaires belges depuis l'application de la loi « Salduz »⁵⁸.

Le législateur européen précise que celle-ci s'applique également à la personne qui est entendue, par exemple en qualité de témoin, mais qui devient suspect ou personne poursuivie durant l'interrogatoire par la police ou par une autre autorité répressive⁵⁹. Dans ce cas, l'interrogatoire devrait être suspendu immédiatement⁶⁰. Il ne pourrait être poursuivi que si la personne concernée a été informée qu'elle est désormais suspecte ou poursuivie et si elle est en mesure d'exercer pleinement les droits garantis par la directive⁶¹.

Initialement, la proposition de directive prévoyait que les Etats membres devaient veiller à ce que les déclarations effectuées par la personne sans avoir été informée des soupçons ou poursuites dont elle faisait l'objet ne puissent être utilisées contre elle⁶². On peut regretter que cette interdiction d'utiliser les déclarations effectuées par la personne sans avoir été informée des soupçons qui pesaient contre elle n'ait pas été reprise ni dans la directive, ni dans les considérations qui précèdent celle-ci.

(b) Les personnes qui font l'objet d'une procédure relative au mandat d'arrêt européen

La directive s'applique également aux personnes dont la remise est sollicitée par un Etat membre ayant émis un mandat d'arrêt européen, conformément à la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen⁶³.

C'est dès le moment où elles sont arrêtées dans l'Etat membre d'exécution que les personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen pourront bénéficier des droits qui leur sont spécifiquement reconnus par l'article 10 de la directive⁶⁴.

Cette disposition ne constitue pas une innovation majeure dans la mesure où la loi belge du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen prévoit déjà que la personne arrêtée en vertu d'un mandat d'arrêt européen bénéficie de l'assistance d'un avocat⁶⁵.

3. L'accès à un avocat, tel que garanti par la directive

La directive garantit aux suspects et aux personnes poursuivies le droit d'accès à un avocat⁶⁶, dans un délai et selon des modalités permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits de la défense de manière concrète et effective⁶⁷.

⁵⁸ Loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de sa liberté, *M.B.*, 5 septembre 2011.

⁵⁹ Art. 2, § 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 ; Voy. aussi considérant n° 21 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶⁰ D. FLORE, *op. cit.*, p. 399.

⁶¹ Il est en effet précisé que cette personne doit avoir le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence, comme le confirme la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. considérant 21 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, art. 10.

⁶³ Art. 2, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶⁴ Art. 2, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶⁵ Art. 10/1 de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen, *M.B.*, 22 décembre 2003.

⁶⁶ Le terme « avocat » désigne toute personne qui, conformément au droit national, est qualifiée et habilitée, notamment au moyen d'une accréditation d'une instance compétente, pour fournir des conseils et une

3.1. A partir de quand les suspects et personnes poursuivies ont-ils accès à un avocat ?

Le législateur européen commence par préciser que les suspects et personnes poursuivies ont accès à un avocat sans retard indu⁶⁸. En tout état de cause, ce droit d'accès à un avocat leur est garanti avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autorité répressive ou judiciaire⁶⁹, peu importe qu'ils soient ou non privés de leur liberté.

Il est précisé, parmi les considérants de la directive, que l'interrogatoire n'inclut toutefois pas les questions préliminaires posées par la police ou par une autre autorité répressive ayant seulement pour but d'identifier la personne concernée, de vérifier si elle détient des armes ou de vérifier d'autres questions de sécurité similaires, ou encore d'établir s'il y a lieu d'ouvrir une enquête, par exemple, lors d'un contrôle routier ou lors d'un contrôle aléatoire de routine, lorsque le suspect ou la personne poursuivie n'a pas encore été identifié⁷⁰. Il eut effectivement été déraisonnable d'exiger la présence d'un avocat dans de telles circonstances.

Les suspects et personnes poursuivies bénéficieront également de l'accès à un avocat sans retard indu après la privation de liberté⁷¹.

Ils bénéficient également de l'accès à un avocat lorsque les autorités chargées des enquêtes ou d'autres autorités compétentes procèdent à une mesure d'enquête ou à une autre mesure de collecte de preuve, et au minimum aux séances d'identification des suspects, aux confrontations et aux reconstitutions de la scène de crime⁷².

Finalement, le droit d'accès à un avocat leur est également garanti lorsqu'ils sont cités à comparaître devant une juridiction compétente en matière pénale, en temps utile, avant leur comparution devant ladite juridiction⁷³.

L'accès à un avocat est ainsi garanti depuis le stade initial des poursuites (que le suspect soit ou non privé de sa liberté) et, ultérieurement, pendant toute la durée de la procédure pénale.

3.2. En quoi consiste le droit d'accès à un avocat ?

(a) L'accès à un avocat pour tout suspect ou personne poursuivie

Entretien privé avec l'avocat avant toute audition

Les Etats membres doivent veiller à ce que les suspects ou personnes poursuivies puissent rencontrer, en privé, l'avocat qui les représente, et communiquer avec lui, notamment avant qu'ils ne soient interrogés par une autorité répressive ou judiciaire⁷⁴.

Les Etats membres peuvent arrêter les modalités pratiques concernant la durée et la fréquence de ces rencontres privées, en prenant en considération les circonstances de la procédure, telles que la

assistance juridiques à des suspects ou personnes poursuivies. Voy. considérant n° 15 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶⁷ Art. 3, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶⁸ Art. 3, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁶⁹ Art. 3, § 2, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷⁰ Voy. considérant n° 20 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷¹ Art. 3, § 2, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷² Art. 3, § 2, b) renvoyant à l'article 3, § 3, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷³ Art. 3, § 2, d) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013. Voy. aussi considérant n° 19 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷⁴ Art. 3, § 3, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

complexité de l'affaire et les étapes procédurales applicables⁷⁵. Les Etats peuvent également arrêter les modalités pratiques de la rencontre en vue d'assurer la sûreté et la sécurité, en particulier de l'avocat et de la personne poursuivie, dans le lieu où se déroule cette rencontre⁷⁶. Ces modalités ne peuvent néanmoins pas porter atteinte à l'exercice effectif ou à l'essence même du droit des suspects et personnes poursuivies de rencontrer leur avocat⁷⁷.

Communication préalable à l'entretien confidentiel

Le législateur européen n'a pas exclu la possibilité pour les Etats membres de prévoir, préalablement à une rencontre confidentielle entre la personne poursuivie et son avocat, une communication, laquelle peut avoir lieu à tout moment, éventuellement par vidéoconférence ou via d'autres techniques de communication⁷⁸, à charge pour les Etats membres d'arrêter les modalités pratiques d'une telle communication, concernant la durée, la fréquence et les moyens de celle-ci, à condition de ne pas porter atteinte à l'exercice effectif ou à l'essence même du droit des suspects ou des personnes poursuivies de communiquer avec leur avocat⁷⁹.

Caractère confidentiel des communications entre le client et son avocat

Le caractère confidentiel des communications entre le suspect ou la personne poursuivie et son avocat est un élément crucial pour le législateur européen⁸⁰, tout comme il l'est pour la Cour européenne des droits de l'homme⁸¹. Ces communications comprennent les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national⁸². La confidentialité de telles rencontres est un aspect essentiel du droit à un procès équitable⁸³.

Les Etats doivent ainsi non seulement s'abstenir d'intervenir dans ces communications ou d'y accéder, mais également veiller à ce que les modalités de communication, particulièrement lorsque les suspects ou les personnes poursuivies sont privées de liberté ou placées autrement dans un lieu sous le contrôle de l'Etat, respectent et protègent cette confidentialité⁸⁴.

Le législateur européen laisse néanmoins entendre qu'il admettrait qu'il soit porté atteinte à ce principe de confidentialité en cas d'opération de surveillance licite effectuée par les autorités compétentes, ou dans le cadre des activités menées pour sauvegarder la sécurité nationale⁸⁵, par les services de renseignement par exemple⁸⁶.

⁷⁵ Voy. considérant n° 22 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Voy. considérant n° 23 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Voy. considérant n° 33 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁸¹ Pour qui la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client est l'un des éléments essentiels de la défense des intérêts de ce dernier, dans la mesure où elle encourage des échanges ouverts et honnêtes entre ceux-ci. Voy. Cour eur. D. H., *Castravet c. Moldova*, arrêt du 13 mars 2007, § 49 ; Cour eur. D. H., *Istratii et autres c. Moldova*, arrêt du 27 mars 2007, § 89.

⁸² Art. 4 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁸³ Voy. considérant n° 33 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Lesquelles, conformément à l'article 4, § 2 du T.U.E., restent de la seule responsabilité des Etats membres. L'article 72 du T.F.U.E. prévoit par ailleurs que le titre V relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne doit pas porter atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.

⁸⁶ Considérant n° 34 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

Varia

Rien n'empêche par ailleurs les Etats membres, en ce qui concerne certaines infractions mineures (non définies), d'organiser le droit d'accès à un avocat par téléphone, mais uniquement dans les cas où le suspect ou la personne poursuivie ne sera pas interrogé par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire⁸⁷.

Si le suspect ou la personne poursuivie est privée de sa liberté, la proposition de directive prévoyait que l'avocat pouvait accéder au lieu de détention, afin d'y vérifier les conditions de détention⁸⁸, conformément au contenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁹. On peut néanmoins regretter que cette faculté n'ait pas été reprise dans la version finale du texte de la directive.

(b) L'assistance effective d'un avocat au cours d'un interrogatoire

L'avocat doit pouvoir assister à l'interrogatoire de son client et y participer effectivement⁹⁰. Il ne suffit plus de garantir une présence purement passive de l'avocat lors de celui-ci, comme cela est actuellement prévu en droit belge, pour les personnes privées de leur liberté⁹¹.

Si cette participation se fait conformément aux procédures prévues par le droit national, les Etats membres doivent néanmoins faire en sorte que celles-ci ne portent pas atteinte à l'exercice effectif et à l'essence même des droits concernés⁹². Il est ainsi précisé, dans les considérants, que lors de l'interrogatoire, l'avocat peut poser des questions, demander des clarifications et faire des déclarations, ce qui devrait être consigné conformément à la procédure nationale⁹³. Lorsqu'il prête assistance à un suspect ou une personne poursuivie privée de sa liberté, l'avocat doit par ailleurs pouvoir saisir les autorités compétentes d'une question au sujet des conditions de privation de liberté de cette personne⁹⁴.

(c) L'assistance d'un avocat au cours de certaines mesures d'enquête ou de collecte de preuves

La présence de l'avocat du suspect et de la personne poursuivie doit également nécessairement, au minimum, être assurée lors des mesures d'enquête ou de collecte de preuves que sont les séances d'identification des suspects⁹⁵, les confrontations⁹⁶, et les reconstitutions d'une scène de crime⁹⁷. La

⁸⁷ Voy. considérant n° 24 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁸⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, art. 4, § 4 ; et Exposé des motifs, § 21.

⁸⁹ Cour eur. D. H., *Dayanan c. Turquie*, arrêt du 13 janvier 2010, § 32.

⁹⁰ Art. 3, § 3, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹¹ Voy. art. 2bis, § 2, al. 3 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, qui prévoit que l'assistance d'un avocat à un interrogatoire « a exclusivement pour objet de permettre un contrôle du respect du droit de la personne interrogée de ne pas s'accuser elle-même, ainsi que de sa liberté de choisir de faire une déclaration, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ; du traitement réservé à la personne interrogée durant l'audition, en particulier de l'exercice manifeste de pressions ou contraintes illicites ; de la notification des droits de la défense visés à l'article 47bis du Code d'instruction criminelle et de la régularité de l'audition.

⁹² Art. 3, § 3, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹³ Voy. considérant n° 25 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹⁴ Considérant n° 29 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹⁵ Art. 3, § 3, c), i) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013. Il s'agit de séances dans le cadre desquelles le suspect ou la personne poursuivie figure parmi d'autres personnes afin d'être identifié par une victime ou un témoin. Voy. considérant n° 26 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

directive précise que les Etats membres ne sont tenus de garantir la présence d'un avocat lors de telles mesures d'enquête que si celles-ci sont prévues par le droit national et si le suspect ou la personne poursuivie est tenu d'y assister ou autorisé à y assister⁹⁸.

Rien n'empêche, par ailleurs, les Etats membres de prévoir la présence de l'avocat lors de l'exécution d'autres mesures d'enquête ou de récolte de preuves⁹⁹. Ainsi, si la présence d'un avocat lors d'une perquisition, par exemple, n'est pas expressément envisagée par le législateur européen, rien n'empêche les Etats membres de prévoir la présence effective de l'avocat du suspect au cours de celle-ci, d'autant plus si le suspect ou la personne poursuivie y assiste.

Lors de l'exécution de ces mesures d'enquête ou de collecte de preuves, il est uniquement question de présence de l'avocat, et non de sa participation effective, comme dans le cadre des interrogatoires¹⁰⁰. Les Etats membres sont à nouveau invités à déterminer les modalités pratiques concernant la présence de l'avocat lors de ces mesures d'enquête ou de collecte de preuves, sans toutefois porter atteinte à l'exercice effectif ou à l'essence même des droits concernés¹⁰¹.

3.3. L'effectivité du droit d'accès à un avocat

Garantir des droits n'aurait pas d'effet si des mesures n'avaient pas été prévues afin d'informer les destinataires de ces droits de l'existence de ceux-ci et de la manière de les exercer. Les discussions autour de l'effectivité du droit d'accès à un avocat tel que garanti par la directive furent animées. Le point d'achoppement était de déterminer si, outre la reconnaissance dudit droit, il ne fallait pas imposer des obligations positives aux autorités des Etats membres pour en garantir l'exercice effectif¹⁰². Le résultat final est assez mitigé.

En effet, les Etats membres ne doivent que s'efforcer de rendre disponibles des informations générales afin d'aider les suspects ou les personnes poursuivies à trouver un avocat¹⁰³. Il n'existe ainsi pas d'autre obligation positive qui imposerait aux Etats membres de prendre des mesures actives pour assurer l'exercice effectif du droit d'accès à un avocat, qui paraît davantage être un droit subjectif auquel les Etats doivent s'abstenir de faire obstacle¹⁰⁴.

Les suspects et personnes poursuivies privées de leur liberté font toutefois l'objet d'une attention particulière, dans la mesure où la directive prévoit que, nonobstant les normes de droit national relatives à la présence obligatoire d'un avocat, les Etats membres prennent les dispositions nécessaires afin que ceux-ci soient effectivement en mesure d'exercer leur droit d'accès à un avocat,

⁹⁶ Au cours desquelles le suspect ou la personne poursuivie est mis en présence d'un ou de plusieurs témoins ou victimes lorsqu'il existe entre ces personnes un désaccord sur des faits ou éléments importants. Art. 3, § 3, c), ii) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013. Voy. aussi considérant n° 26 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹⁷ Art. 3, § 3, c), iii) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013. Les reconstitutions sont organisées afin de mieux comprendre de quelle manière et dans quelles conditions un crime a été commis et de pouvoir poser des questions spécifiques au suspect ou à la personne poursuivie. Voy. considérant n° 26 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹⁸ Art. 3, § 3, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

⁹⁹ Le législateur prévoit en effet que les Etats sont tenus, « au minimum », de prévoir la présence de l'avocat lors des mesures d'enquête visées par la directive. Voy. art. 3, § 3, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰⁰ Art. 3, § 3, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰¹ Considérant n° 26 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰² D. FLORE, *op. cit.*, p. 405.

¹⁰³ Art. 3, § 4, al. 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰⁴ D. FLORE, *op. cit.*, p. 406.

à moins qu'ils y aient renoncé¹⁰⁵. Des mesures actives doivent être prises pour veiller à ce que les personnes privées de leur liberté soient assistées d'un avocat¹⁰⁶, notamment en leur procurant un avocat lorsqu'ils n'en ont pas¹⁰⁷. Il pourrait par exemple s'agir d'obliger les autorités compétentes à faire le nécessaire pour fournir l'assistance d'un avocat sur la base d'une liste d'avocats disponibles, parmi lesquels le suspect ou la personne poursuivie pourrait effectuer son choix¹⁰⁸. Les dispositions que prendront les Etats à cet égard pourraient comprendre, le cas échéant, les modalités relatives à l'aide juridictionnelle¹⁰⁹, non abordées par la directive adoptée le 22 octobre 2013¹¹⁰.

Le législateur européen précise, parmi les considérants précédant le texte de la directive, que les Etats membres devraient s'efforcer de rendre disponibles des informations générales, par exemple sur un site internet ou au moyen d'une brochure disponible dans les commissariats de police, visant à aider les suspects ou les personnes poursuivies à trouver un avocat¹¹¹. En ce qui concerne les suspects ou personnes poursuivies qui ne sont pas privées de leur liberté, il leur appartiendra de prendre les dispositions utiles en vue de pouvoir être assistés d'un avocat, les Etats n'étant pas tenus de prendre des mesures pour s'en assurer¹¹². Le suspect ou la personne poursuivie devrait néanmoins alors avoir la possibilité de contacter ou de consulter librement un avocat et d'être assisté librement par celui-ci¹¹³.

Les Etats membres devraient par ailleurs veiller à transposer la directive en prenant en considération la directive 2012/13/UE¹¹⁴, qui prévoit que les suspects ou les personnes poursuivies reçoivent rapidement des informations concernant le droit d'accès à un avocat et que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont arrêtés ou détenus reçoivent rapidement une déclaration de droits écrite contenant des informations sur le droit d'accès à un avocat¹¹⁵.

3.4. Les dérogations à l'accès à un avocat prévues par la directive

Le droit d'accès à un avocat dans les situations énoncées ci-dessus n'est pas illimité. Des dérogations ont été prévues par la directive, mais uniquement dans des circonstances exceptionnelles, et au cours de la phase préliminaire du procès pénal uniquement¹¹⁶.

(a) L'éloignement géographique du suspect ou de la personne poursuivie

Cette dérogation – temporaire – ne concerne que l'accès à un avocat, sans retard indu, après la privation de liberté, conformément à l'article 3, § 2, c) de la directive. Elle vise l'hypothèse où il est impossible d'assurer le respect de ce droit en raison de l'éloignement géographique du suspect ou de la personne poursuivie¹¹⁷, par exemple, lorsque le suspect ou la personne poursuivie se trouve dans les territoires d'outre-mer, ou lorsqu'un Etat membre se livre ou participe à des opérations militaires

¹⁰⁵ Art. 3, § 4, al. 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰⁶ Voy. *a contrario* considérant n° 27 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰⁷ Considérant n° 28 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Voy. *infra*.

¹¹¹ Considérant n° 27 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, L. 142 du 22 mai 2012, p. 1.

¹¹⁵ Considérant n° 14 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹¹⁶ Art. 3, §§ 5 et 6 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹¹⁷ Art. 3, § 5 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

en dehors de son territoire¹¹⁸. Le Professeur D. FLORE cite les cas exceptionnels de piraterie maritime, dans lesquels on peut imaginer qu'un suspect soit capturé à bord d'un bateau battant pavillon d'un Etat membre, une telle situation rendant extrêmement difficile, voire impossible l'exercice du droit d'accès à un avocat¹¹⁹.

Dans de telles hypothèses, il est possible de déroger à l'exercice de ce droit, mais uniquement temporairement, dans des circonstances exceptionnelles, et uniquement au cours de la phase préalable au procès pénal¹²⁰.

Les autres garanties subsistent néanmoins, notamment le droit d'avoir accès à un avocat avant d'être interrogé par la police ou une autorité judiciaire ou répressive¹²¹. L'éloignement géographique ne changera, en effet, rien à la nécessité d'assurer l'accès à un avocat à la personne suspectée ou poursuivie dans les autres hypothèses visées par l'article 3, §§ 2 et 3 de la directive.

Sauf si cela est impossible, lorsque l'accès immédiat à un avocat ne peut être garanti en raison de l'éloignement géographique du suspect ou de la personne poursuivie, les Etats membres devraient néanmoins, à tout le moins, permettre la communication avec un avocat par téléphone ou par vidéoconférence¹²².

(b) L'existence de motifs impérieux

L'existence de motifs impérieux permet aux Etats membres de déroger – temporairement – à l'ensemble des droits reconnus par le paragraphe 3 de l'article 3 de la directive¹²³.

Il est néanmoins expressément précisé, parmi les considérants qui précèdent le texte de la directive, que tout recours abusif à ces dérogations porterait, en principe, une atteinte irréversible aux droits de la défense¹²⁴. Il est par ailleurs prévu que la Commission européenne présente, dans son rapport au Parlement et au Conseil prévu pour le 28 novembre 2019 au plus tard, soit après trois ans d'application de la directive¹²⁵, une évaluation spécifique de l'application de ces dérogations¹²⁶, et le cas échéant, formule des propositions législatives¹²⁷.

La directive envisage deux situations permettant aux Etats membres de déroger aux droits d'accès à l'avocat, en raison de l'existence de motifs impérieux :

1° La nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne

Ces motifs impérieux visent notamment l'existence d'une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne¹²⁸.

¹¹⁸ Voy. considérant n° 30 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹¹⁹ D. FLORE, *op. cit.*, p. 402.

¹²⁰ Art. 3, § 5 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²¹ Considérant n° 30 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Art. 3, § 6 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²⁴ Voy. considérants n°s 31 et 32 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²⁵ Qui est censée être transposée par les Etats membres pour le 27 novembre 2016 au plus tard. Voy. art. 15, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²⁶ En lien avec l'art. 8, §§ 1 et 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, qui contient les conditions générales d'application des dérogations temporaires. Voy. Art. 16 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²⁷ Art. 16 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹²⁸ Art. 3, § 6, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

Pendant la durée de la dérogation temporaire aux droits contenus dans la directive, les autorités compétentes d'un Etat membre peuvent interroger des suspects ou des personnes poursuivies en l'absence de leur avocat, pour autant toutefois qu'ils aient été informés de leur droit de garder le silence, et qu'ils puissent exercer ce droit et pour autant que cet interrogatoire ne porte pas préjudice aux droits de la défense, en ce compris au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination¹²⁹.

L'interrogatoire ne peut être mené qu'à la seule fin d'obtenir des informations essentielles pour prévenir les atteintes graves à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne et dans la mesure nécessaire à leur effet¹³⁰.

Cette hypothèse n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et précisément l'arrêt *GÄFGEN* rendu le 1^{er} juin 2010¹³¹. Pour rappel, dans cet arrêt, la Cour semble développer une approche plus souple quant au respect de l'article 6 de la Convention lorsque des preuves ont été recueillies en violation de l'article 3 de la Convention, qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants, en vue de préserver une autre valeur, à savoir la vie d'un individu. Néanmoins, dans cette affaire, les juridictions internes avaient écarté tous les aveux formulés par le requérant sous la menace de torture, soit en violation de l'article 3 de la Convention, tout en retenant néanmoins les éléments de preuve que les autorités d'enquête avaient rassemblés à la suite des déclarations effectuées par le requérant sous l'effet continu du traitement attentatoire à l'article 3¹³². La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention en soulignant que la non exclusion des preuves matérielles litigieuses, recueillies à la suite d'une déclaration extorquée au moyen d'un traitement inhumain, n'a pas joué dans le verdict de culpabilité et la peine prononcée contre le requérant¹³³. Elle précise que les droits de la défense du requérant et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ont été observés, de sorte qu'il y a lieu de tenir l'ensemble du procès du requérant pour équitable¹³⁴.

La dérogation prévue par le législateur européen permet, quant à elle, aux autorités d'agir sans devoir respecter les garanties prévues par la directive, dont notamment la présence d'un avocat au cours d'un interrogatoire, mais également de prendre en considération les aveux éventuellement obtenus au cours de celui-ci ou les preuves qui auraient été recueillies à la suite de celui-ci. Aucune règle visant à l'écartement de ces preuves n'a été prévue par le législateur européen, ce qui pourrait dès lors potentiellement conduire à une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et à une condamnation de l'Etat membre concerné par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹²⁹ Considérant n° 31 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Cour eur. D. H. (Grande Chambre), *Gäfgen n c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010.

¹³² Cour eur. D. H. (Grande Chambre), *Gäfgen n c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, § 172.

¹³³ Cour eur. D. H. (Grande Chambre), *Gäfgen n c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, § 187. Le requérant avait en effet, consenti de nouveaux aveux complets au cours du procès, après avoir été informé de son droit de garder le silence et de ce qu'aucune des déclarations faites auparavant quant aux chefs d'accusation ne pourrait être versée à charge. Les éléments de preuve supplémentaires, recueillis à la suite des déclarations consenties sous la menace de tortures, n'avaient par ailleurs pas servi au tribunal à prouver la culpabilité du requérant, mais seulement à vérifier l'authenticité de ses aveux. Ils comprenaient les résultats de l'autopsie du corps de la victime, retrouvé grâce aux premières déclarations du requérant, ainsi que les traces de pneus laissées par le véhicule du requérant près de l'étant où le corps de l'enfant avait été découvert. Le tribunal s'est par ailleurs basé sur des preuves corroborantes recueillies indépendamment des premiers aveux du requérant.

¹³⁴ Cour eur. D. H. (Grande Chambre), *Gäfgen n c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, § 187.

Notons toutefois que le législateur européen a pris le soin de préciser que le niveau de protection des droits définis par la directive ne devrait jamais être inférieur aux normes établies par la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour strasbourgeoise¹³⁵. Les Etats membres devront nécessairement dès lors respecter la jurisprudence de la Cour lorsque les droits garantis par la directive n'auront pas été respectés en raison de la nécessité de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'autrui.

2° La nécessité d'agir immédiatement

L'autre motif impérieux visé par le législateur européen concerne la situation dans laquelle il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement, pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale¹³⁶. L'hypothèse envisagée est celle où le report de l'action des autorités risquerait d'entraîner la destruction ou l'altération de preuves essentielles ou des interférences avec les témoins¹³⁷.

Pendant la durée de la dérogation temporaire aux droits contenus dans la directive, les autorités compétentes peuvent interroger des suspects ou des personnes poursuivies en l'absence de leur avocat, pour autant qu'ils aient été informés de leur droit de garder le silence et qu'ils puissent exercer ce droit, et pour autant que cet interrogatoire ne porte pas préjudice aux droits de la défense, y compris au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination¹³⁸.

Un interrogatoire ne pourra néanmoins être mené qu'à la seule fin d'obtenir des informations essentielles pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale et dans la mesure nécessaire à cet effet.

Les autorités pourront également pendant la durée de la dérogation procéder à l'exécution des mesures d'enquête visées par la directive, en présence du suspect ou de la personne poursuivie, si les éléments de preuve à recueillir risquent d'être altérés, déplacés ou détruits du fait du temps écoulé jusqu'à l'arrivée de l'avocat¹³⁹.

(c) Les conditions d'application des dérogations temporaires

Le législateur européen a pris le soin d'entourer de conditions strictes les dérogations prévues par la directive au droit d'accès à un avocat¹⁴⁰.

Une dérogation doit, en effet, être proportionnée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire¹⁴¹ pour atteindre l'objectif pour lequel elle a été instaurée. Ceci implique que l'autorité compétente

¹³⁵ Voy. considérant n° 54 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹³⁶ Art. 3, § 6, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹³⁷ Considérant n° 31 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ La Commission européenne avait expressément visé cette hypothèse dans la proposition soumise au Conseil et au Parlement européen. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, art. 3, § 1^{er}, b) et Exposé des motifs, § 20.

¹⁴⁰ Ces conditions d'applications s'appliquent néanmoins à l'ensemble des dérogations temporaires visées par la directive, soit également au droit d'informer un tiers de la privation de liberté.

¹⁴¹ Art. 8, § 1^{er}, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

doive toujours opter pour la solution qui restreint le moins le droit d'accès à un avocat¹⁴². La dérogation doit par ailleurs avoir une durée strictement limitée¹⁴³.

Une telle dérogation ne peut être fondée exclusivement sur la nature ou la gravité de l'infraction alléguée¹⁴⁴. Il serait ainsi exclu qu'un Etat membre prévoie, de manière générale, que les infractions d'une certaine nature (par exemple les crimes) ou d'une certaine gravité (par exemple, dont la peine maximale excéderait un certain seuil) échappent au champ d'application de la directive et des droits qu'elle contient. Une appréciation au cas par cas devra être effectuée par les autorités compétentes¹⁴⁵.

La dérogation temporaire ne pourra par ailleurs, de manière plus générale, porter atteinte à l'équité générale de la procédure¹⁴⁶.

Les Etats membres devront nécessairement veiller, lors de la transposition de la directive à énoncer clairement les motifs et les critères des dérogations temporaires, et en faire un usage limité¹⁴⁷.

Quant à la décision de déroger temporairement au droit d'accès à un avocat tel que prévu par l'article 3 de la directive, celle-ci ne pourra être prise que au cas par cas, par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente, à condition toutefois que la décision de celle-ci puisse faire l'objet d'un recours judiciaire¹⁴⁸. Cette décision devra nécessairement être motivée et elle sera consignée selon la procédure de constatation prévue par l'Etat membre concerné¹⁴⁹. La décision de déroger temporairement au droit d'accès à un avocat ne pourra ainsi être prise par les services de police seuls ou par d'autres services répressifs qui ne sont pas considérés comme des autorités judiciaires par le droit national et la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁰.

4. Dispositions particulières quant au droit d'accès à un avocat dans le cadre d'une procédure relative au mandat d'arrêt européen

La personne qui fait l'objet d'une procédure suite à l'émission d'un mandat d'arrêt européen, que ce soit en vue de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure privative de liberté¹⁵¹, pourra également bénéficier de l'accès à avocat dans l'Etat membre

¹⁴² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 25.

¹⁴³ Art. 8, § 1^{er}, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁴⁴ Art. 8, § 1^{er}, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁴⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 25.

¹⁴⁶ Art. 8, § 1^{er}, d) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁴⁷ Considérant n° 38 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁴⁸ Art. 8, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁴⁹ Art. 8, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁵⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 25.

¹⁵¹ Conformément à l'art. 1, § 1^{er} de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *J.O.*, n° L. 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

d'exécution, et ce, dès son arrestation¹⁵². Cette personne pourra en outre, dès son arrestation, désigner un avocat dans l'Etat membre d'émission du mandat d'arrêt européen¹⁵³.

Ces dispositions de la directive sont destinées à compléter l'article 11 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen¹⁵⁴, qui prévoit que lorsqu'une personne est arrêtée aux fins de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, elle a le droit de bénéficier des services d'un conseil conformément au droit national de l'Etat membre d'exécution¹⁵⁵. Désormais, la possibilité d'avoir accès à un avocat dans le cadre des procédures relatives à un mandat d'arrêt européen n'est plus abandonnée au seul droit national mais fait également l'objet de dispositions européennes destinées à en déterminer les contours¹⁵⁶.

Il est néanmoins précisé¹⁵⁷ que les droits dont bénéficie la personne dont la remise est demandée ne peuvent faire obstacle au respect des délais stricts prévus pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen¹⁵⁸. La procédure de remise est, en effet, fondamentale pour la coopération entre les Etats membres en matière pénale, laquelle nécessite que ces délais soient respectés scrupuleusement par les Etats membres¹⁵⁹.

4.1. L'accès à un avocat dans l'Etat membre d'exécution

Le droit d'accès à un avocat dans l'Etat membre d'exécution doit être accordé sans délai, selon des modalités qui permettent à la personne dont la remise est demandée d'exercer effectivement les droits que lui confère la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen¹⁶⁰ et, en tout état de cause, sans retard indu à partir de la privation de liberté¹⁶¹.

La personne recherchée aura la possibilité de rencontrer, en privé¹⁶², l'avocat qui la représente, et de communiquer avec lui¹⁶³, éventuellement avant de le rencontrer¹⁶⁴, les Etats membres pouvant

¹⁵² Art. 10, §§ 1 à 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁵³ Art. 10, §§ 4 à 6 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁵⁴ Précisément l'art. 11, § 2 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *J.O.*, n° L. 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

¹⁵⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 28.

¹⁵⁶ Commission Staff working document – impact assessment accompanying the proposal for a directive of the European parliament and of the council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, *SEC (2011) 686 final*, 8 juin 2011, p. 32.

¹⁵⁷ Considérant n° 47 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁵⁸ Voy. art. 17 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen [...]. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit de faire désigner un avocat dans l'Etat membre d'émission, voy. art. 10, § 6 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, qui prévoit que ce droit s'exerce sans préjudice des délais déterminés dans la décision-cadre, ou de l'obligation qui incombe à l'autorité judiciaire d'exécution de décider, dans les délais et aux conditions définis dans la décision-cadre, si la personne doit être remise.

¹⁵⁹ Considérant n° 47 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁶⁰ Dont notamment la possibilité de ne pas consentir à sa remise à l'autorité judiciaire d'émission, telle que le prévoit l'art. 11, § 1^{er} de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen [...].

¹⁶¹ Art. 10, § 2, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁶² Considérant n° 43 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁶³ Art. 10, § 2, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁶⁴ Considérant n° 44 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

arrêter les modalités pratiques concernant la durée et la fréquence de ces rencontres¹⁶⁵ ou de ces communications¹⁶⁶, ainsi que les moyens de communication qui peuvent être utilisés¹⁶⁷, comme cela est prévu pour les suspects et personnes poursuivies¹⁶⁸.

L'avocat pourra par ailleurs participer à l'audition, par l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution, de la personne dont la remise est sollicitée¹⁶⁹, ce qui sera consigné conformément à la procédure prévue dans l'Etat d'exécution¹⁷⁰. Il doit avoir la possibilité de poser des questions, demander des clarifications et faire des déclarations¹⁷¹.

L'Etat membre d'exécution devra veiller à ce que les personnes dont la remise est demandée soient en mesure d'exercer effectivement leur droit d'accès à un avocat, notamment en organisant l'assistance d'un avocat lorsqu'elles n'en ont pas¹⁷², éventuellement en ayant recours à l'aide juridictionnelle¹⁷³.

L'ensemble des autres garanties prévues par la directive du 22 octobre 2013 à l'égard des suspects et personnes poursuivies¹⁷⁴ s'applique par ailleurs *mutatis mutandis* à la procédure relative au mandat d'arrêt européen, dans l'Etat membre d'exécution¹⁷⁵.

4.2. L'accès à un avocat dans l'Etat membre d'émission

Sans retard indu après la privation de liberté de la personne dont la remise est demandée, l'autorité compétente de l'Etat membre d'exécution devra nécessairement informer celle-ci de la possibilité de désigner un avocat dans l'Etat membre d'émission du mandat d'arrêt européen¹⁷⁶.

La rôle de l'avocat dans l'Etat d'émission est d'assister l'avocat qui sera désigné dans l'Etat membre d'exécution, en fournissant à celui-ci des informations et des conseils afin de garantir l'exercice effectif des droits de la personne dont la remise est demandée, tels que prévus par la décision-cadre

¹⁶⁵ Voy. considérant n° 43 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, qui prévoit également, comme c'est le cas pour les suspects et personnes poursuivies, que les Etats membres peuvent aussi arrêter les modalités pratiques en vue d'assurer la sûreté et la sécurité, en particulier de l'avocat et de la personne dont la remise est demandée, dans le lieu où se déroule la rencontre entre ceux-ci, sans toutefois que ces modalités ne portent atteinte à l'exercice effectif et à l'essence du droit des personnes de la remise est demandée de rencontrer leur avocat.

¹⁶⁶ Voy. considérant n° 44 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 qui prévoit en outre que ces modalités pratiques ne devraient pas porter atteinte à l'exercice effectif et l'essence même du droit des personnes dont la remise est demandée de communiquer avec leur avocat.

¹⁶⁷ Telles que la vidéoconférence, ou d'autres techniques de communication. Voy. considérant n° 44 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁶⁸ Voy. *supra*.

¹⁶⁹ Cette audition est effectivement prévue par l'art. 14 de la décision cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 [...], lorsque la personne refuse de consentir à sa remise vers l'Etat d'émission.

¹⁷⁰ Art. 10, § 2, c) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷¹ Considérant n° 42 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷² Considérant n° 45 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷³ Etant entendu que celle-ci reste régie par le droit national. Voy. considérant n° 45 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013. Ce considérant précise que les Etats membres d'exécution pourraient prévoir, dans leur droit national, que les autorités compétentes font le nécessaire pour fournir l'assistance d'un avocat sur la base d'une liste d'avocats disponibles, parmi lesquels les personnes dont la remise est demandée pourraient effectuer leur choix.

¹⁷⁴ Prévues aux articles 4 (confidentialité), 5 (droit d'informer un tiers de la privation de liberté), 6 (droit de communiquer avec des tiers), 7 (droit de communiquer avec les autorités consulaires) et 9 (renonciation) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷⁵ Art. 10, § 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷⁶ Art. 10, § 4 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

relative au mandat d'arrêt européen¹⁷⁷. Cet avocat ne pourra, à ce stade, s'occuper du fond de l'affaire¹⁷⁸.

Si la personne privée de sa liberté souhaite exercer ce droit de désigner un avocat dans l'Etat d'émission et qu'elle n'a pas déjà un tel avocat, il appartiendra à l'autorité compétente de l'Etat d'exécution d'en informer celle de l'Etat d'émission¹⁷⁹. Cette dernière fournira alors des informations à la personne dont la remise est demandée en vue de l'aider à désigner un avocat dans cet Etat membre¹⁸⁰. Ces informations pourraient, par exemple, comprendre une liste actualisée d'avocats, ou le nom d'un avocat de permanence dans l'Etat d'émission, qui puisse fournir des informations et des conseils dans les affaires où il est fait usage du mandat d'arrêt européen¹⁸¹. Les Etats membres pourraient solliciter des ordres des avocats qu'ils établissent une telle liste¹⁸².

Cette faculté de désigner un avocat dans l'Etat membre d'émission dès que la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen est interpellée dans un Etat membre est particulièrement innovante.

Parmi les conseils que cet avocat pourra prodiguer, on pense évidemment au contenu du droit de l'Etat membre d'émission qui peut influencer la stratégie de la personne dont la remise est demandée dans le cadre de la procédure visant à exécuter le mandat d'arrêt européen. Cette assistance vise en effet à faciliter l'exercice effectif, dans l'Etat membre d'exécution, des droits consacrés par la décision-cadre, qu'il s'agisse de celui de consentir ou de ne pas consentir à sa remise, ou encore la possibilité d'invoquer un motif de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen, tels que visés aux articles 3 et 4 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen¹⁸³. Ainsi, le législateur européen souligne l'assistance déterminante de cet avocat dans l'Etat d'émission pour apporter la preuve de l'existence d'un jugement antérieur susceptible d'entraîner l'application du principe *ne bis in idem*, qui intervient (sous certaines conditions) comme motif de refus obligatoire de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, conformément à l'article 3, 2) de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen¹⁸⁴.

5. La possibilité de renoncer aux garanties prévues par la directive

Le suspect ou la personne poursuivie dispose bien entendu de la possibilité de renoncer aux garanties prévues par la directive. Cette possibilité est toutefois encadrée, de manière à permettre au suspect ou la personne poursuivie de renoncer en toute connaissance de cause¹⁸⁵. Les Etats membres doivent ainsi veiller à ce que ce dernier ait reçu, oralement ou par écrit, des informations

¹⁷⁷ Art. 10, § 4 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁷⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 28.

¹⁷⁹ Art. 10, § 5 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸⁰ Art. 10, § 5 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸¹ Considérant n° 46 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 28.

¹⁸⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 28.

¹⁸⁵ Art. 9 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

claires et suffisantes, dans un langage simple et compréhensible¹⁸⁶, sur la teneur du droit concerné et les conséquences éventuelles d'une renonciation à celui-ci¹⁸⁷ et que la renonciation soit formulée de plein gré et sans équivoque¹⁸⁸.

La renonciation peut être effectuée par écrit ou oralement. Elle sera consignée conformément à la procédure prévue par le droit national, ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été formulée¹⁸⁹.

Les suspects et les personnes poursuivies peuvent toujours révoquer leur renonciation, à chaque étape de la procédure pénale¹⁹⁰. Les Etats membres doivent veiller à ce qu'ils soient informés de cette possibilité¹⁹¹. Cette révocation prendra effet à partir du moment où elle est effectuée¹⁹², de sorte qu'il ne sera pas nécessaire de procéder à nouveau aux interrogatoires ou autres actes de procédure accomplis au cours de la période de renonciation audit droit¹⁹³.

6. La prise en considération de la situation de faiblesse du suspect ou de la personne poursuivie

Les Etats membres devront veiller à ce que les besoins spécifiques des personnes vulnérables qui sont poursuivies ou soupçonnées soient pris en considération dans le cadre de l'application de la directive¹⁹⁴. Le ministère public, les autorités répressives et judiciaires devraient ainsi faciliter l'exercice effectif par ces personnes des droits prévus par la directive, en prenant en considération leur vulnérabilité affectant leur capacité, notamment d'exercer leur droit d'accès à un avocat¹⁹⁵. Cette obligation se justifie par la nécessité d'une bonne administration de la justice¹⁹⁶.

Une recommandation adoptée par la Commission européenne quelques semaines après la directive dispose, en ce qui concerne les personnes vulnérables,¹⁹⁷ si celles-ci sont inaptes à comprendre et à suivre la procédure, qu'elles ne devraient pas pouvoir renoncer au droit d'accès à un avocat¹⁹⁸.

Si le suspect ou la personne poursuivie est un enfant – soit une personne vulnérable par excellence –, des considérations particulières ont été émises par le législateur européen dans la directive du 22 octobre 2013¹⁹⁹. Les droits des enfants sont en effet favorisés en tenant compte des lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants²⁰⁰, en particulier les dispositions relatives

¹⁸⁶ Notamment en prenant en considération l'âge et l'état mental et physique de la personne concernée. Voy. considérant n° 39 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸⁷ Art. 9, § 1^{er}, a) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸⁸ Art. 9, § 1^{er}, b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁸⁹ Art. 9, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013. Il est précisé que cette consignation ne devrait entraîner aucune obligation supplémentaire imposant aux Etats membres de mettre en place de nouveau mécanisme, ni aucune charge administrative additionnelle. Voy. considérant n° 40 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹⁰ Art. 9, § 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹¹ Art. 9, § 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹² Art. 9, § 3 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹³ Voy. considérant n° 41 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹⁴ Art. 13 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹⁵ Considérant n° 51 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ La Commission ne définit pas ce qu'il faut entendre par « personne vulnérable ».

¹⁹⁸ Recommandation de la Commission du 27 novembre 2013 relative à des garanties procédurales en faveur des personnes vulnérables soupçonnées ou poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *J.O.*, C. 378 du 24 décembre 2013, p. 8

¹⁹⁹ Considérant n° 55 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁰⁰ Voy. les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, adoptées le 17 novembre 2010, disponibles sur <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/>

aux informations et conseils à communiquer aux enfants²⁰¹. Par ailleurs, les titulaires de l'autorité parentale (ou un autre adulte si la communication avec ceux-ci est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant) devraient être informés le plus rapidement possible de la privation de liberté de leur enfant ainsi que des motifs de celle-ci²⁰².

Etonnamment, le législateur européen n'exclut toutefois pas la possibilité qu'un enfant renonce à un droit prévu par la directive²⁰³, comme le fait pourtant le législateur belge en ce qui concerne le droit d'être assisté par un avocat au cours d'une audition effectuée alors que le mineur d'âge serait privé de sa liberté²⁰⁴.

7. Recours effectifs et utilisation des preuves obtenues en violation du droit à l'assistance d'un avocat

Lorsque les droits garantis par la directive ont été violés, les Etats membres doivent veiller à ce que les suspects et les personnes poursuivies ou les personnes dont la remise est sollicitée dans le cadre d'une procédure relative à un mandat d'arrêt européen disposent d'une voie de recours effective, tout en laissant l'organisation de celle-ci au droit national²⁰⁵. Cette obligation faite aux Etats membres vise à garantir l'effectivité du droit de l'Union²⁰⁶.

Dans la proposition, il était prévu que cette voie de recours devait avoir pour effet de placer la personne soupçonnée ou poursuivie dans la situation qui aurait été la sienne si la violation n'avait pas eu lieu²⁰⁷, cette précision n'ayant toutefois pas été retenue par le législateur européen dans le texte final de la directive qui paraît nettement plus flou.

L'option de laisser aux Etats membres le soin de déterminer quelles seront les conséquences d'une violation des droits reconnus par la directive, en leur imposant seulement de prévoir une voie de recours effective, a été préférée à une disposition qui cliquerait de manière contraignante les conséquences d'une telle violation²⁰⁸ telles que l'écartement pur et simple des déclarations ou des

Dec%282010%291098/10.2abc&Language=lanFrench&Ver=app6&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383, consulté le 2 octobre 2015.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Considérant n° 55 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Art. 2*bis*, § 2, al. 6 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

²⁰⁵ Art. 12, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁰⁶ Considérant n° 49 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁰⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, art. 13, § 2.

²⁰⁸ Commission Staff working document – impact assessment accompanying the proposal for a directive of the european parliament and of the council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, *SEC (2011) 686 final*, 8 juin 2011, p. 41.

preuves obtenues en violation du droit d'accès à un avocat²⁰⁹. Ce choix a été justifié par le souci d'assurer la proportionnalité de l'action du législateur européen²¹⁰.

Concernant spécifiquement le droit d'accès à un avocat, le législateur européen prévoit que, lorsque des déclarations ont été faites ou des éléments de preuve obtenus en violation de ce droit, ou lorsqu'une dérogation à ce droit a été autorisée en raison de l'existence d'un motif impérieux tel que prévu par l'article 3, § 6 de la directive²¹¹, les Etats membres devront veiller à ce que, lors de l'appréciation de ces déclarations ou de ces éléments de preuve, les droits de la défense et l'équité de la procédure pénale soient respectés²¹².

Cette précaution imposée aux Etats membres n'apparaît pas très claire, d'autant qu'elle vaut sans préjudice des règles et des régimes nationaux concernant l'admissibilité des preuves²¹³. Pour rappel, la Cour de cassation belge a précisé que « *l'irrégularité de la preuve due au fait qu'un prévenu a fait des déclarations sans l'assistance d'un avocat ou en violation du droit d'information, ne donne pas lieu à l'irrecevabilité de l'action publique mais uniquement à l'exclusion ou à l'inadmissibilité éventuelle de cette preuve* », dans la mesure où « *les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont, en principe, violés lorsqu'un suspect fait des déclarations au cours de l'audition par la police, en violation du devoir d'information et sans possibilité de se faire assister par un avocat* »²¹⁴. La Cour de cassation précise par ailleurs qu'il appartiendra au juge du fond, à la lumière de l'ensemble du procès, de vérifier si la valeur probante de tous les éléments qui lui sont soumis est entachée par le simple fait qu'une déclaration aurait été faite au cours de l'instruction sans l'assistance de l'avocat ; et de décider, le cas échéant, que ces moyens de preuve sont inadmissibles ou exclus. Dès lors, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, on peut supposer qu'en droit belge le fait que le droit d'accès à un avocat tel que garanti par la directive européenne n'ait pas été respecté ne compromettra pas nécessairement l'équité de l'ensemble de la procédure si, à tout le moins, ces déclarations effectuées sans assistance d'un avocat ainsi que les éléments de preuve qui auraient été obtenus ultérieurement sur la base de celles-ci sont exclus des débats.

Le législateur européen a encore précisé, dans les considérants qui précèdent les dispositions de la directive, qu'il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'égard de l'obligation faite aux Etats de veiller à ce que les droits de la défense et l'équité de la procédure soient respectés en cas de dérogation à l'accès à un avocat ou de violation de ce droit²¹⁵. Ainsi, il est rappelé que la Cour estime qu'il est en principe porté une atteinte irréversible

²⁰⁹ Voy. D. FLORE, *op. cit.*, p. 412. A cet égard, la proposition de la commission paraissait plus stricte, dans la mesure où elle interdisait l'utilisation de ces déclarations et ces éléments de preuve à n'importe quel stade de la procédure en tant qu'éléments de preuve contre cette personne, sauf si leur utilisation ne risquait pas de porter atteinte aux droits de la défense. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, COM (2011) 326 final, 8 juin 2011, art. 13, § 3.

²¹⁰ Commission Staff working document – impact assessment accompanying the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, SEC (2011) 686 final, 8 juin 2011, p. 41.

²¹¹ Soit la nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne ; soit lorsqu'il est impératif que les autorités agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale. Voy. art. 3, § 6, a) et b) de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²¹² Art. 12, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²¹³ Art. 12, § 2 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²¹⁴ Cass., 13 novembre 2012, R.G. P.12.1082.N.

²¹⁵ Considérant n° 50 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

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 condamnation²¹⁶.

Le législateur européen précise toutefois que cette jurisprudence ne doit pas empêcher l'utilisation de ces déclarations à d'autres fins autorisées par le droit national : par exemple, pour procéder à des actes d'instruction urgents, éviter la commission d'autres infractions, des atteintes graves à une personne, ou en raison de la nécessité urgente d'éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale lorsque l'accès à un avocat ou un retard dans le déroulement de l'enquête porterait irrémédiablement atteinte aux enquêtes en cours concernant une infraction grave²¹⁷.

Rien n'empêche par ailleurs les Etats membres de conserver un système en vertu duquel tous les éléments de preuve existants peuvent être produits devant une juridiction ou un juge²¹⁸, en ce compris les déclarations effectuées en violation au droit d'accès à un avocat garanti par la directive ou dans un cas où il fût dérogé à ce droit. Il n'est pas nécessaire que les Etats procèdent à une appréciation distincte ou préalable de l'admissibilité de ces éléments de preuve²¹⁹, à charge toutefois pour le juge du fond de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

8. Les carences du système mis en place par la directive

8.1. La limitation des garanties aux suspects et personnes poursuivies

Certains regretteront que la directive ne garantisse pas à la victime d'une infraction d'être assistée, au cours de ses auditions, par un avocat. Il en va de même pour les témoins et les personnes entendues à titre de simple renseignement. En effet, l'objet de la directive n'est que de garantir un tel droit pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, en ce compris les procédures relatives à un mandat d'arrêt européen²²⁰.

Bien entendu, les risques que la présence d'un avocat est censée neutraliser, tels que les pressions éventuelles, les manœuvres pour pousser une personne à l'aveu et ainsi violer son droit au silence sont nettement moindres lorsqu'est entendu une victime ou un simple témoin. On peut dès lors comprendre la volonté du législateur européen de limiter le champ d'application de la directive aux seuls suspects et personnes poursuivies.

Le législateur européen précise par ailleurs que lorsqu'un témoin, par exemple, ou une personne entendue à titre de simple renseignement, se retrouve soupçonné ou poursuivi durant un interrogatoire par la police ou toute autre autorité judiciaire, l'interrogatoire devrait être interrompu immédiatement en vue de permettre à la personne en cause d'exercer les droits reconnus par la directive²²¹. Cette précision est en parfaite conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui précise que les garanties prévues par l'article 6 de la Convention, notamment le droit de bénéficier d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police et dès la privation de liberté, s'appliquent aux témoins lorsqu'en réalité, les autorités judiciaires et policières disposent d'éléments de nature à les suspecter d'avoir participé à l'infraction, peu importe la qualification officielle de la qualité en laquelle la personne est entendue²²².

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Art. 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²²¹ Considérant n° 21 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²²² Cour eur. D. H, *Brusco c. France*, arrêt du 14 octobre 2010, § 47.

Dans l'arrêt *Brusco c. France*, la Cour a considéré que, dès son interpellation et son placement en garde à vue, les autorités avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête ouverte par le juge d'instruction. Dans ces circonstances, l'argument selon lequel le requérant n'a été entendu que comme témoin est inopérant, étant purement formel, dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction.

8.2. Les limites au droit d'accès à un avocat

La volonté d'exclure l'accès systématique à un avocat pour le suspect ou la personne poursuivie du chef d'infractions mineures telles que définies par l'article 2, § 4 de la directive semble à première vue raisonnable.

Par contre, paraissent plus problématiques les dérogations prévues à l'accès à un avocat, soit en raison de l'éloignement géographique, soit lorsqu'il existe des motifs impérieux tels que décrits par l'article 3, paragraphe 6 de la directive. Tout comme la Commission européenne le soulignait dans la proposition de directive, vu l'extrême importance des droits qui y sont consacrés, les Etats ne devraient, en principe, pas avoir le droit d'y déroger²²³.

Et même si ces dérogations au droit d'accès à un avocat sont entourées de garanties strictes de manière à éviter tout usage abusif²²⁴, des dérives restent possibles, vu l'interprétation extensive qu'il est possible de faire à l'égard de celles-ci.

De telles dérogations visées par le législateur européen pourraient par ailleurs constituer un incitant pour les Etats membres, à intégrer celles-ci dans leur droit interne, là où ce dernier n'en prévoyait pas²²⁵.

Il faut néanmoins souligner que l'intention du législateur européen était de s'inspirer de la jurisprudence strasbourgeoise²²⁶, qui admet certaines dérogations à l'accès à un avocat, dans des circonstances exceptionnelles, pour une durée limitée, et à condition que la dérogation soit clairement circonscrite, et, considérée à la lumière de la procédure dans son ensemble, qu'elle ne prive pas le suspect ou la personne poursuivie de son droit à un procès équitable²²⁷. C'est ce qui a justifié que le législateur européen précise, dans l'article 8 de la directive, les conditions générales qui entourent l'application des dérogations temporaires à l'exercice des droits reconnus par la directive²²⁸.

²²³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 25.

²²⁴ Art. 8 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²²⁵ Ce n'est pas le cas du droit belge, qui prévoit déjà, de manière relativement vague, que « *A la lumière des circonstances particulières de l'espèce, et pour autant qu'il existe des raisons impérieuses, le procureur du Roi ou le juge d'instruction en charge peut exceptionnellement, par une décision motivée, déroger aux droits prévus aux §§1^{er} et 2* », soit à la concertation confidentielle avant un avocat préalablement au premier interrogatoire, et à l'assistance d'un avocat lors des auditions effectuées lors de la période de garde à vue.

²²⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 25.

²²⁷ Cour eur. D. H., *Salduz c. Turquie*, arrêt du 27 novembre 2008, §§ 52 et 55.

²²⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Exposé des motifs, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, § 25.

8.3. L'accès au dossier n'est pas garanti à l'avocat lorsqu'il intervient au premier stade de la procédure pénale

On peut regretter que la directive ne prévoit pas explicitement, lorsqu'elle décrit la gamme de services qu'un suspect ou une personne poursuivie est en droit d'attendre de son avocat, que ce dernier ait accès au dossier de la procédure, dont les éléments de preuve recueillis par les enquêteurs et sur la base desquels, notamment, son client sera entendu au cours de la phase préliminaire du procès pénal.

L'absence de disposition légale européenne sur cette question peut toutefois se comprendre vu les traditions juridiques parfois extrêmement variées des différents Etats membres. Nous pensons particulièrement à la subdivision existant entre les Etats où la phase préliminaire du procès pénal est plutôt de type accusatoire, et ceux où c'est le caractère inquisitoire qui prévaut. Dans les premiers, il est en effet tout à fait habituel que l'avocat adopte, dès ce moment, un rôle actif et discute les éléments de preuve recueillis alors que, dans les seconds, l'étape préliminaire du procès pénal reste gouvernée par le (sacro-saint) principe du secret de l'instruction.

On comprend dès lors, même si on ne peut que le déplorer, que le législateur européen se soit abstenu de régler la question relative à l'accès au dossier par l'avocat chargé d'assister son client, au risque de revoir ses ambitions à la baisse, pour l'ensemble des Etats membres, sous la pression de ceux d'entre eux attachés au caractère inquisitoire de leur procédure pénale.

8.4. L'absence de dispositions relatives aux obligations des Etats membres en matière d'aide juridictionnelle

Le législateur européen a pris le soin de préciser, à l'article 11 de la directive, que celle-ci s'entend sans préjudice du droit national en matière d'aide juridictionnelle, qui s'applique conformément à la Charte des droits fondamentaux de l'Union²²⁹ et à la Convention européenne des droits de l'homme²³⁰.

Ainsi, la question de l'aide juridictionnelle dont doit pouvoir bénéficier une personne, en vue d'exercer les droits que lui reconnaît la directive du 22 octobre 2013, reste régie par le droit national²³¹.

Or, si les personnes suspectées ou poursuivies sont particulièrement démunies de sorte qu'elles ne disposent pas des moyens suffisants pour pouvoir recourir à un avocat, et que le droit national ne leur permet pas d'obtenir une aide juridictionnelle de la part de l'Etat, l'accès à un avocat reste purement théorique²³². De même, des dispositions doivent nécessairement être prises afin que les avocats qui interviendraient dans le cadre d'un système d'aide juridictionnelle puissent

²²⁹ Dont l'art. 47, al. 3 dispose : « Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. »

²³⁰ Dont l'article 6, § 3, c) dispose que tout accusé a droit à « [...] s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office ».

²³¹ Voy. considérants n° 28, n° 45 et n° 48 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²³² Voy. notamment à ce sujet Comité pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants, Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by CPT from 4 to 15 October 2004 (CPT/Inf(2006) 11), p. 15, § 21.

effectivement être rapidement disponibles pour permettre à la personne d'exercer effectivement son droit d'accès à un avocat²³³.

Consciente de l'impact important de la question de l'aide juridictionnelle sur l'effectivité des droits garantis par la directive (notamment), la commission européenne a, le 27 novembre 2013, peu de temps après l'adoption de la directive analysée, déposé une proposition concernant l'aide juridictionnelle²³⁴ (provisoire²³⁵) pour les suspects et les personnes poursuivies et privées de leur liberté, ainsi que dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen²³⁶. Celle-ci vise notamment à permettre l'effectivité du droit d'accès à un avocat consacré par la directive pour ceux qui ne disposeraient pas des moyens suffisants pour s'offrir les services d'un avocat, en permettant l'octroi d'une aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies privés de liberté²³⁷ dès les premiers stades de la procédure pénale, ainsi que pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen²³⁸, que ce soit dans l'Etat d'émission ou dans l'Etat d'exécution²³⁹.

²³³ Comité pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants, Report to the Bulgarian Government on the visit to Bulgaria carried out by CP from 15 to 19 December 2008 (CPT/Inf(2010) 29), p. 16, § 13.

²³⁴ L'aide juridictionnelle désigne le concours financier et l'assistance fournis par l'Etat membre permettant de garantir l'exercice effectif du droit d'accès à un avocat. Cette aide doit couvrir les coûts de la défense, par exemple la rémunération de l'avocat, et les autres coûts de la procédure, tels que les frais de justice. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, art. 3, a).

²³⁵ L'aide juridictionnelle provisoire désigne l'aide juridictionnelle accordée à une personne privée de liberté en attendant l'adoption d'une décision relative à l'aide juridictionnelle. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, art. 3, b). Cette aide juridictionnelle provisoire devant subsister au moins jusqu'à ce que l'autorité compétente ait définitivement statué sur l'admissibilité de l'aide juridictionnelle. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, Exposé des motifs, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, § 29.

²³⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013.

²³⁷ Il s'agit de faire bénéficier ceux-ci de l'aide juridictionnelle provisoire, lorsqu'ils sont privés de leur liberté. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, Exposé des motifs, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, § 10.

²³⁸ La commission européenne a, en effet, constaté que si tous les Etats membres prévoyaient l'accès à l'aide juridictionnelle pour les suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales, ils n'offrent pas toujours l'accès à cette aide aux personnes dont la remise est demandée par le biais d'un mandat d'arrêt européen. Il s'agit dès lors de permettre l'octroi de l'aide juridictionnelle à ces personnes, non seulement l'aide juridictionnelle provisoire si elles sont privées de leur liberté mais également l'aide juridictionnelle pure et simple dans la mesure où ces personnes ne sont pas toujours privées de leur liberté. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, Exposé des motifs, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, § 11.

²³⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre

Ainsi, il est prévu que les suspects et personnes poursuivies privés de leur liberté ne devraient pas attendre l'accès à un avocat pendant le traitement d'une demande d'aide juridictionnelle, ni pendant l'évaluation au regard des critères d'admissibilité à l'aide juridictionnelle²⁴⁰. Afin que l'accès à un avocat puisse être offert sans retard après l'arrestation et avant tout interrogatoire, les Etats membres devraient par ailleurs veiller à mettre en place des mécanismes permettant une intervention à bref délai d'un avocat, par exemple, en prévoyant des systèmes d'avocats de garde ou de défense d'urgence²⁴¹. Il en va de même pour les personnes dont la remise est demandée par un autre Etat membre²⁴².

Malheureusement, la directive manque quelque peu son objectif, en n'harmonisant pas les critères d'admissibilité à l'aide juridictionnelle entre les Etats membres. A cet égard, seule une recommandation – non contraignante – a été adoptée par la Commission, en raison des coûts que la mesure pourrait entraîner pour les Etats membres²⁴³ et le principe de proportionnalité²⁴⁴ qui gouverne l'action de l'Union²⁴⁵. Notons qu'il fût suggéré la constitution d'un fonds européen, en vue de pouvoir libérer les moyens nécessaires, à l'échelon européen, à l'aide juridictionnelle dans les procédures pénales, au bénéfice des Etats dont les difficultés budgétaires pourraient remettre celle-ci en question²⁴⁶. Cette proposition n'a néanmoins pas, à ce stade, été retenue par le législateur européen.

La proposition présentée par la Commission concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de leur liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen n'a, à ce jour, pas encore adoptée. Elle a néanmoins déjà fait l'objet d'une orientation générale de la part du Conseil le 26 février 2015²⁴⁷. Les principaux amendements soumis par le Conseil au Parlement européen visent d'une part, à limiter le droit à l'aide juridictionnelle garanti par la future directive, en l'excluant pour les infractions mineures²⁴⁸ et, d'autre part, à supprimer la possibilité d'exercer ce droit dans l'Etat membre

des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, Exposé des motifs, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, § 6.

²⁴⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, Exposé des motifs, *COM (2013) 824 final*, 27 novembre 2013, § 27.

²⁴¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire [...], § 26.

²⁴² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire [...], §§ 30 et 35.

²⁴³ Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, SOC/498 – Paquet « Droits procéduraux », 25 mars 2014.

²⁴⁴ Consacré par l'art. 5, § 4 T.U.E.

²⁴⁵ Recommandation de la Commission du 27 novembre 2013 relative au droit à l'aide juridictionnelle accordé aux personnes soupçonnées ou poursuivies dans le cadre de procédures pénales, *J.O.*, du 24 décembre 2013, n° C.378.

²⁴⁶ Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privées de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, SOC/498 – Paquet « Droits procéduraux », 25 mars 2014.

²⁴⁷ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire [...], Orientation générale, *2013/0409 (COD) – 6603/15*, 26 février 2015.

²⁴⁸ Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire [...], Orientation générale, *2013/0409 (COD) – 6603/15*, 26 février 2015, art. 2, § 3 et art. 4, § 2bis.

d'émission par la personne dont la remise est demandée, qui souhaiterait exercer son droit de désigner un avocat dans cet Etat membre, dès son interpellation dans l'Etat d'exécution²⁴⁹. Les négociations sont actuellement en cours au niveau du Parlement européen.

9. Inapplicabilité de la directive au Danemark, Royaume-Uni et Irlande

L'ensemble des Etats membres n'est néanmoins pas tenu par la directive : l'Irlande, le Royaume-Uni et le Danemark bénéficient d'une position particulière pour l'ensemble des mesures adoptées dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Ainsi, le Royaume-Uni et l'Irlande ne sont pas liés par les instruments adoptés en application du Titre V de la troisième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, consacré à cet espace²⁵⁰, sauf s'ils ont notifié, dans un délai de trois mois après la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative en application du titre V de la troisième partie du T.F.U.E., leur intention de participer à l'adoption et à l'application de l'instrument envisagé²⁵¹, ou s'ils ont notifié, après l'adoption de l'instrument, leur intention de l'accepter²⁵². Ça n'a pas (encore) été le cas en ce qui concerne la directive du 22 octobre 2013, de sorte qu'elle n'est pas d'application dans ces deux Etats membres.

En ce qui concerne le Danemark, non seulement il ne participe pas à l'élaboration des instruments adoptés dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice²⁵³, et n'est pas lié par ceux-ci²⁵⁴, mais en outre, il n'a pas de possibilité de décider, lorsqu'un tel instrument est adopté, d'y participer spécifiquement²⁵⁵.

10. Délai de transposition et effet direct vertical ascendant de la directive

10.1. Le délai de transposition de la directive dans les Etats membres de l'Union européenne

Pour rappel, toute directive adoptée au niveau de l'Union européenne doit nécessairement être transposée par les Etats membres dans leur droit interne, en vertu de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Celui-ci définit la directive comme liant les Etats membres destinataires quant au résultat à atteindre, tout en laissant les instances nationales la compétence de déterminer la forme et les moyens permettant d'aboutir à un tel résultat²⁵⁶. En ce qui concerne plus

²⁴⁹ Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire [...], Orientation générale, 2013/0409 (COD) – 6603/15, 26 février 2015, art. 5, § 2 (supprimé par le Conseil).

²⁵⁰ Art. 2 du Protocole n° 21 au T.F.U.E. sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁵¹ Art. 3, § 1^{er}, al. 1^{er} du Protocole n° 21 au T.F.U.E. sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁵² Art. 4 du Protocole n° 21 au T.F.U.E. sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁵³ Art. 1^{er} du Protocole n° 22 au T.F.U.E. sur la position du Danemark.

²⁵⁴ Art. 2 du Protocole n° 22 au T.F.U.E. sur la position du Danemark.

²⁵⁵ Le Danemark peut néanmoins à tout moment, conformément à ses exigences constitutionnelles, informer les autres Etats membres qu'il ne souhaite plus se prévaloir de la totalité ou d'une partie du protocole n° 22 qui lui octroie son statut particulier. Dans ce cas, il sera cependant tenu d'appliquer intégralement les mesures pertinentes alors en vigueur, prises dans le cadre de l'Union. Voy. art. 7 du Protocole n° 22 au T.F.U.E. sur la position du Danemark. Notons néanmoins que le Danemark a envisagé de revoir sa position, dans la mesure où il souhaite ne pas rester isolé dans la lutte contre la criminalité au sein de l'Union, voire également dans la lutte contre le terrorisme (voy. déclaration de la Première Ministre danoise, Helle, THORNING-SCHMIDT, le 7 octobre 2014).

²⁵⁶ Art. 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, 2012, C. 326, p. 47.

précisément la directive du 22 octobre 2013, le délai de transposition prévu par le législateur européen expirera le 27 novembre 2016²⁵⁷.

Alors que la proposition initiale prévoyait que la transposition devrait intervenir au plus tard 24 mois après la publication de la directive au Journal officiel²⁵⁸, en se basant sur le fait que la directive, à tout le moins dans une certaine mesure, contient certaines dispositions que ne sont que le reflet de la jurisprudence strasbourgeoise, qui a déjà été implémentée dans plusieurs Etats membres²⁵⁹, prouvant par ailleurs que des changements substantiels pouvaient être effectués en peu de temps²⁶⁰, il fût néanmoins décidé de laisser aux Etats membres un peu plus d'une année supplémentaires afin d'adopter les mesures appropriées²⁶¹.

Les Etats membres devront notifier à la Commission les mesures de transposition prises immédiatement²⁶². Les Etats membres lui communiqueront également un document expliquant les liens entre les éléments de la directive et les parties correspondantes de l'instrument national de transposition²⁶³, ce document pouvant par exemple prendre la forme d'un tableau de correspondance entre les dispositions de la directive et celles adoptées dans le droit national de l'Etat membre concerné²⁶⁴.

Si l'on s'intéresse plus spécifiquement à la Belgique, force est aujourd'hui de constater que notre pays n'a pas encore transposé la directive adoptée le 22 octobre 2013, ni pris la moindre initiative à cet égard, malgré la vague de réformes qui s'abat aujourd'hui sur notre procédure pénale (Pot-Pourri II, III, IV,...). Il serait souhaitable que le législateur prenne ses dispositions dans les mois à venir, ne fut-ce que pour garantir un minimum de sécurité juridique.

10.2. L'effet direct vertical ascendant d'une directive non transposée

Le défaut de transposition de la directive le 27 novembre 2016 dans les différents Etats membres de l'Union, ou la transposition incomplète ou incorrecte de celle-ci²⁶⁵, ne privera néanmoins pas celle-ci d'effectivité pour les citoyens des différents Etats membres (à l'exception des Etats cités ci-dessus

²⁵⁷ Art. 15, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁵⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, *COM (2011) 326 final*, 8 juin 2011, art. 15, § 1^{er}, soit au début du mois de novembre 2015, la directive ayant été publiée au *J.O.* le 6 novembre 2013.

²⁵⁹ Commission Staff working document – impact assessment accompanying the proposal for a directive of the european parliament and of the council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, *SEC (2011) 686 final*, 8 juin 2011, pp. 42-43.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 43.

²⁶¹ Contrairement à ses homologues européens, la Belgique fût particulièrement à la traîne en matière d'accès à un avocat, dès les premiers stades de la procédure pénale. Au moment où fût déposée la proposition de directive, elle était le seul Etat membre qui participe aux mécanismes de coopération policière et judiciaire qui reconnaissait l'accès à un avocat seulement après un certain délai (24h) après la privation de liberté, et à ne pas permettre à un avocat de rendre visite à son client au sein d'un commissariat de police. Pour plus de précisions, voy. Commission Staff working document – impact assessment accompanying the proposal for a directive of the european parliament and of the council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, *SEC (2011) 686 final*, 8 juin 2011, pp. 161-162.

²⁶² Art. 15, § 1^{er} de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁶³ Considérant n° 56 de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013.

²⁶⁴ Voy. Déclaration politique commune des Etats membres et de la Commission sur les documents explicatifs, *J.O.*, C. 369 du 17 décembre 2011, p. 14.

²⁶⁵ F. KONING, « Directive 2013/48/UE : présence et rôle actif de l'avocat à toute audition durant l'enquête pénale d'un suspect détenu ou pas », *J.T.*, 2014, pp. 655-657, spéc. p. 657 ; D. FLORE, *op. cit.*, p. 91.

qui bénéficie de l'opt-out pour les mesures adoptées dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice).

Dès le 27 novembre 2016, les destinataires des droits contenus dans la directive pourront, en effet, se prévaloir de l'effet direct vertical ascendant de celle-ci.

Pour rappel, cet effet a été consacré par la Cour de Justice de l'Union européenne, dans un arrêt VAN DUYN²⁶⁶. Dans cet arrêt, la Cour a estimé qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant reconnu aux directives, d'exclure en principe que l'obligation qu'elles imposent aux Etats membres puisse être invoquée par des particuliers, en raison de la non-transposition de la directive en droit interne. La Cour poursuit en disant que l'effet utile d'une telle directive se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire. Elle précise qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les Etats membres et les particuliers.

Dans un arrêt ultérieur, la Cour de justice a précisé que l'effet direct d'une directive était subordonné à l'existence d'une obligation inconditionnelle et suffisamment précisée, qui implique l'absence de marge d'appréciation dans le chef des Etats membres²⁶⁷.

En matière pénale, sont notamment susceptibles de se voir reconnaître un effet direct dans l'ordre juridique interne des Etats membres les directives relatives aux droits des victimes, ou celles destinées à renforcer la protection des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales²⁶⁸, à condition que les droits qu'elles contiennent soient suffisamment précis que pour pouvoir les invoquer directement²⁶⁹. A notre sens, tel est le cas des droits contenus dans la directive du 22 octobre 2013, s'agissant de dispositions claires, précises et inconditionnelles²⁷⁰.

Rappelons enfin que l'effet direct qui s'attache aux garanties contenues dans la directive ne peut être que vertical et ascendant, c'est-à-dire que seuls les particuliers peuvent s'en prévaloir à l'égard de l'Etat défaillant, à l'exclusion de l'inverse²⁷¹.

11. L'impact de la directive sur les procédures en cours

L'article 17 de la directive précise que celle-ci entre en vigueur le 20^{ème} jour suivant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, soit le 26 novembre 2013²⁷². L'entrée en vigueur de la directive ne va toutefois pas de pair avec son application effective dans les Etats membres²⁷³. En effet, la directive devant nécessairement être transposée en droit interne, les garanties qu'elle énumère ne seront d'application que lors de l'entrée en vigueur de la mesure nationale de transposition, sous réserve de la possibilité d'invoquer l'effet direct vertical ascendant évoqué ci-dessus.

²⁶⁶ C.J.U.E., 4 décembre 1974, aff. 41/74, VAN DUYN.

²⁶⁷ C.J.U.E., 7 juillet 1981, aff. 158/80, REWE.

²⁶⁸ A. WEYEMBERGH, « Le développement de l'espace européen de justice pénale depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », in *Actualités en droit pénal*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 36-66, spéc. p. 39.

²⁶⁹ Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

²⁷⁰ Tel est également l'avis de F. KONING, *op. cit.*, spéc. p. 657.

²⁷¹ Soit la possibilité pour l'Etat défaillant d'invoquer cette directive qu'il s'est abstenu de transposer à l'égard d'un particulier.

²⁷² La directive ayant été publiée au J.O.U.E. le 6 novembre 2013.

²⁷³ D. FLORE, *op. cit.*, p. 93.

S'agissant des procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de la mesure nationale de transposition, spécifiquement les procédures où les droits reconnus aux suspects et personnes poursuivies n'auraient pas été garantis, force est de constater que le législateur européen est resté muet sur la question de l'utilisation des éléments de preuve ainsi recueillis en violation des droits reconnus par la directive du 22 octobre 2013.

On peut le regretter dans la mesure où, contrairement à la jurisprudence strasbourgeoise rendue à l'égard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'assistance à un avocat²⁷⁴, on voit mal comment on pourrait conclure à un manquement aux exigences de la directive et à la nécessité d'écarter les éléments de preuve recueillis en violation des droits reconnus par celle-ci, entre le moment de son adoption par les institutions européennes et celui de l'entrée en vigueur de la mesure nationale de transposition (sous réserve de l'effet direct vertical ascendant si la transposition ne serait pas encore intervenue le 27 novembre 2016).

Dans l'intervalle, on ne peut que suggérer aux praticiens de déjà demander expressément aux autorités judiciaires chargées de l'enquête de leur permettre d'assister leurs clients lors de toutes les auditions ayant lieu au cours de la phase préliminaire, ainsi que lors des mesures d'enquête visées par la directive, et ce sur la base du droit à un procès équitable et du respect dû aux droits de la défense, aucune norme ni disposition légale n'empêchant, en Belgique en tous cas, les autorités judiciaires d'aller plus loin que ce que prévoit la législation belge à l'heure actuelle²⁷⁵.

Pierre MONVILLE
Avocat (Joyn Legal)
Assistant (ULG)

Mona GIACOMETTI
Avocate (Joyn Legal)
Assistante-Doctorante (UCL-CRID&P)

²⁷⁴ Voy. not. Cour. eur. D. H., 13 octobre 2009, DAYANAN c. Turquie. Dans cet arrêt, la Cour après avoir constaté que le requérant n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un conseil lors de la garde à vue parce que la loi en vigueur à l'époque y faisait obstacle, estime qu'une telle restriction systématique sur la base des dispositions légales pertinentes suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, même si le requérant a gardé le silence au cours de sa garde à vue.

²⁷⁵ Voy. not. F. KONING, *op. cit.*, spéc. P. 657; Bruxelles (mis. acc.), 2 février 2012, *J.T.*, 2012, p. 182.