# 4. Deux ans après la loi "Salduz" : inventaire critique de la jurisprudence et des pratiques

Par Olivia Nederlandt, avocat au barreau de Bruxelles et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'Université de Namur
et
Damien Vandermeersch, avocat général à la Cour de cassation et professeur à l'Université de Louvain et chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis- Bruxelles

## INTRODUCTION

Deux ans après la publication de la loi du 13 août 2011, loi dite « Salduz », le temps est venu de dresser un premier bilan de la jurisprudence et des pratiques intervenues à la suite de cette nouvelle législation qui a déjà fait couler beaucoup d'encre[1]. Comment les différents acteurs judiciaires ont (di-)géré ces nouvelles règles présentées comme une petite révolution dans l'exercice des droits de la défense au stade initial du procès pénal ?

Depuis l'entrée en vigueur de la loi le 1er janvier 2012, le Service de la politique criminelle réalise un suivi scientifique de l'application de celle-ci, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, ayant reçu cette mission à la suite des travaux parlementaires préparatoires[2]. Trois rapports intermédiaires ont été publiés et transmis à la ministre de la justice avant que ne soit présenté le rapport final en date du 15 février 2013.

Dès lors que ce rapport final révèle un manque criant d'avocats disponibles, la question se pose de savoir dans quelle mesure le "terrain" dispose des moyens nécessaires pour assurer le respect de la loi Salduz. Dans un contexte où la crise économique prend la justice en otage, la jurisprudence Salduz illustre la recherche difficile d'un équilibre entre la volonté de renforcer les droits de la défense et les considérations pratiques en termes d'organisation et de coût.

## TITRE I. EVOLUTIONS JURISPRUDENCIELLES

### § 1er. La portée du droit à l'assistance de l'avocat durant la phase préliminaire du procès pénal au sens de l'article 6 CEDH

### A. Le droit européen

*1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*[3]

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la Cour) a énoncé le principe de l'assistance de l'avocat dès le début de la procédure dans le célèbre arrêt *Salduz* du 27 novembre 2008. La jurisprudence a fleuri depuis cet arrêt, mais toujours en s'y référant. Il est

[1] Le récent ouvrage F. GOOSSENS, H. BERKMOES *et al.*, *La réglementation Salduz, Théorie et pratique, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Politeia, 2012 propose un relevé de la littérature en la matière (pp. 723 – 766).
[2] Rapport final du Service de la politique criminelle du 15 février 2013, p. 5.
[3] Disponible sur le site : http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}.

dès lors important de souligner que les arrêts énoncés ci-après n'établissent pas des principes généraux mais correspondent à une analyse au cas par cas de la Cour.

a. Un arrêt de principe : l'arrêt Salduz c. Turquie du 27 novembre 2008

Dans son arrêt révolutionnaire "Salduz contre Turquie"[4], la Grande Chambre de la Cour a déclaré dans la partie "principes généraux applicables en l'espèce" que :

- le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat figurait parmi les éléments fondamentaux du droit au procès équitable (§51),
- la législation nationale attache à l'attitude d'un prévenu durant la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure (§52);
- le stade de l'enquête est déterminant pour la préparation du procès et la vulnérabilité particulière de l'accusé interrogé ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat (§54) (la Cour n'exige donc pas une privation de liberté pour déclencher le droit à l'assistance d'un avocat);
- par conséquent, l'article 6 exige que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire par la police "sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit", et même dans ce cas, "pareille restriction ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusée de l'article 6" (§55);
- il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation (§55).

La Cour a ajouté que rien n'empêche une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable mais que cette renonciation doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (§59).

b. Des arrêts importants

- L'arrêt Dayanan c. Turquie du 13 octobre 2009

Dans cet arrêt[5], la Cour a constaté une violation de l'article 6 de la CEDH du seul fait de l'absence d'accès à un avocat durant la privation de liberté bien que le requérant se soit tu et qu'il n'y ait donc pas eu de déclaration incriminante. La Cour estime en effet que l'équité d'une procédure pénale requiert à tout le moins que le suspect puisse jouir de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire (§31) et que le fait que la loi restreigne de façon systématique cette possibilité suffit en soi à conclure à une violation de l'article 6, même si le requérant a gardé le silence (§33). Cet arrêt est également intéressant dans la mesure où la Cour explique que l'avocat joue un rôle actif durant l'audition : *l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer* (§32).

[4] C. eur. D.H., Req. n°36391/02 , 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*.
[5] C. eur. D.H., Req. n°7377/03, 13octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*.

- L'arrêt Bouglame c. Belgique du 2 mars 2010

Le requérant avait été arrêté à Amsterdam sur base d'un mandat d'arrêt européen émis par un juge d'instruction de Liège. Il n'a pu bénéficier de l'assistance d'un avocat ni devant la police ni devant le juge d'instruction, mais les juridictions d'instruction ont considéré que l'article 6 de la Convention ne leur était pas applicable. Dès lors que le requérant a été acquitté, la Cour n'a pu considérer qu'il y avait violation de l'article 6 de la Convention mais elle a relevé que le refus de permettre au requérant d'avoir accès à son avocat découlait de la loi du 20 juillet 1990 et que cela pouvait suffire à conclure à la violation de l'article 6[6].

- L'arrêt Brusco c. France du 14 octobre 2010

Dès lors que la Cour mentionne tantôt l'accès à un avocat, tantôt l'assistance par un avocat, deux thèses se sont longtemps opposées. D'une part, l'interprétation minimaliste consistait à dire qu'une consultation avec un avocat devait être possible préalablement à l'audition par la police. D'autre part, l'interprétation maximaliste revendiquait le droit pour la personne interrogée que son avocat soit physiquement présent durant l'interrogatoire[7]. L'arrêt Brusco[8] mettra un terme à cette polémique en faveur de la thèse maximaliste : *le requérant n'a pu être assisté d'un avocat que vingt heures après le début de la garde à vue (…). L'avocat n'a donc été en mesure ni de l'informer sur son droit à garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer avant son premier interrogatoire ni de l'assister lors de cette déposition et lors de celles qui suivirent, comme l'exige l'article 6 de la Convention* (§53). La Cour rappelle également dans cet arrêt que *la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires »* (§45).

- L'arrêt Zaichenko c. Russie du 18 février 2010

Si dans son arrêt Salduz, la Cour ne distinguait pas les suspects privés de liberté et ceux non privés de liberté, elle précise dans l'arrêt Zaichenko[9] que le droit à l'assistance d'un avocat est "activé" par une restriction significative à la liberté d'action. En l'occurrence, le requérant avait été contrôlé alors qu'il circulait dans son véhicule et interrogé au bord de la route, sans être formellement arrêté et privé de liberté (§47). La Cour a considéré que les circonstances de l'espèce ne faisait pas apparaître une limitation de la liberté de mouvement suffisante pour rendre nécessaire l'assistance d'un avocat (§48) et qu'il n'y avait donc pas violation de l'article 6, §3 sur ce base (§51). Il faut toutefois préciser que la Cour, pour conclure à la non-violation, s'est basée sur le fait que le requérant, lors de l'audition où il était assisté par un avocat, n'a pas changé de version par rapport à ses premières déclarations (§50).
En outre, la Cour conclura finalement à la violation de l'article 6, §1, mais pour non-respect du droit au silence : les policiers auraient dû spécifier au requérant avant de l'interroger qu'il avait le droit de se taire (§§ 52 – 60).

- L'arrêt Stojkovic c. France et Belgique du 27 octobre 2011

[6] Cour eur. D.H., Req. n°16147/08, 2 mars 2010, *Bouglame c. Belgique*.
[7] Voir M.-A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de la police", *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 974.
[8] Cour eur. D.H., Req. n°1466/07, 14 octobre 2012, *Brusco c. France*.
[9] Cour eur. D.H., Req. n°39660/02, 18 février 2010, *Zaichenko c. Russie*.

Dans cet arrêt[10], la Cour a considéré que le requérant, incarcéré pour d'autres faits que ceux au sujet desquels il était interrogé, se trouvait dans une position particulièrement vulnérable en relevant que même s'il ne faisait l'objet d'aucune mesure restrictive ou privative de liberté au titre de la procédure en cause, il avait été entendu sans l'assistance d'un avocat alors qu'il avait été extrait de détention (§53). Dès lors, elle a déclaré que le choix du requérant de faire des révélations ayant contribué à son incrimination ne pouvait être considéré comme éclairé (§54) et conclu à la violation de la Convention. La Cour précise que *le fait qu'il ait par la suite, devant la juridiction de jugement, reconnu l'intégralité des faits, ne peut suffire à régulariser l'atteinte initialement commise, d'autant qu'il n'était, à ce stade, plus en mesure de contester la validité de l'audition litigieuse* (§56).

c. Quelques arrêts découlant de la jurisprudence SALDUZ

- L'arrêt Gülvenilir c. Turquie[11] : la Cour précise que l'absence d'assistance par un avocat conduit irrémédiablement à la violation des droits de la défense, sans qu'il ne soit nécessaire de spéculer sur l'impact qu'aurait eu la possibilité pour le requérant de se faire assister par un avocat sur l'aboutissement de la procédure (§43).

- L'arrêt Yunus Aktas et a. c. Turquie[12] : la Cour considère que les requérants auraient dû être informés de leur droit à être assistés d'un avocat lors de l'acte d'enquête consistant en une parade d'identification (§§52-53).

- L'arrêt Savas c. Turquie[13] : la Cour souligne encore que l'atteinte portée aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation est irrémédiable (§63).

- L'arrêt Boz. C. Turquie[14] : la Cour reprend l'enseignement de l'arrêt Dayanan : la restriction systématique de l'assistance d'un avocat pendant la phase d'enquête préliminaire sur la base des dispositions légales pertinentes suffit à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 (§§34-35).

- L'arrêt Yoldas c. Turquie[15]: la Cour déclare que le requérant avait renoncé de son plein gré à l'assistance d'un avocat dès lors qu'elle considère que cette renonciation était assortie de garanties suffisantes. Cependant, l'opinion dissidente des juges Tulkens, Zagrebelsky et Popovic souligne que "tout choix procédural que l'accusé détenu peut faire sans que son avocat puisse l'informer et le conseiller ne peut pas être libre et éclairé".

- L'arrêt Karadag c. Turquie[16] : la Cour considère que les requérants auraient dû bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de la descente sur les lieux avec reconstitution des faits (§47).

[10] Cour eur. D.H., Req. n°25303/08, 27 octobre 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*.
[11] Cour eur. D.H., Req. n°16486/04, 13 octobre 2009, *Gülvenir c. Turquie*.
[12] Cour eur. D.H., Req. n°24744/03, 20 octobre 2009, *Yunus Aktas et a. c. Turquie*.
[13] Cour eur. D.H., Req. n°9762/03, 8 décembre 2009, *Savas c. Turquie*.
[14] Cour eur. D.H., Req. n°2039/04, 9 février 2010, *Boz c. Turquie*.
[15] Cour eur. D.H., Req. n°27503/04, 23février 2010, *Yoldas c. Turquie*.
[16] Cour eur. D.H., Req. n°12976/05, 29 juin 2010, *Karadag c. Turquie*.

- L'arrêt Leonid Lazarenko c. Ukraine[17] : la Cour considère qu'il y a violation de l'article 6 dès que la déclaration faite par le suspect qui n'a pas eu accès à un avocat a une quelconque influence sur la décision de condamnation (§57[18]).

- L'arrêt Hovanesian c. Bulgarie[19] : dès lors que les déclarations auto-incriminantes faites devant les policiers hors l'assistance d'un avocat n'ont pas été utilisées pour fonder la condamnation, l'article 6 n'est pas violé, d'autant qu'en droit bulgare, l'interrogatoire de police a pour unique but de déterminer s'il est nécessaire d'ouvrir une action pénale (§§37 – 44).

- L'arrêt Begu c. Roumanie[20] : la Cour se réfère ici à son arrêt Zaichenko en considérant que le droit à l'assistance d'un avocat n'était pas activé en l'espèce dès lors que le requérant avait été fouillé par les policiers et que sa privation de liberté ne s'était pas prolongée au-delà de celle imposée par la fouille (§§139 – 142).

- L'arrêt Saman c. Turquie[21] : la Cour considère que la situation de la requérante est différente de celle qui prévalait dans les affaires Salduz et Dayanan dès lors que la Turquie a amendé sa loi entre-temps. En l'occurrence, la requérante avait droit à l'assistance d'un avocat, mais elle n'en avait pas bénéficié (§34). La Cour a conclu à la violation de l'article 6 en raison de la connaissance insuffisante de la requérante de la langue turque, qui a fait qu'elle ne pouvait renoncer en pleine connaissance de cause à son droit à être assistée d'un avocat. La Cour souligne par la même occasion qu'une protection supplémentaire doit être accordée aux personnes illettrées qui sont privées de leur liberté (§35).

- L'arrêt Zdravko Petrov c. Bulgarie[22] : le requérant n'avait bénéficié de l'assistance d'un avocat qu'après les premières 24h de privation de liberté. Dès lors que sa condamnation se fondait exclusivement sur des déclarations faites après cette période et donc après consultation avec un avocat, la Cour n'a pas conclu à la violation de l'article 6 (§47).

- L'arrêt Sebalj c. Croatie[23] : cet arrêt illustre bien la distinction entre article 6, §1 et article 6, §3 : la Cour conclut à la violation de l'article 6, §3 dès lors que le requérant n'avait pas été assisté par un avocat durant sa première audition sans avoir renoncé à cette assistance (§§255-257), ensuite elle conclut à la violation de l'article 6, §1 dès lors que la condamnation du requérant s'était basée sur les aveux faits durant l'interrogatoire pendant lequel il n'était pas assisté d'un avocat (§§262-265).

- L'arrêt Sapan c. Turquie[24] : si le requérant avait pu consulter brièvement un avocat durant sa garde à vue, il n'était pas possible de déterminer si cet entretien avait ou non

[17] Cour eur. D.H., Req. n°22313/04, 28 octobre 2010, *Leonid Larzarenko c. Ukraine*.
[18] §57: "It is to be underlined that the extent to which the applicant's initial confession affected his conviction is of no importance. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had some bearing on the conviction. While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts."
[19] Cour eur. D.H., Req. n°31814/03, 21 décembre 2010, Hovanesian c. Bulgarie
[20] Cour eur. D.H., Req. n°20448/02, 15 mars 2011, *Begu c. Roumanie*.
[21] Cour eur. D.H., Req. n°35292/05, 5 avril 2011, *Saman c. Turquie*.
[22] Cour eur. D.H., Req. n°20024/04, 23 juin 2011, *Zdravko Petrov c. Bulgarie*.
[23] Cour eur. D.H., Req. n°4429/09, 28 juin 2011, *Sebalj c. Croatie*.
[24] Cour eur. D.H., Req. n°17252/09, 20 septembre 2011, *Sapan c. Turquie*.

précédé son interrogatoire. En outre, la Cour relève que l'avocat n'avait pu avoir accès au dossier répressif, ce qui réduisait sa capacité à donner des conseils utiles au requérant (§21).

- L'arrêt Todorov c. Ukraine[25] : pour que l'absence d'assistance d'un avocat ayant conduit à la violation de l'article 6, §3 conduise également à une violation de l'article 6, §1, les déclarations incriminantes doivent avoir été utilisées pour fonder la condamnation. En l'occurrence, le requérant n'avait pas pu démontré cela "au-delà de tout doute raisonnable" (§78), néanmoins, la Cour a conclu à une violation tant de l'article 6, §3 que de l'article 6, §1 dès lors que qu'il est impossible d'exclure que l'existence d'une déclaration incriminante n'a pas influencé la façon dont l'enquête a été menée et que les autorités judiciaires n'avaient jamais répondu à la plainte du requérant d'avoir vu son droit à une assistance légale violé (§79).

- L'arrêt Smolik c. Ukraine[26] : la Cour n'a pas conclu à la violation de l'article 6 dès lors que le requérant avait procédé à des aveux spontanés lors d'une visite de la police à son domicile quand il n'était pas encore considéré comme suspect et ses déclarations n'ont pas été utilisées par la suite pour fonder sa condamnation (§54).

- L'arrêt Simons c. Belgique[27] : par cet arrêt, la Cour a confiné le droit à l'assistance d'un avocat à l'article 6 de la Convention en déclarant que "si l'impossibilité légale pour un accusé privé de liberté d'être assisté par un avocat dès le début de sa détention affecte l'équité de la procédure pénale dont il est l'objet, on ne peut déduire de cette seule circonstance que sa détention est contraire à l'article 5, §1, de la Convention" (§33). Cet arrêt est aussi l'occasion pour la Cour de rappeler que pour l'application de l'article 6, §1, le caractère équitable du procès s'apprécie au regard de l'ensemble du procès (§18).[28]

- L'arrêt Titarenko c. Ukraine[29] : le requérant avait été interrogé de façon informelle à deux reprises avant son interrogatoire officiel dans la procédure. Or, durant ces entretiens, il avait avoué son crime. La Cour considère que toute conversation entre un suspect détenu et la police doit être considérée comme un contact formel (§87).

- L'arrêt Vyerentsov c. Ukraine[30] : le fait que le suspect interrogé soit un avocat ou un défenseur des droits de l'homme ne signifie pas qu'il ne soit pas vulnérable ou qu'il n'ait pas besoin du soutien d'un avocat (§79).

- L'arrêt Süzer c. Turquie[31] : la Cour considère que le jeune âge du suspect le rend particulièrement vulnérable (§78) et qu'il aurait dû bénéficier de l'assistance d'un avocat et des autres garanties afin de "faire contrepoids à l'atmosphère intimidante destinée à vaincre la volonté du mineur et à le faire passer aux aveux" (§79).

---

[25] Cour eur. D.H., Req. n°16717/05, 12 janvier 2012, *Todorov c. Ukraine*.
[26] Cour eur. D.H., Req. n°11778/05, 19 janvier 2012, *Smolik c. Ukraine*.
[27] Cour eur. D.H., Req. n°71407/10, 28 août 2012, *Simons c. Belgique*.
[28] Pour un commentaire, voir O. MICHIELS, "Le droit à l'assistance d'un avocat est-il un principe général énoncé par la Convention européenne des droits de l'homme?", Obs. sous Cour eur. D.H., Req. n°71407/10, 28 août 2012, *Simons c. Belgique*., *J.L.M.B.*, 2013/3, pp. 251 – 263.
[29] Cour eur. D.H., Req. n°31720/02, 20 septembre2012, *Titarenko c. Ukraine*.
[30] Cour eur. D.H., Req. n°20372/11, 11 avril 2013, *Vyerentsov c. Ukraine*.
[31] Cour eur. D.H., Req. n°13885/05, 23 avril 2013, *Süzer c. Turquie*.

- L'arrêt Kaçiu et Kotorri c. Albanie[32] : la Cour relève que le faible niveau d'éducation d'un suspect interrogé doit conduire à une attention particulière quant au respect de son droit à être assisté d'un avocat (§§119-120). Dans cette affaire, la Cour a conclu à une violation de l'article 6, §3 et de l'article 6, §1 dès lors que les déclarations incriminantes avaient été obtenues sous la torture et avaient ensuite été utilisées pour fonder la condamnation (§118). Au niveau de la réparation, la Cour considère qu'il convient de remettre les requérants dans la position dans laquelle ils se trouveraient si leur droits avaient été respectés, et que la meilleure forme de réparation serait en principe un nouveau procès ou la réouverture de celui-ci (§168).

*2. La directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 du Parlement européen et du conseil 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 de la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires*

La directive proposée en 2010 par la Commission européenne et garantissant le droit d'accès à un avocat et le droit de communiquer lors des procédures fondamentales[33], a été adoptée par le Parlement Européen lors de la session plénière du 10 septembre 2013 puis formellement adoptée par le Conseil des ministres le 7 octobre 2013 et enfin publiée le 22 octobre 2013. Cette directive s'inscrit dans le cadre d'une série de propositions relatives aux droits procéduraux lancée en 2009 et visant à garantir des droits minimaux à un procès équitable au sein de l'Union européenne[34]. Ainsi, ont déjà été adoptées une directive sur le droit à la traduction et l'interprétation en 2010[35] et une directive sur le droit à l'information dans les procédures pénales en 2012[36]. La Commission prévoit de présenter de nouvelles propositions relatives au procès équitable cet automne[37].

Cette directive 2013/48/UE garantit à tous les suspects, qu'ils soient privés de liberté ou non[38], au sein de l'Union européenne le droit d'être assisté par un avocat durant toutes les étapes de la procédure pénale pour tout acte relatif à celle-ci et dès la première audition par la police. Elle s'applique également aux personnes qui ne sont pas soupçonnées mais qui le deviennent au cours de leur interrogatoire[39].

---

[32] Cour eur. D.H., Req. n°33192/07 et 33194/07, 25 juin 2013, *Kaçiu et Kotorri c. Albanie*.
[33] *Proposition de la Commission du 8 juin 2011 d'une directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation*; http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0326:FIN:FR:PDF
[34] Voir : *Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales,* http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:0001:0003:FR:PDF.
[35] Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit et à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:280:0001:0007:fr:PDF.
[36] 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, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:142:0001:0010:fr:PDF.
[37] Commission Européenne, *La proposition de la Commission visant à garantir aux citoyens le droit d'accès à un avocat entre dans l'arsenal législatif,* Communiqué de presse du 7 octobre 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-921_fr.htm
[38] Article 2 "Champ d'application", §1.
[39] Article 2 "Champ d'application", §3.

La directive ne s'applique pas pour une infraction mineure dont ne sera pas saisie une juridiction pénale, à moins que le suspect soit privé de liberté[40].

Le droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales est énoncé à l'article 3[41]. Le §3 de l'article 3 prévoit que les suspects ont "droit à la présence de leur avocat et à la participation effective de celui-ci à leur interrogatoire" et que "cette participation a lieu

[40] Article 2 "Champ d'application", §4.

[41] L'article 3 énonce :

*1. Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies disposent du droit d'accès à un avocat dans un délai et selon des modalités permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits de la défense de manière concrète et effective.*

*2. Les suspects ou les personnes poursuivies ont accès à un avocat sans retard indu. En tout état de cause, les suspects ou les personnes poursuivies ont accès à un avocat à partir de la survenance du premier en date des événements suivants:*
*a) avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire;*
*b) lorsque des autorités chargées des enquêtes ou d'autres autorités compétentes procèdent à une mesure d'enquête ou à une autre mesure de collecte de preuves conformément au paragraphe 3, point c);*
*c) sans retard indu après la privation de liberté;*
*d) lorsqu'ils ont été cités à comparaître devant une juridiction compétente en matière pénale, en temps utile avant leur comparution devant ladite juridiction.*

*3. Le droit d'accès à un avocat comprend les éléments suivants:*
*a) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient le droit de rencontrer en privé l'avocat qui les représente et de communiquer avec lui, y compris avant qu'ils ne soient interrogés par la police ou par une autre autorité répressive ou judiciaire;*
*b) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient droit à la présence de leur avocat et à la participation effective de celui-ci à leur interrogatoire. Cette participation a lieu conformément aux procédures prévues par le droit national, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte à l'exercice effectif et à l'essence même des droits concernés. Dans le cas où l'avocat participe à un interrogatoire, le fait que cette participation ait eu lieu est consigné conformément à la procédure de constatation prévue par le droit de l'État membre concerné;*
*c) les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies aient droit au minimum à la présence de leur avocat lors des mesures d'enquête ou des mesures de collecte de preuves suivantes, lorsque ces mesures sont prévues par le droit national et si le suspect ou la personne poursuivie est tenu d'y assister ou autorisé à y assister:*
*i) séances d'identification des suspects;*
*ii) confrontations;*
*iii) reconstitutions de la scène d'un crime.*

*4. Les États membres s'efforcent de rendre disponibles des informations générales afin d'aider les suspects ou les personnes poursuivies à trouver un avocat.*
*Nonobstant les dispositions du droit national relatives à la présence obligatoire d'un avocat, les États membres prennent les dispositions nécessaires afin que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont privés de liberté soient en mesure d'exercer effectivement leur droit d'accès à un avocat, à moins qu'ils n'aient renoncé à ce droit conformément à l'article 9.*

*5. Dans des circonstances exceptionnelles et au cours de la phase préalable au procès pénal uniquement, les États membres peuvent déroger temporairement à l'application du paragraphe 2, point c), lorsqu'il est impossible, en raison de l'éloignement géographique d'un suspect ou d'une personne poursuivie, d'assurer le droit d'accès à un avocat sans retard indu après la privation de liberté.*

*6. Dans des circonstances exceptionnelles et au cours de la phase préalable au procès pénal uniquement, les États membres peuvent déroger temporairement à l'application des droits prévus au paragraphe 3 dans la mesure où cela est justifié, compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, sur la base d'un des motifs impérieux suivants:*
*a) lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne;*
*b) lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent immédiatement pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale.*

conformément aux procédures prévues par le droit national, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte à l'exercice effectif et à l'essence même des droits concernés". Ce même paragraphe prévoit que les suspects ont droit au minimum à la présence de leur avocat lors des mesures d'enquête ou des mesures de collecte des preuves suivantes, lorsque ces mesures sont prévues par le droit national et si le suspect est tenu d'y assister ou autorisé à y assister: les séances d'identification des suspects, les confrontations et les reconstitutions de la scène d'un crime.
L'article 3, §§5 et 6 prévoit qu'il ne peut être dérogé à ce droit que dans des circonstances exceptionnelles.
Quant au §4 de cet article 3, il invite, au moyen d'une formulation très générale, les Etats à rendre le droit d'accès à l'avocat effectif : "les États membres s'efforcent de rendre disponibles des informations générales afin d'aider les suspects ou les personnes poursuivies à trouver un avocat" et que "nonobstant les dispositions du droit national relatives à la présence obligatoire d'un avocat, les États membres prennent les dispositions nécessaires afin que les suspects ou les personnes poursuivies qui sont privés de liberté soient en mesure d'exercer effectivement leur droit d'accès à un avocat, à moins qu'ils n'aient renoncé à ce droit".

Le suspect peut renoncer à ce droit de plein gré et de façon non équivoque (article 9).
Si le droit d'accès à un avocat est violé, les suspects doivent disposer d'une voie de recours effective (article 12). Le considérant 50 prévoit plus précisément que « Les États membres devraient veiller à ce que les droits de la défense et l'équité de la procédure soient respectés lors de l'appréciation des déclarations faites par des suspects ou des personnes poursuivies ou des éléments de preuve obtenus en violation de leur droit à un avocat ou lorsqu'une dérogation à ce droit a été autorisée conformément à la présente directive. À cet égard, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a établi qu'il serait, en principe, porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. Cela devrait s'entendre sans préjudice de l'utilisation de ces déclarations à d'autres fins autorisées par le droit national, telles que la nécessité de procéder à des actes d'instruction urgents ou d'éviter la commission d'autres infractions ou des atteintes graves à une personne, ou liées à une 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 grave. En outre, cela devrait s'entendre sans préjudice des dispositifs ou régimes nationaux concernant l'admissibilité des preuves et ne devrait pas empêcher les États membres de conserver un système en vertu duquel tous les éléments de preuve existants peuvent être produits devant une juridiction ou un juge, sans qu'il y ait une appréciation distincte ou préalable quant à leur admissibilité. ».

L'article 4 garantit la confidentialité des communications entre les suspects et leur avocat. Le considérant 23 précise que les suspects devraient avoir le droit de communiquer avec l'avocat qui les représente à tout moment, y compris avant tout exercice du droit de rencontrer cet avocat.

La directive prévoit également le droit de tout suspect privé de liberté d'informer un tiers de cette privation de liberté, qu'il s'agisse d'un membre de la famille ou un employeur (article 5) de communiquer avec des tiers (article 6).

Elle consacre également le droit des citoyens qui se trouvent à l'étranger de prendre contact avec le consulat de leur pays et de recevoir des visites (article 7).

La directive consacre une avancée dans le cadre de la délivrance d'un mandat d'arrêt européen, en prévoyant le droit pour l'inculpé d'accès à un avocat tant dans l'Etat d'émission (Etat dans lequel le mandat est émis) que dans l'Etat d'exécution (Etat d'arrestation) (article 10).

La directive insiste encore, en son article 13 et son considérant 51, sur le fait qu'il convient de tenir compte de la vulnérabilité des suspects en leur facilitant l'exercice effectif des droits prévus dans la directive.

Cette directive a pour mérite de renforcer au sein de l'UE la jurisprudence de la Cour E.D.H. en la matière afin d'encourager les Etats membres à respecter le droit d'accès à l'avocat. Le considérant 53 souligne à cet égard que les États membres doivent veiller à ce que les dispositions de la directive, lorsqu'elles correspondent à des droits garantis par la CEDH, soient mises en œuvre en conformité avec les dispositions de la CEDH, telles qu'elles ont été développées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour conclure, force est de constater que la loi belge ne satisfait pas aux exigences imposées par la directive. En effet, celle-ci prévoit l'assistance d'un avocat aussi pour les suspects non privés de liberté et jusqu'au terme de la procédure. Elle consacre d'autres droits pour le suspect, notamment en termes de communication. Elle ne fixe pas de limite de temps à l'entretien confidentiel préalable avec un avocat, ne restreint pas les possibilités d'intervention de ce dernier durant l'interrogatoire et prévoit sa présence lors de trois types d'actes d'enquête nécessitant ou autorisant la participation du suspect.
L'Etat belge dispose de trois ans pour se conformer à ces nouvelles exigences, l'article 15 de la directive exigeant que la transposition soit réalisée au plus tard le 27 novembre 2016.

## B. Le droit interne

### *1. L'assistance de l'avocat lors de la première audition*

Dans l'état actuel de notre droit, seul le suspect peut bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat lors d'auditions. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'une personne peut uniquement invoquer le droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'elle est entendue à propos d'infractions susceptibles d'être mises à sa charge[42].

La Cour a également estimé que le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de se taire sous tous ses aspects et les droits qui en découlent, parmi lesquels l'obligation d'information, ne valent qu'à compter du point de départ des poursuites pénales, non pour des instructions purement administratives, au cours desquelles la personne entendue n'est pas inculpée d'une infraction ou ne vit pas sous la menace d'une poursuite pénale, mais qui visent uniquement à faire des constatations matérielles en vue de respecter la réglementation y afférente[43].

a. La protection des suspects en situation vulnérable

Une chose est sûre : l'assistance de l'avocat doit être garantie aux personnes qui se trouvent en situation de vulnérabilité

[42] Cass., 30 avril 2013, RG P.12.1133.N, *Pas.*, 2013, à sa date.
[43] Cass., 29 novembre 2011, RG P.11.113.N, *Pas.*, 2011, n° 651, *A.C.*, 2011, n° 651, avec les concl. M.P.

La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que le droit à un procès équitable garanti par l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, requiert uniquement qu'un suspect bénéficie de l'assistance d'un avocat lors de son audition, lorsqu'il se trouve dans une situation vulnérable et qu'il n'est pas remédié à celle-ci par des mesures garantissant complètement ses droits de défense[44].

Le suspect se trouve dans une position vulnérable notamment lorsqu'il est privé de liberté[45].

Toutefois, dans un cas d'espèce, la Cour de cassation, a considéré que la privation de liberté temporaire d'une personne au cours d'une audition sur des faits qui, en principe peuvent donner lieu à un mandat d'arrêt et le défaut d'information de son droit au silence, n'impliquent pas nécessairement qu'elle se trouve dans une position vulnérable et qu'il a été porté atteinte irrémédiablement à ses droits de défense et à son droit à un procès équitable. La Cour a estimé que, lorsqu'antérieurement à son audition, le suspect connaissait déjà les faits qui lui sont reprochés, qu'il savait que l'autorité voulait l'entendre à ce propos et qu'il avait, dès lors, l'occasion de consulter un conseil à cet égard, il a pu préparer complètement son audition en vue de sa défense de sorte que l'audition à laquelle il a été procédé sans l'assistance d'un avocat ou sans qu'il soit informé de son droit au silence, ne doit pas être exclue comme étant inadmissible et qu'il n'a pas été porté atteinte à son droit à un procès équitable; en outre, ce droit n'est pas mis en péril lorsque cette audition n'est pas utilisée comme preuve déterminante[46].

Quant au législateur belge du 13 août 2011, il a considéré que toute personne privée de liberté en application des articles 1 et 2 de la loi du 20 juillet 1990 (arrestation judiciaire) se trouvait dans une situation vulnérable justifiant la concertation préalable avec l'avocat et l'assistance de ce dernier lors de toutes les auditions effectuées durant la garde à vue. Suivant la Cour constitutionnelle, la privation de liberté est un élément de nature à augmenter la vulnérabilité de la personne auditionnée en telle sorte que le critère de la privation de liberté sur lequel le législateur a fondé la différence de traitement en ce qui concerne le droit à bénéficier de la présence d'un avocat durant l'audition est pertinent par rapport à l'objectif légitime de protéger les personnes les plus vulnérables[47].

Il a été également jugé que dès lors que les inspecteurs sociaux n'ont pas la possibilité de priver de liberté les personnes soumises à leur surveillance ou d'employer contre elles d'autres mesures coercitives, la compétence restreinte qui leur est ainsi octroyée n'a pas en soi pour conséquence qu'un employeur entendu par un inspecteur social se trouve dans une position vulnérable et doive bénéficier de l'assistance d'un conseil lors de l'audition[48].

b. Un droit devant bénéficier à tout suspect ?

[44] Cass., 17 janvier 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1067 avec la note de B. Dejemeppe intitulée « Audition, vulnérabilité du suspect et procès équitable » ; Cass., 28 février 2012, *Pas*., 2012, n° 138 ; Cass., 17 avril 2012, Pas., 2012, n° 228.
[45] Cass., 8 novembre 2011, RG P.10.1633.N, Pas., 2011, n° 600 ; Cass., 26 mars 2013, RG P.13.0145.N, *Pas*., 2013, à sa date ; Cass., 30 avril 2013, RG P.12.1133.N, *Pas.*, 2013, à sa date.
[46] Cass., 28 février 2012, *Pas*., 2012, n° 138.
[47] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.9.1.
[48] Cass., 17 avril 2012, Pas., 2012, n° 228.

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a retenu une formulation plus générale du droit à l'assistance de l'avocat durant la phase préliminaire du procès pénal pouvant donner à penser qu'il est reconnu à tous les suspects sans plus évoquer le critère de la vulnérabilité ou de la privation de liberté. Ainsi, la Cour considère que le droit d'être assisté d'un avocat garanti par l'article 6.3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel que l'interprète la Cour européenne des droits de l'homme, implique que l'assistance d'un avocat doit être accordée durant l'intégralité de l'enquête préliminaire, sous réserve de la démonstration, à la lumière des circonstances particulières de la cause, de raisons impérieuses obligeant à restreindre ce droit; même dans ce cas, une telle restriction, quelle qu'en soit sa justification, ne peut restreindre illégalement les droits du prévenu ou de l'accusé garantis par les articles 6.1 et 6.3 de la Convention[49]. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable sont, en principe, violés lorsqu'un suspect fait des déclarations au cours d'une audition par la police ou par le juge d'instruction ou lors de la reconstitution, sans avoir la possibilité d'être assisté d'un avocat[50].

C'est d'ailleurs le choix qui a été opéré par le législateur en ce qui concerne la concertation avec l'avocat préalablement à la première audition, droit reconnu à toute personne, même non privée de liberté, suspectée d'avoir commis une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement d'un an au moins (art. 47bis, § 2, 3°, C.i.cr.). Il en va de même en ce qui concerne l'assistance de l'avocat à la reconstitution (cf. *infra*).

En revanche, la personne qui n'est pas en position vulnérable n'a pas droit à l'assistance de l'avocat à ses côtés durant ses auditions. La Cour constitutionnelle a décidé que cette situation n'était pas discriminatoire, l'insécurité dans laquelle se trouve toute personne interrogée, même libre, dès lors qu'en règle, elle ne maîtrise pas la complexité des règles régissant la procédure pénale et l'étendue de ses droits de la défense, étant compensée de manière suffisante, d'une part, par l'obligation, faite à l'autorité par l'article 47*bis*, § 2, du Code d'instruction criminelle, de rappeler, au début de l'entretien, le droit de ne pas être contraint de s'accuser soi-même et le droit de garder le silence et, d'autre part, par le droit de cette personne, sous réserve des exceptions qui sont examinées ci-après, d'avoir préalablement à l'audition un entretien confidentiel avec un avocat, lequel peut mettre cet entretien à profit pour rappeler les droits de la défense et pour exposer les aspects de la procédure pénale pertinents pour la personne concernée[51].

*2. L'assistance de l'avocat dans le cadre de la phase postérieure à la période de garde à vue*

a. Les auditions réalisées après la délivrance du mandat d'arrêt

La question du droit à l'assistance de l'avocat lors des auditions de l'inculpé détenu postérieures à la délivrance du mandat d'arrêt a été soulevée de façon logique tant lors des travaux parlementaires de la loi du 13 août 2011 que devant la Cour constitutionnelle et les juridictions de l'ordre judiciaire.

Lors des travaux parlementaires, le choix délibéré de ne pas octroyer à l'inculpé détenu le droit d'être assisté de son avocat lors des auditions ultérieures a été justifié par le nombre de

[49] Cass., 27 novembre 2012, RG P.12.1204.N, *Pas*., 2012, n° 642; Cass., 26 mars 2013, RG P.13.0145.N, *Pas*., 2013, à sa date ; Cass., 30 avril 2013, RG P.12.1133.N, *Pas*., 2013, à sa date.
[50] Cass., 27 novembre 2012, RG P.12.1204.N, *Pas*., 2012, n° 642.
[51] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.9.2.

droits déjà reconnus à l'inculpé dans le cadre de l'instruction mais aussi par des considérations liées aux impératifs organisationnels et budgétaires[52].

Epousant ce point de vue, la Cour constitutionnelle considère qu'en raison de certaines garanties prévues par la loi relative à la détention préventive, la situation dans laquelle se trouve l'inculpé placé en détention préventive peut être considérée comme moins vulnérable que celle du suspect qui est interrogé pendant la période de privation de liberté de vingt-quatre heures préalable à la délivrance éventuelle d'un mandat d'arrêt. Elle estime ainsi que s'il n'assiste pas, en principe, aux interrogatoires, l'avocat de l'inculpé détenu a la possibilité de suivre de près le déroulement de la procédure et d'y intervenir activement, puisque, notamment, l'inculpé peut communiquer librement avec son avocat après sa première audition par le juge d'instruction, que l'accès au dossier est prévu dès avant la première comparution en chambre du conseil dans les cinq jours à compter de l'exécution du mandat d'arrêt et que l'avocat peut assister à l'interrogatoire récapitulatif par le juge d'instruction[53].

Dans le même sens, la Cour de cassation a jugé que le droit de se taire et le droit à l'assistance d'un conseil, tels que garantis par les articles 6.1 et 6.3.c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne requièrent pas qu'un inculpé arrêté par le juge d'instruction qui a été informé de son droit de se taire à l'occasion de son interrogatoire préalable par le juge et qui a ensuite bénéficié de l'assistance d'un conseil, soit informé à chaque fois de son droit de se taire et bénéficie de l'assistance d'un avocat au cours de chaque audition subséquente par la police à propos des mêmes faits; le devoir d'information et l'assistance d'un conseil combinés aux droits dont bénéficie un inculpé arrêté, comme la libre communication immédiate avec son avocat conformément à l'article 20, §§1er et 5 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, la mise à la disposition du dossier en vue de la comparution devant la juridiction d'instruction conformément à l'article 21, §3, de cette même loi, la présence du conseil de l'inculpé lors de l'interrogatoire récapitulatif prévue par l'article 22, alinéa 3, de cette même loi et aux droits dont bénéficie l'inculpé en vertu des articles 61*ter*, 61*quater*, 61 *quinquies*, 136 et 235bis du Code d'instruction criminelle, pris en considération lors de l'interrogatoire préalable garantissent à suffisance son droit à un procès équitable[54].

Pourtant, comme indiqué ci-dessus, certains arrêts de la Cour de cassation semble donner un champ d'application plus large à l'assistance de l'avocat mais sans en préciser le contenu en affirmant que le droit d'être assisté d'un avocat garanti par l'article 6.3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel que l'interprète la Cour européenne des Droits de l'Homme, implique que l'assistance d'un avocat doit être accordée *durant l'intégralité de l'information* (c'est nous qui soulignons), sous réserve de la démonstration, à la lumière des circonstances particulières de la cause, de raisons impérieuses obligeant à restreindre ce droit[55].

A notre sens, tout inculpé placé en détention préventive se trouve dans une situation vulnérable où la pression résultant de la détention et de sa possible prolongation justifie le droit à l'assistance d'un avocat. De plus, la différence de traitement, à nos yeux non justifiée, est de nature à générer des effets pervers. Dès lors que la loi ne prévoit la présence de l'avocat

[52] *Doc. parl*., Sénat, 2010-11, n° 5-663/1, pp. 20 et 25.
[53] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.17.1.
[54] Cass., 8 mai 2012, RG P.11.2150.N, *Pas*., 2012, n° 283.
[55] Cass., 27 novembre 2012, RG P.12.1204.N, *Pas*., 2012, n° 642; Cass., 30 avril 2013, RG P.12.1133.N, *Pas*., 2013, à sa date.

que lors des auditions durant la période de garde à vue, certains enquêteurs ne pourraient-ils pas être tentés de limiter le premier interrogatoire d'un suspect privé de liberté à une audition formelle et générale sur les faits, réservant leurs batteries pour les auditions ultérieures, qui auront lieu hors la présence de l'avocat ? Par ailleurs, quelle sera la fiabilité d'aveux faits par le détenu préventif hors la présence de son avocat alors qu'en sa présence, durant le délai de garde à vue et à l'audience de la juridiction de jugement, l'inculpé aura nié les faits ? Les autorités judiciaires et policières seraient avisées, dans cette hypothèse, de faire confirmer, dans les meilleurs délais, les aveux en présence de l'avocat[56].

Ceci étant dit, si l'inculpé détenu ou non détenu ne peut revendiquer le droit à être assisté de son avocat lors des auditions effectuées en dehors d'une période de garde à vue, rien n'empêche le juge d'instruction et la chambre des mises en accusation d'autoriser une telle assistance. En ce sens, la Cour constitutionnelle a considéré que si la loi ne prévoit pas l'assistance obligatoire de l'avocat aux interrogatoires tenus après la délivrance du mandat d'arrêt, elle n'interdit pas au juge d'instruction d'autoriser l'avocat à y assister, à sa demande ou à celle de l'inculpé, sauf si, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, il existe des raisons impérieuses de ne pas faire droit à cette demande.

De même, la chambre des mises en accusation de Bruxelles a estimé que rien n'empêchait que l'assistance de l'avocat soit autorisée lors des auditions subséquentes ou d'une confrontation lorsqu'elle est sollicitée par un inculpé[57].

En ce sens également, la Cour de cassation a admis implicitement que l'inculpé détenu préventivement pouvait demander l'assistance d'un avocat lors d'une audition ultérieure à moins qu'il existe de motifs impérieux de refuser cette demande à la lumière des circonstances particulières de la cause[58].

*3. L'assistance lors des reconstitutions*

Depuis qu'il est inscrit dans les textes (art. 62, al. 2, C.i.cr.), le droit à l'assistance des avocats aux reconstitutions est entré assez naturellement dans les usages, même si cela pose parfois des problèmes pratiques, notamment en raison de l'exiguïté des lieux

A propos d'une reconstitution qui avait été découpée en séquences et au cours de laquelle l'avocat de l'inculpé n'avait été convié qu'à la version donnée par son client – et non à celle donnée par un coinculpé, la chambre des mises en accusation de Mons a considéré que la reconstitution avait été réalisée de manière régulière dès lors que le contenu de la mission de l'avocat dans le cadre d'une reconstitution est comparable à son rôle lors d'une audition, à savoir le contrôle du respect du droit de se taire, du traitement réservé à l'inculpé, du respect de la régularité de l'acte posé et de l'absence de pression. La cour d'appel rappelle à cette occasion la jurisprudence européenne selon laquelle l'assistance de l'avocat doit être garantie à un inculpé à l'occasion des actes de procédure qui supposent la collaboration active de ce dernier[59]. Si l'on peut comprendre aisément le souci du magistrat instructeur de découper une reconstitution selon les différentes versions des personnes concernées (témoins et inculpés),

[56] D. VANDERMEERSCH, "Les droits de la défense, un enjeu fondamental", in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal à la lumière de la réforme Salduz*, Limal, Anthémis, 2012, p. 207-208.
[57] Bruxelles (mis. acc.), 1er février 2012, *Rev. dr. pén. crim*., 2012, p. 577 ; Bruxelles (mis. acc.), 2 février 2012, *J.T*., 2012, p. 182 et la note d'A. Leroy intitulée "Présence de l'avocat lors des auditions subséquentes : "Y'a qu'à demander", *J.L.M.B*., 2012, p. 477
[58] Cass., 9 avril 2013, RG P.12.2018.N.
[59] Mons (mis. acc.), 23 avril 2013, réf. 281/13, en cause G.

rien n'empêche, à notre sens, que les avocats des inculpés assistent à l'ensemble de la reconstitution, étant entendu que leurs clients seraient invités à fournir leur version hors la présence des autres afin d'éviter qu'ils ne s'influencent l'un l'autre.

La loi n'a pas prévu de sanction pour le non-respect du droit à l'assistance de l'avocat lors de la reconstitution. Mais, en cas de violation du droit du suspect d'être assisté de son avocat lors d'une reconstitution des faits, il appartient au juge du fond, s'il constate que la prise en considération des éléments de preuve recueillis lors d'une reconstitution des faits menée en violation du droit du suspect à être assisté par son avocat porte atteinte au droit du prévenu à un procès équitable, de ne pas les retenir pour fonder une éventuelle condamnation[60].

*4. L'assistance lors des autres devoirs d'enquête*

Le législateur n'a pas prévu l'assistance de l'avocat pour les autres devoirs d'enquête ou actes d'instruction. A ce propos, la Cour constitutionnelle a jugé qu'au regard des objectifs poursuivis par le législateur, il n'était pas sans justification raisonnable de n'avoir exigé la présence de l'avocat que lors des auditions et des descentes sur les lieux en vue de la reconstitution des faits[61].

Toutefois, il convient de rappeler ici la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation qui considère que le procureur ou le magistrat instructeur peuvent décider de conférer un caractère contradictoire à une expertise ordonnée dans la phase préliminaire du procès pénal.

Enfin, la Cour de cassation a considéré que les articles 6.1 et 6.3.c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne requièrent pas qu'un inculpé bénéficie de l'assistance d'un avocat lorsqu'il est soumis au test du polygraphe[62]. Si ce test peut être assimilé à une audition, il n'aura pas lieu, en règle durant la période de garde à vue en telle sorte que l'assistance de l'avocat n'y est pas imposée par la loi dès lors qu'il s'agit d'une audition ultérieure.

## § 2. La notion d'audition au sens de l'article 47*bis* du Code d'instruction criminelle[63]

Suivant la Cour constitutionnelle, l'article 47*bis* du Code d'instruction criminelle et l'article 2*bis* de la loi du 20 juillet 1990 situent les droits qu'ils garantissent avant, au début ou pendant l'audition de personnes par les services de police, le procureur du Roi ou le juge d'instruction[64].

Lors des travaux préparatoires de la loi du 13 août 2011, le Conseil d'Etat avait soulevé le problème de la définition de l'audition : la question était de savoir à partir de quel moment l'interrogatoire d'une personne pouvait être considéré comme une audition à laquelle s'appliquait le droit à l'assistance d'un avocat. Faisant suite à cet avis, un amendement contenant une définition précise de la notion d'audition a été déposé au cours des travaux parlementaires mais le législateur y renonça par la suite considérant qu'il n'était pas opportun de reprendre dans la loi une définition aussi détaillée, tout en précisant cependant que la

[60] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.63.
[61] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.20.1.
[62] Cass., 9 avril 2013, RG P.12.2018.N, Pas., 2013, à sa date.
[63] Voy. notamment concl. du M.P. avant Cass., 14 mars 2012, *Pas*., 2012, n° 169
[64] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.5.3.

justification de l'amendement devait servir comme fil conducteur pour l'interprétation de la future loi[65].

L'amendement définissait l'audition comme "un interrogatoire guidé concernant des infractions qui peuvent être mises à charge par une personne habilitée à cet effet et acté dans un procès-verbal, dans le cadre d'une information ou d'une instruction judiciaires, dans le but d'établir la vérité"[66].

Aux termes des travaux parlementaires[67], l'audition présente les caractéristiques suivantes:

- elle implique une situation de questions-réponses, où le verbalisateur procède à une enquête ciblée ;
- elle est menée par une personne habilitée à cet effet (fonctionnaires de police, fonctionnaires à compétences judiciaires particulières et autorités judiciaires) ;
- lors de l'audition, la personne qui interroge mène, guide et interpelle, spécifiquement aux fins d'obtenir des renseignements de la part de la personne interrogée ;
- il s'agit d'un interrogatoire ciblé portant sur la qualification de l'infraction, les preuves et des particularités pertinentes y afférentes ;
- la personne auditionnée est priée d'assumer personnellement ses déclarations et de signer sa déposition.

S'appuyant sur les travaux parlementaires, la doctrine a fait sienne cette définition de l'audition[68]. Elle est également adoptée par la Cour constitutionnelle[69].

Au cours des discussions à la Chambre, il fut précisé également que ne constituaient pas des auditions :

- la collecte de renseignements lors de la première phase d'enquête sur le lieu du délit, phase dans laquelle la police tente de se forger une idée des circonstances, du rôle des personnes concernées et des éventuels dangers pour l'ordre public ;
- les renseignements issus d'une enquête de voisinage ;
- les communications, les dires, les propos, les indications ou les déclarations formulés spontanément ou incidemment lors d'une descente sur les lieux, par exemple dont il est fait rapport ou qui sont consignés ;
- les informations recueillies et la première communication entre la police et le suspect présumé à l'occasion de la recherche de traces sur place ou d'une intervention en flagrant délit ;
- les actes d'information qui n'impliquent pas d'interrogatoire, tels que de simples autorisations pour une perquisition, une prise de sang ou un prélèvement d'ADN ;
- les déclarations obtenues par voie téléphonique ;
- les déclarations ou questionnaires transmis par écrit, pour lesquels des informations limitées sont demandées ;
- les déclarations à propos desquelles l'inculpé indiqué qu'il souhaite qu'elles ne soient pas inscrites au procès-verbal (déclaration *off the record*) ;

---

[65] *Doc. parl*., Ch., sess. 2010-2011, 1279/005, p. 49 à 56 ; voy. aussi C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.5.3.
[66] *Doc. parl*., Ch., sess. 2010-2011, 1279/005, p. 50.
[67] *Doc. parl*., Ch., sess. 2010-2011, 1279/005, p. 50-51.
[68] Voy. notamment C. De Valkeneer, "L'application de la loi du 13 août 2011 au stade de la phase policière", *J.T*., 2011, p. 838 et 839 ; A. Leroy, "L'avocat et la loi Salduz", *J.T*., 2011, p. 852-853 ; L. Kennes, "La loi du 13 août 2011 conférant des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté", *R.D.P*., 2012, p. 22 à 24.
[69] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.5.4 et B.5.5.

- les déclarations manuscrites intervenues sans interrogatoire guidé par la personne compétente (par exemple, des déclarations conformément à l'article 47bis, § 1er, 5°)[70].

La jurisprudence semble avoir confirmé la portée de la notion d'audition telle qu'elle résultait des travaux préparatoires de la loi.

La Cour constitutionnelle s'est vue saisie de la question de l'absence de définition dans la loi du 13 août 2012 de la notion d'audition alors que les dispositions de cette loi attachent à cette notion des effets juridiques importants. Elle a estimé que bien que la loi ne contienne pas de définition expresse de la notion d'« audition », il ne peut être soutenu, compte tenu des précisions fournies dans les travaux préparatoires et du contexte législatif dans lequel s'inscrivent les droits garantis à toute personne auditionnée, que cette notion créerait une insécurité juridique telle qu'il ne serait pas possible, pour le justiciable, de déterminer dans quels types de situations les droits énoncés par la loi attaquée doivent s'appliquer[71].

Suivant la Cour de cassation, l'audition visée aux articles 47*bis* du Code d'instruction criminelle et 2*bis*, § 2, de la loi du 20 juillet 1990, représente toute audition effectuée par une personne ou instance compétente, dans le cadre de l'action publique et relativement à un fait pouvant donner lieu à une sanction au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[72].

Le juge peut ainsi considérer légalement que des propos échangés entre les enquêteurs et le suspect ne ressortissent pas à l'audition telle qu'elle est réglementée par l'article 47bis du Code d'instruction criminelle mais à l'information préalable que cet article prévoit « au début » soit avant l'entame de l'audition proprement dite. Ainsi en est-il des déclarations faites spontanément par un inculpé à la police avant son interrogatoire[73].

De même, il a été jugé que, lorsqu'une aide médicale urgente s'avère nécessaire et que la personne concernée révèle elle-même des informations, soit de sa propre initiative, soit en réponse au questionnement permettant de déterminer le type d'aide qui s'impose, il ne s'agit pas d'une audition au sens des articles 47*bis* du Code d'instruction criminelle et 2*bis*, §§ 1er et 2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive[74].

Le dialogue nécessaire entre les agents chargés d'une perquisition et la personne chez qui ce devoir est effectué, n'a pas pour effet d'élever au rang d'audition, au sens de l'article 47*bis* du Code d'instruction criminelle, les réponses données par cette personne aux questions que les enquêteurs doivent lui poser pour pouvoir exécuter matériellement le devoir qui leur est confié; de la circonstance qu'à l'occasion d'une visite domiciliaire, le suspect formule de manière spontanée ou incidente une déclaration impliquant une reconnaissance de sa culpabilité, il ne résulte pas qu'il ait fait l'objet d'une audition, celle-ci supposant que la personne qui interroge commence à poser systématiquement des questions dirigées[75].

L'assistance d'un avocat n'est pas davantage requise lorsqu'une prise d'échantillons ou une perquisition est effectuée quant aux faits mis à charge de l'inculpé ou du prévenu[76].

---

[70] *Doc. parl*., Ch., sess. 2010-2011, 1279/005, p. 51-53; C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.5.5..
[71] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.5.7.
[72] Cass., 10 avril 2012, *Pas*., 2012, n° 222.
[73] Cass., 12 septembre 2012, RG P.12.1539.F, *Pas*., 2012, n° 461.
[74] Cass., 10 avril 2012, *Pas*., 2012, n° 222
[75] Cass., 14 mars 2012, *Pas*., 2012, n° 169 avec les concl. M.P. , *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1076.
[76] Cass., 20 décembre 2011, RG P.11.447.N, Pas., 2011, n° 697.

En revanche, une confrontation du suspect avec des témoins, des victimes ou d'autres suspects ou inculpés qui requiert sa collaboration active doit être assimilée à une audition[77].

## § 3. L'information du droit à l'assistance d'un avocat et sa renonciation

L'exercice effectif des droits de la défense requiert, d'abord et avant tout, une information complète et accessible quant aux droits reconnus à l'accusé.

La Cour constitutionnelle a considéré à ce propos que le suspect qui n'est pas privé de liberté doit être informé qu'il n'est pas arrêté et qu'il peut en conséquence aller et venir à tout moment. La Cour fonde son raisonnement sur le fait qu'à partir du moment où le législateur retient le critère de la privation de liberté pour l'octroi du droit d'être assisté par un avocat au cours de l'interrogatoire et qu'il justifie l'exclusion des personnes non privées de liberté de ce droit par le fait qu'elles sont en mesure de quitter l'audition à tout moment, le cas échéant pour consulter à nouveau un avocat, il doit s'assurer que les personnes concernées sont conscientes du fait qu'elles ne sont pas privées de leur liberté et qu'elles peuvent en conséquence quitter librement le local où elles sont interrogées. Ceci vaut d'autant plus que dans certaines hypothèses, le suspect interrogé n'aura pas bénéficié d'une concertation confidentielle préalable avec un avocat[78].

Lorsqu'il résulte des mentions du procès-verbal d'interrogatoire de l'inculpé que celui-ci a été informé par le juge d'instruction qu'il avait le droit de se concerter confidentiellement avec un avocat de son choix ou avec un avocat qui lui est désigné, l'accomplissement de cette formalité est, en principe, régulièrement constaté[79].

Quant à la possibilité d'exclure le droit à l'assistance d'un avocat pour des raisons impérieuses, la Cour constitutionnelle a admis la constitutionnalité de la disposition qui la prévoyait pour autant qu'elle soit interprétée de façon restrictive[80].

A propos de la renonciation à l'assistance de l'avocat, la Cour européenne a jugé que lorsque l'accusé n'a pas fait de déclarations auto-incriminantes qu'il aurait ultérieurement rétractées et qu'il a renoncé volontairement à l'assistance d'un avocat parce qu'il voulait collaborer de façon constructive à l'instruction sans y être poussé par l'autorité, l'absence d'assistance de l'avocat n'a pas d'influence sur l'équité du procès pris dans son ensemble[81].

En s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne qui considère que « ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable », la Cour constitutionnelle a admis qu'une personne majeure pouvait renoncer au droit à l'assistance d'un avocat dès lors que cette renonciation était faite de manière volontaire et réfléchie et que le suspect pouvait toujours revenir sur sa décision. La Cour constitutionnelle se réfère également à cet égard à la circulaire du Collège des procureurs généraux n° 8/2011 du 23 septembre 2011 qui précise à ce sujet : « Si la police constate que la personne majeure à

[77] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.20.1.
[78] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.14.2 à B.14.4.
[79] Voy. Cass., 23 janvier 2013, RG P.13.0056.
[80] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.45.2.
[81] Cour eur. D.H., 12 janvier 2012, Trymbach c. Ukraine, *T. Strafr*., 2012, p. 135 avec la note de C. Van Deuren et M. Colette intitulée "Trymbach of het probleem van de fictieve rechtsberscherming".

auditionner est une personne faible ou vulnérable (par ex. dérangement mental), les règles relatives aux mineurs d'âge seront appliquées » (p. 54) [82].

En vertu de l'article 2*bis*, §2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, la personne majeure interrogée peut volontairement et de manière réfléchie renoncer à l'assistance d'un avocat pendant ses auditions. Dès lors, le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas méconnu lorsque le juge constate qu'une fois dans les locaux de la police, le suspect a expressément et préalablement à son audition, renoncé à être assisté par un avocat, et qu'il a ensuite bénéficié de cette assistance au moment où il l'a réclamée[83].

La renonciation doit être expresse : il a été jugé que n'est pas légalement justifié l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui retient des déclarations de l'inculpé devant le juge d'instruction à titre d'indices de culpabilité, alors que le procès-verbal d'audition, qui se borne à énoncer que le demandeur n'a pas, au cours de son audition par la police, souhaité la présence d'un avocat pour l'assister lors de son interrogatoire par le juge d'instruction, ne constate pas que celui-ci a renoncé, devant le magistrat instructeur, à son droit à l'assistance d'un avocat[84].

### § 4. Les permanences « Salduz » et la question du défaut d'avocat disponible

Nous verrons dans la seconde partie de cette contribution qu'il n'est pas exceptionnel que des inculpés privés de liberté qui demande d'être assisté d'un avocat ne le sont pas en raison du manque d'avocats disponibles (cf. *infra*). Se pose dès lors la question de la conséquence juridique qu'il faut réserver à une telle situation.

La Cour de cassation considère qu'eu égard à l'indépendance de l'avocat, il ne peut être adressé aucun reproche au juge d'instruction qui a entendu un inculpé en l'absence d'avocat lorsque celui-ci a pris contact avec le bureau d'aide juridique, mais qu'aucun avocat n'était disponible pour fournir son assistance lors de cette audition. L'impossibilité pour le juge d'instruction de satisfaire à l'obligation de procéder à l'audition avec l'assistance d'un conseil en raison de l'absence d'avocat disponible constitue, par conséquent, un cas de force majeure dans son chef[85].

### § 5. La concertation préalable

Le législateur a estimé qu'il ne s'imposait pas de garantir formellement une concertation confidentielle préalable avec un avocat avant chaque audition pour des infractions de moindre gravité dont la sanction maximale est inférieure à un an d'emprisonnement. Cette situation n'a pas été jugé discriminatoire dès lors qu'on peut considérer que la vulnérabilité de la personne suspectée d'avoir commis une infraction et son besoin corrélatif d'être assistée par un avocat afin de veiller au respect de ses droits fondamentaux augmentent avec la gravité des faits au sujet desquels elle est interrogée ainsi qu'avec la lourdeur de la peine encourue[86]. En revanche, il a été jugé qu'en ce qu'il exclut du droit à la concertation préalable confidentielle avec un avocat le suspect auditionné au sujet de faits constitutifs d'un des délits visés à l'article 138, 6°, 6°*bis* et 6°*ter* (contentieux du roulage), l'article 47*bis*, § 2, alinéa 1er, du

[82] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.48 à B. 49.2.
[83] Cass., 14 mars 2012, *Pas*., 2012, n° 169 avec les concl. M.P. , *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1076.
[84] Cass., 14 août 2012, RG P.12.1470.F, Pas., 2012, n° 437.
[85] Cass., 23 janvier 2013, RG P.13.0056.F
[86] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.23.1 à B.23.3.

Code d'instruction criminelle, introduit par l'article 2 de la loi attaquée, violait les articles 10 et 11 de la Constitution[87].

En ce qui concerne la durée de la concertation préalable, celle-ci n'est pas nécessairement limitée à une durée maximale de trente minutes. Il faut interpréter l'article 2*bis*, § 1er, alinéa 3, de la loi relative à la détention préventive comme permettant à la personne arrêtée d'obtenir une concertation avec son avocat de plus de trente minutes mais limitée au regard des exigences de l'enquête si le respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme l'exige sur le vu des circonstances concrètes[88].

Pour ce qui a trait à l'accès au dossier répressif avant la concertation préalable avec l'avocat, la Cour constitutionnelle a considéré, d'une part, qu'il n'était pas indispensable pour permettre à ce dernier d'assumer sa mission de manière satisfaisante à ce premier stade de l'enquête et d'autre part, que l'organisation de l'accès au dossier dès ce moment risquait d'entraîner un surcroît de travail difficilement gérable pour les enquêteurs et les magistrats. La Cour ajoute cependant que suivant les circonstances et les caractéristiques de la personne concernée, il appartient aux officiers de police, au procureur du Roi ou au juge d'instruction d'informer également eux-mêmes l'avocat des faits au sujet desquels a lieu l'audition[89].

Pour sa part, la Cour de cassation a jugé que ni les articles 18, §§ 1 et 2, et 21, § 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, ni les articles 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'imposent l'accès de l'inculpé au dossier avant l'interrogatoire du juge d'instruction et la délivrance du mandat d'arrêt[90].

### § 6. Le rôle de l'avocat lors de l'assistance aux auditions

Suivant la Cour de cassation, l'assistance d'un avocat au cours de l'audition par le juge d'instruction vise uniquement le contrôle du respect du droit de ne pas s'auto-incriminer et de la liberté du choix de faire une déclaration, de répondre aux questions posées ou de se taire, de la manière dont la personne interrogée a été traitée pendant l'audition, particulièrement de l'exercice manifeste ou non d'une pression ou contrainte interdite, de la communication des droits de la défense visés à l'article 47*bis* du Code d'instruction criminelle et de la régularité de l'audition. L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme, ne prévoit pas que, lors de l'audition devant le juge d'instruction, le conseil puisse faire part de son avis au suspect ni que le juge d'instruction lui donne la parole[91].

La Cour constitutionnelle a considéré que le rôle imparti à l'avocat lors des auditions policières du suspect privé de liberté n'était pas purement passif dès lors qu'il disposait de possibilités d'interventions, certes limitées, qui lui permettant de veiller au respect des droits fondamentaux de son client au cours de l'interrogatoire. L'avocat a ainsi la possibilité de faire mentionner au procès-verbal, sans délai, les violations des droits fondamentaux de la personne qu'il assiste, les mentions que l'avocat peut demander d'indiquer au procès-verbal concernant non seulement les violations du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et du droit

[87] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.26.2.
[88] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.40.3.
[89] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.36.2.
[90] Cass., 15 février 2012, *Rev. dr. pén. crim*., 2012, p. 714.
[91] Cass., 24 janvier 2012, *T. Strafr*., 2012, p. 170 et la note.

de se taire, mais également le traitement réservé à la personne interrogée, l'exercice manifeste de pressions ou contraintes illicites ainsi que la régularité de l'audition. De plus, l'avocat comme la personne interrogée disposent de la possibilité de demander la suspension de l'audition, une fois et pour une durée de quinze minutes, afin de mener une nouvelle concertation confidentielle (article 2*bis*, § 2, alinéa 5, de la loi relative à la détention préventive)[92].

En ce qui concerne l'interrogatoire préalable à la délivrance éventuelle d'un mandat d'arrêt, l'avocat a, en outre, la possibilité de pouvoir exprimer ses remarques et ses suggestions concernant la délivrance éventuelle d'un mandat d'arrêt, ce qui devrait encourager le recours aux mesures alternatives[93].

Lorsque la parole a été donnée au conseil de l'inculpé après que ce dernier a été entendu au sujet des faits et de la possibilité de délivrance d'un mandat d'arrêt et qu'il ne résulte d'aucun élément que ledit conseil a été empêché de s'exprimer à cette occasion, notamment quant à ladite possibilité, le prescrit de l'article 16, § 2, alinéa 5, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive selon lequel le juge d'instruction doit entendre l'inculpé et l'avocat qui l'assiste en leurs observations quant à cette possibilité, a été respecté[94].

### § 7. L'ordonnance de prolongation prise par le juge d'instruction

L'article 15*bis* de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive tel qu'inséré par la loi du 13 août 2011 permet au juge d'instruction, par une ordonnance dûment motivée, de prolonger de vingt-quatre heures au maximum la privation de liberté initiale prévue aux articles 1 et 2 de la loi précitée.

La Cour constitutionnelle a estimé que l'ordonnance de prolongation visée à l'article 15bis de la loi du 20 juillet 1990 est une « ordonnance motivée du juge » au sens de l'article 12, alinéa 3, de la Constitution, dès lors que cette ordonnance prise par un magistrat indépendant des autorités de poursuite mentionne les informations qui justifient le début d'un nouveau et unique délai, en particulier les indices sérieux de culpabilité relatifs à un crime ou à un délit et les circonstances particulières de l'espèce. Elle a considéré en outre que compte tenu des conditions strictement définies de l'application de l'ordonnance de prolongation ainsi que du court et unique délai de prolongation, à l'issue duquel l'inculpé est, le cas échéant, encore entendu par le juge d'instruction, le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées[95].

Les circonstances particulières pouvant justifier la prolongation du délai d'arrestation de vingt-quatre heures peuvent être des circonstances autres que celles relatives au droit à l'assistance d'un avocat. Elles peuvent également concerner la nécessité d'exécuter des actes d'instruction complémentaires[96].

---

[92] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.33.2 à B.33.4.
[93] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7 /2013, par. B.33.5.
[94] Cass., 28 novembre 2012, RG P.12.1855.F, *Pas*. ,2012, n° 646.
[95] C. const., 22 décembre 2011, arrêt n° 201/2011, *Rev. dr. pén. crim*., 2012, p. 402, *J.L.M.B*., p. 100 avec la note de M.-A. Beernaert intitulée "La loi *Salduz* : un premier *nihil obstat* de la Cour constitutionnelle", *J.T*., 2012, p. 90 avec la note d'O Michiels intitulée "Brevet de constitutionnalité pour le délai de garde à vue de quarante-huit heures" , *T. Strafr*., 2012, p. 152, *N.C*., 2012, p. 52).
[96] Cass., 22 janvier 2013, RG P.13.0068.N.

## § 8. La sanction de la violation du droit à l'assistance de l'avocat durant la phase préliminaire du procès pénal

*A. L'incidence sur la recevabilité des poursuites*

Dans l'arrêt Salduz, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6.1 demeure suffisamment "concret et effectif" (...), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction - quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (...). Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation*[97].

Dans le sillage de cette jurisprudence européenne, la Cour de cassation considère qu'en principe, il y a atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable lorsque des déclarations à charge faites durant une audition de police sans possibilité d'être assisté d'un avocat sont utilisées en vue d'une condamnation et qu'il appartient au juge, à la lumière des éléments concrets de la cause, de vérifier si le défaut d'assistance d'un avocat lors d'une audition de police ou par le juge d'instruction, a irrémédiablement porté atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense de l'inculpé, ensuite prévenu ou accusé, et si les déclarations qu'il a faites sans être assisté d'un avocat ont eu un impact tel sur le déroulement du procès que son caractère équitable ne peut plus être démontré[98].

Dès lors, même si la Cour européenne estime que le fait de priver systématiquement une personne gardée à vue de l'assistance d'un avocat sur la base des dispositions légales pertinentes, suffit en soi à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 de la Convention, même lorsque l'accusé a gardé le silence au cours de sa garde à vue[99], il n'en résulte pas pour autant que, dans cette hypothèse, les poursuites, dans leur intégralité, doivent être déclarées, *ipso facto*, irrecevables[100].

Il a ainsi été jugé que de la circonstance que des déclarations ont été faites durant une audition par la police ou par le juge d'instruction ou lors de la reconstitution sans possibilité d'être assisté d'un avocat ne résulte pas automatiquement l'impossibilité définitive d'examiner de manière équitable la cause d'un suspect, ensuite prévenu ou accusé, car, lorsque le juge n'utilise pas les déclarations à titre de preuve déterminante, qu'il n'a manifestement pas été fait usage d'abus ou de contrainte et que le prévenu ou l'accusé ne s'est pas trouvé dans une position vulnérable au moment de l'audition et durant l'instruction ou qu'un remède effectif et adapté a été apporté à la position vulnérable du prévenu ou de l'accusé, le caractère équitable

[97] CEDH, 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie, § 55.

[98] Cass., 23 novembre 2010, RG P.10.1428.N, *Pas.*, 2010, n° 690, *A.C.*, 2010, n° 690 date avec les concl. de l'avocat général P. Duinslaeger ; Cass., 8 janvier 2013, RG P.12.0154.N.

[99] C.E.D.H, Dayanan c. Turquie, 13 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1937, § 33 et note Marc Nève ; C.E.D.H., Bouglame c. Belgique, 2 mars 2010.

[100] M.-A. BEERNAERT, "Salduz et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police", *R.D.P.C.*, 2009, p. 985 ; voy. Cass., 5 mai 2010, RG P.10.257.F, *Pas.*, 2010, n° 314 avec les concl. M.P. et Cass., 26 mai 2010, RG P.10.0503.F; , *Pas.*, 2010, n° 366.

du procès reste garanti Il appartient au juge, à la lumière des éléments concrets de la cause, de vérifier si le défaut d'assistance d'un avocat au cours d'une audition par la police ou par le juge d'instruction ou lors de la reconstitution, a irrémédiablement porté atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de défense du suspect, ensuite prévenu ou accusé[101].

Suivant la Cour de cassation, le fait qu'au moment de l'instruction menée, la législation belge ne prévoyait pas l'assistance d'un avocat pendant l'audition par les services de police ou par le juge d'instruction ou lors de la reconstitution, doit s'apprécier à la lumière de l'ensemble des garanties légales que le Code d'instruction criminelle ou la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive offrent au prévenu ou à l'accusé pour préserver ses droits de défense et son droit à un procès équitable: ces garanties dont il dispose au cours de l'information ou de l'instruction judiciaire constituent des remèdes effectifs et adaptés au défaut d'assistance d'un avocat lors des actes d'instruction précités, dès lors qu'elles permettent effectivement au prévenu ou à l'accusé d'exercer pleinement ses droits de défense tout au long de la procédure pénale et de respecter son droit à un procès équitable.[102]

En conclusion, l'irrecevabilité des poursuites n'est pas la seule sanction possible d'une violation de l'article 2*bis* de la loi du 20 juillet 1990 instituant, pour quiconque est privé de sa liberté, le droit à l'assistance d'un avocat dès ce moment. Il peut être conclu à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'il apparaît que les déclarations initiales faites par le prévenu, consenties, après la privation de sa liberté, sans l'assistance d'un avocat n'ont pas été utilisées dans la suite de la procédure[103].

*B. L'incidence sur la détention préventive*

Le non-respect des règles relatives à l'assistance de l'avocat peut-il avoir une incidence sur la régularité de la délivrance d'un mandat d'arrêt et de la procédure subséquente relative au maintien de la détention préventive ?

La jurisprudence considère que le défaut d'assistance de l'avocat durant la garde à vue n'entraîne pas *ipso facto* l'irrégularité de la détention préventive.

La Cour européenne l'a admis elle-même dans l'arrêt Simons : si l'impossibilité légale pour un «accusé » privé de liberté d'être assisté par un avocat dès le début de sa détention affecte l'équité de la procédure pénale dont il est l'objet, on ne peut déduire de cette seule circonstance que sa détention est contraire à l'article 5, § 1er, de la Convention en ce qu'elle ne répondrait pas à l'exigence de légalité inhérente à cette disposition[104].

Dans le même sens, la Cour de cassation considère que ni l'article 6, §3.c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il a été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, ni les articles 2*bis* et 16, §2, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive n'obligent les juridictions d'instruction à lever immédiatement le mandat d'arrêt pour le seul motif que le suspect a été entendu par la police ou le juge d'instruction sans l'assistance d'un conseil avant qu'un mandat d'arrêt soit délivré à son encontre. Le fait que le suspect ait été entendu par la police ou le juge d'instruction sans

[101] Cass., 27 novembre 2012, RG P.12.1204.N, *Pas*., 2012, n° 642.
[102] Cass., 27 novembre 2012, RG P.12.1204.N *Pas*., 2012, n° 642.
[103] Cass., 10 avril 2012, *Pas*., 2012, n° 224.
[104] Cour eur. D.H., 28 août 2012, Simons c. Belgique, *J.T*., 2012, p. 708.

l'assistance d'un conseil avant qu'un mandat d'arrêt ait été délivré à son encontre, ne constitue pas en soi un empêchement légal à la poursuite de l'instruction judiciaire et à la prolongation éventuelle des mesures coercitives[105].

Toutefois, il y a des situations où le non-respect des dispositions en matière d'assistance de l'avocat est sanctionné par la remise en liberté ou par l'interdiction de fonder des indices sérieux de culpabilité sur des éléments tirés des déclarations de l'inculpé.

Dans un arrêt récent, la Cour a jugé que, si le droit à l'assistance de l'avocat n'a pas été respecté devant le juge d'instruction et qu'il n'apparaît pas des pièces de la procédure qu'il a renoncé à cette assistance, le mandat d'arrêt est irrégulier et la sanction est la remise en liberté dès lors que l'avocat de l'inculpé n'a pu être entendu dans ses observations au sujet de la possibilité de la délivrance d'un mandat d'arrêt. Dans cette hypothèse, la chambre des mises en accusation ne peut considérer que le mandat d'arrêt ne doit pas être levé au motif qu'il n'apparaît pas que cette circonstance aurait hypothéqué de manière irrémédiable le droit du demandeur à un procès équitable[106]. Cette jurisprudence doit être approuvée dès lors que l'article 16, § 2, al. 4, de la loi du 20 juillet 1990 prévoit explicitement la sanction de la remise en liberté lorsque le juge d'instruction n'a pas respecté l'obligation qui lui est faite d'informer l'inculpé de la possibilité qu'un mandat d'arrêt soit décerné à son encontre et de l'entendre en ses observations à ce sujet et, le cas échéant, en celles de son avocat.

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence en matière d'admissibilité de la preuve (cf. ci-dessous), on considère que des indices sérieux de culpabilité fondant la détention préventive ne peuvent être puisés dans une audition recueillie irrégulièrement en violation du droit de l'inculpé à la concertation confidentielle préalable ou à l'assistance d'un avocat au cours de l'audition[107].

Enfin, il a été jugé que si, en application de l'article 16, § 2, alinéa 2, de la loi du 20 juillet 1990, l'inculpé a le droit d'être assisté de son avocat lors de son interrogatoire par le juge d'instruction, le mandat d'arrêt est néanmoins régulièrement délivré lorsque cette assistance n'a pas été rendue possible pour cause de force majeure en raison de l'absence d'avocat disponible (cf. ci-dessous)[108]. De façon plus générale, la Cour de cassation avait déjà considéré que l'interrogatoire du suspect par le juge d'instruction, préalable à la délivrance d'un mandat d'arrêt, constitue une formalité substantielle relative aux droits de la défense; le mandat d'arrêt est néanmoins régulièrement délivré lorsque l'obligation légale d'audition préalable n'a pu être observée pour cause de force majeure[109].

---

[105] Cass., 7 mars 2012, *Rev. dr. pén. crim*., 2012, p. 583, *T. Strafr*., 2012, p. 174 ; Cass., 29 mai 2012, RG P.12.878.N, *Pas*., 2012, n° 343.

[106] Cass., 18 juin 2013, RG P.13.1022.N.

[107] Cass., 7 mars 2012, *Rev. dr. pén. crim*., 2012, p. 583, *T. Strafr*., 2012, p. 174 ; Cass., 14 août 2012, RG P.12.1470.F, *Pas*., 2012, n° 437.

[108] Cass., 23 janvier 2013, RG P.13.0056.F

[109] Cass., 10 avril 2012, *Pas*., 2012, n° 222 ; Voyez, sur cette question, Cass., 6 septembre 2011, RG P.11.1536.N, *Pas*., 2011, n° 454, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 109, *T. Strafr*., 2012, p. 27, recensé dans notre précédente chronique ; Cass. 3 juin 2008, P.08.0828.N, Pas. 2008, n° 342; A. VANDEPLAS, « De betekening van het bevel tot aanhouding », note sous Cass., 12 maart 2008, *R.W.*, 2008-09, 1053; T. DECAIGNY, "De aanhouding van een comateuze verdachte", note sous Cass., 8 sept. 2009, RW 2009-10, 1261, 1263; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, La Charte, 2010, p. 820; F. SCHUERMANS, "De te volgen weg in geval van onmogelijkheid van ondervraging van de verdachte door de onderzoeksrechter alvorens te oordelen over een bevel tot aanhouding", note sous Cass., 6 septembre 2011, *R.A.B.G*., 2012, p. 102-107.

*C. L'incidence sur l'admissibilité de la preuve*

1. La méconnaissance du droit à l'assistance de l'avocat dans le chef du prévenu

A cet égard, il faut d'abord relever que le droit à un procès équitable n'est pas compromis lorsque la condamnation d'un prévenu ne prend pas appui sur des déclarations initiales faites par un prévenu hors la présence de son avocat. Ainsi, il a été jugé que lorsque, par aucune considération, les juges du fond ne se sont appuyés sur le contenu des auditions du prévenu effectuées hors la présence de l'avocat au cours des premières vingt-quatre heures de privation de liberté et que la déclaration de culpabilité ne se réfère qu'à des éléments recueillis par les enquêteurs avant l'interpellation du prévenu ou dans le cours ultérieur de l'instruction, soit à des moments où la jurisprudence de la Cour européenne n'impose pas en principe la présence de l'avocat, les juges d'appel ont pu légalement considérer que le procès fait au prévenu n'avait pas violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du seul fait qu'il n'avait pas été assisté d'un avocat au cours des premières vingt-quatre heures de privation de liberté[110].

Dans le même sens, la Cour de cassation a considéré qu'une violation des articles 6.1 et 6.3, c, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait se déduire de la seule circonstance que le juge, sans y attacher de conséquence quant à la culpabilité ou à la peine, mentionne, cite, résume ou commente une déclaration recueillie sans avocat et dénuée de toute portée auto-accusatrice[111].

En revanche, la Cour a considéré que le juge violait l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lorsqu'il prenait en compte, pour conclure à la crédibilité de la plainte et, de là, au bien-fondé des poursuites, des déclarations auto-accusatrices faites à la police dans les vingt-quatre heures de la privation de liberté par un suspect qui, en l'absence de conseil, a pu ne pas appréhender les conséquences juridiques de ses dires[112].

Toutefois, la Cour avait estimé en son temps que cette interdiction ne visait que l'utilisation *à titre de preuve exclusive ou déterminante* des déclarations faites sans possibilité d'être assisté d'un avocat[113].

Entre-temps, la loi dite "Salduz" du 13 août 2011 est venue préciser la sanction qu'il y avait lieu de réserver aux déclarations faites en violation des droits du suspect relatifs à l'assistance de l'avocat durant ses auditions. Ainsi l'article 47*bis*, § 6, du Code d'instruction criminelle dispose qu'aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites en violation du droit à la concertation confidentielle préalable ou à l'assistance d'un avocat au cours de l'audition. Si l'on s'en tient à une lecture littérale du texte, le critère repris ici par le législateur est plus étroit que celui retenu antérieurement par la Cour : seule l'utilisation des déclarations à titre de preuve exclusive est prohibée, et non celle à titre de preuve déterminante corroborée par d'autres preuves.

---

[110] Cass., 5 mai 2010, RG P.10.357.F., *Pas*., 2010, n° 314 avec les concl. M.P. ; voyez aussi Cass., 27 octobre 2010, RG P.10.1372.F., *Pas*., 2010, n° 640 ; Cass., 13 décembre 2011, RG. P.1.1127.N, inédit.

[111] Cass., 15 mai 2013, RG P.12.2082.F, *Pas*., 2013, à sa date.

[112] Cass., 15 décembre 2010, RG P.10.0914.F, , *Pas*., 2010, n° 743.

[113] Cass., 23 novembre 2010, RG P.10.1428.N, *Pas*., 2010, n° 690, *A.C*., 2010, n° 690 avec les concl. de l'avocat général P. Duinslaeger ; Cass., 7 décembre 2010, RG P.410.1460.N, *Pas*., 2010, n° 714 ; Cass., 5 janvier 2011, RG p.10.1618.F, *Pas*., 2011, n° 10 ; Cass., 24 mai 2011, RG P.11.761.N, *Pas*., 2011, n° 346 ; Cass., 3 avril 2012, RG P.11.1539.N, inédit.

Cette disposition a fait l'objet de nombreuses discussions lors des travaux parlementaires[114]. Dans son avis, le Conseil d'Etat avait estimé que compte tenu de la jurisprudence européenne[115], la loi devrait disposer que des déclarations faites en violation des garanties formelles qui ressortent de l'arrêt Salduz, ne peuvent en aucun cas être utilisées pour condamner l'intéressé[116]. Une partie de la doctrine abonde dans le même sens en considérant que toute utilisation de telles déclarations à titre de preuve, fussent-elles corroborées par d'autres preuves ou utilisées à titre de preuves non déterminantes, est contraire à l'article 6 de la Convention européenne[117].

Se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne, la Cour de cassation a exclu dans un arrêt du 5 septembre 2012 une telle possibilité. Suivant notre juridiction suprême, le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, implique que la personne arrêtée ou mise à la disposition de la justice bénéficie de l'assistance effective d'un avocat au cours de l'audition de police effectuée dans les vingt-quatre heures de sa privation de liberté, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit ; il en résulte que le juge pénal ne peut puiser de preuve à charge de la personne entendue dans une audition à cet égard irrégulière et ce, même à titre de preuve corroborante[118].

Dans le même sens, la Cour constitutionnelle a décidé qu'en permettant que des déclarations auto-incriminantes recueillies en violation du droit à l'assistance d'un avocat, tel qu'il est organisé par la loi du 13 août 2011, soient utilisées pour fonder une condamnation, fût-ce en combinaison avec d'autres éléments de preuve, l'article 47*bis*, § 6, du Code d'instruction criminelle viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[119].

2. La méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat dans le chef d'un autre suspect ou d'un co-prévenu

Le droit à l'assistance d'un avocat est lié à l'obligation d'information, au droit de se taire et au fait que personne ne peut être obligé de s'incriminer lui-même; ces droits valent *in personam*

---

[114] Voy. P. Traest, "De Salduz-wet", in *Actuele ontwikkelingen inzake Europees strafrecht, veiligheid en preventie, politie, strafprocedure, prostitutie en mensenhandel, drugsbeleid en penologie*, Anvers, Maklu, 2012, p. 190

[115] Cour eur. D.H., 28 octobre 2010, Lazarenko c. Ukraine, § 57 : "It is to be underlined that the extent to which the applicant's initial confession affected his conviction is of *no importance*. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had *some* bearing on the conviction. While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts". Voy. aussi Cour eur. D.H., 27 novembre 2008,, Salduz c. Turquie, § 55.

[116] Avis de Conseil d'Etat, Doc. parl., Chambre, S.O. 2010-2011, 1279/2, p. 24 et 25.

[117] C. Van Deuren, "De Salduz-wet : enkele bedenkingen", *N.C.*, 2011, p. 312, n° 8 ; D. Vandermeersch, "Salduz, vers une nouvelle ère ?", *J.T.*, 2011, p. 861; M.-A. Beernaert, "La jurisprudence européenne Salduz et ses répercussions en droit belge", in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal à la lumière de la réforme Salduz*, Limal, Anthémis, 2012, p. 65 ; L. Kennes, "La loi du 13 août 2011 conférant des droits à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté", *R.D.P.C.*, 2012, p. 37 à 41. Suivant ce dernier auteur, l'article 47, § 6, du Code d'instruction criminelle doit s'interpréter comme excluant l'audition irrégulière du champ de la preuve..

[118] Cass., 5 septembre 2012, RG P.12.0418.F, *Pas.*, 2012, n° 447, avec les concl. M.P., , *J.T.*, 2012, p. 708 avec les concl. M.P., *J.L.M.B.*, 2012, p. 1511, *T. Strafr.*, 2012, p. 460 avec la note de C. Van Deuren intitulée « Salduz verdeelt en heerst ».

[119] C. const., 14 février 2013, arrêt n° 7/2013, par. B.60.1

de sorte qu'un suspect ne peut, en règle, invoquer la violation de ces droits à propos de déclarations incriminantes faites à sa charge par un inculpé ou un prévenu qui n'est qu'un témoin vis-à-vis de lui[120].

Ainsi, lorsque, à l'occasion de ses auditions effectuées sans l'assistance d'un avocat pendant le délai de garde à vue, une personne consent des déclarations qui incriminent également des tiers, la preuve ainsi recueillie à charge de ceux-ci n'est pas, en soi, irrégulière, le suspect n'agissant alors que comme un témoin dont la déposition, pour être reçue, ne doit pas être faite en la présence d'un conseil[121].

Toutefois, la situation est différente si cet autre prévenu invoque lui-même la violation de son droit à l'assistance d'un avocat et du droit de se taire et rétracte, pour ce motif, les déclarations incriminantes[122]. Ainsi, lorsque l'irrégularité de l'audition d'un suspect effectuée sans l'assistance d'un avocat pendant le délai de garde à vue est avérée et que ce prévenu conteste tant l'aveu que la dénonciation qu'il a faits à cette occasion, le juge du fond, qui ne peut pas utiliser l'audition pour condamner celui qui l'a faite, ne peut pas davantage l'utiliser pour condamner les personnes mises en cause par la dénonciation rétractée[123].

Dans le même sens, la chambre néerlandaise de la Cour a jugé qu'un inculpé ne peut pas invoquer la violation de ces droits pour des déclarations faites à sa charge par une personne qui n'est qu'un témoin vis-à-vis de lui, à moins que, lors de son audition, cette personne devait bénéficier de ces mêmes droits et rétracte les déclarations incriminantes qui ont été faites sur la base de leur violation[124].

## TITRE II. SALDUZ EN PRATIQUE[125]

Le rapport final d'évaluation de la loi SALDUZ du 15 février 2013 constate qu'en 2012, en Belgique francophone, seulement dans 37,5% des premières auditions de suspects arrêtés, un avocat a été trouvé via le service de permanence SALDUZ, et si l'ont tient compte des appels fructueux sur le numéro d'urgence du BAJ, cette effectivité atteint 41,3%[126].

Des données plus récentes ont été communiquées à l'OBFG par les informaticiens du site SALDUZweb. Elles présentent les chiffres pour la période allant de janvier à août 2013.

---

[120] Cass., 29 novembre 2011,, RG P.11.113.N, *Pas.*, 2011, n° 651, *A.C.*, 2011, n° 651, avec les concl. M.P.; Cass., 13 décembre 2011, RG P.11.1286.N, inédit; Cass., 8 mai 2012, RG P.11.2150.N, *Pas.*, 2012, n° 283; Cass., 6 novembre 2012, RG P.12.0846.N, *Pas.*, 2012, n° 597 ; Cass., 30 avril 2013, RG P.12.1133.N, *Pas.*, 2013, à sa date.

[121] Cass., 5 septembre 2012, RG P.12.0418.F, *Pas.*, 2012, n° 447, avec les concl. M.P., *J.T.*, 2012, p. 708 avec les concl. M.P., *J.L.M.B.*, 2012, p. 1511, *T. Strafr.*, 2012, p. 460 avec la note de C. Van Deuren intitulée « Salduz verdeelt en heerst ».

[122] Cass., 6 novembre 2012, RG P.12.0846.N, *Pas.*, 2012, n° 597 ; Cass., 4 décembre 2012, RG P.12.0591.N, inédit ; Cass., 30 avril 2013, RG P.12.1133.N, *Pas.*, 2013, à sa date.

[123] Cass., 5 septembre 2012, RG P.12.0418.F, *Pas.*, 2012, n° 447, avec les concl. M.P., , *J.T.*, 2012, p. 708 avec les concl. M.P., *J.L.M.B.*, 2012, p. 1511, *T. Strafr.*, 2012, p. 460 avec la note de C. Van Deuren intitulée « Salduz verdeelt en heerst ».

[124] Cass., 26 mars 2013, RG P.13.0145.N, *Pas.*, 2013, à sa date ; Cass., 26 mars 2013, RG P.12.0387.N, *Pas.*, 2013, à sa date .

[125] Cette partie se réfère principalement aux permanences telles qu'elles se déroulent dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles et telles qu'expérimentées par la première auteure de cette contribution.

[126] Synthèse du rapport final du Service de la politique criminelle du 15 février 2013 (ci-après "synthèse du rapport final"), p. 2.

Durant ces huit mois, 7.248 dossiers ont été ouverts à Bruxelles (francophone) sur les 19.058 dossiers ouverts au sein des arrondissements francophones et les 32.802 dossiers ouverts dans les 27 arrondissements. Cela permet de relever que Bruxelles francophone représente 22% des dossiers ouverts en Belgique et 38% des dossiers ouverts dans les arrondissements francophones. Pour les 7.248 dossiers ouverts à Bruxelles francophone, pour 1.936 dossiers, un avocat aurait été trouvé (donc dans 27% des cas). Ces chiffres doivent toutefois être considérés avec une certaine réserve dès lors qu'ils ne précisent pas la nature de la prestation de l'avocat (concertation confidentielle téléphonique avant une renonciation ou assistance sur place) et ne tiennent pas compte d'une marge d'erreur à l'encodage.

La question se pose dès lors de savoir comment traduire en pratique le respect de la loi SALDUZ possible dans un contexte où l'aide juridique est en crise.

Pour ce faire, nous décrirons dans un premier paragraphe l'organisation pratique des permanences, en démontrant dans un second paragraphe que l'assistance de l'avocat dès la première audition n'est pas seulement un droit fondamental qui doit être garanti mais peut également représenter une plus-value pour l'ensemble de la procédure pénale. Dans un troisième paragraphe, nous relèverons les bémols du système dont souffrent les policiers et le parquet et qui dissuadent les avocats de participer à la permanence, en formulant quelques suggestions.

## § 1er. Le déroulement des permanences SALDUZ

L'avocat qui souhaite assurer une permanence SALDUZ doit commencer par s'inscrire sur le site https://www.SALDUZweb.be/ en choisissant ses matières de prédilection, le jour, ou la nuit, où il sera de permanence en sélectionnant une ou plusieurs tranches horaires de 4h (7h à midi, midi à 16h, 16h à 19h, 19h à minuit, minuit à 4h et 4h à 7h), et les zones de police où il accepte de se rendre.

L'avocat est invité préalablement à prendre connaissance de deux documents : d'une part, le vade mecum de l'OBFG à destination des permanents SALDUZ du 19 décembre 2011, et d'autre part, la circulaire n°8/2011 du 23 septembre 2011 du collège des procureurs généraux près les cours d'appel relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat à partir de la première audition dans le cadre de la procédure pénale belge.

Le jour de permanence, dès que les policiers doivent procéder à l'audition d'un suspect de catégorie "SALDUZ IV"[127], l'avocat est appelé par la voix électronique du système de permanence SALDUZ qui l'invite :

- soit à procéder à une consultation téléphonique (un suspect majeur envisage de renoncer à l'assistance lors de l'audition mais souhaite un entretien téléphonique préalable),
- soit à se rendre à un commissariat pour une assistance lors d'une audition.

Pour accepter la mission, l'avocat tape "1", s'il la refuse, il tape "2".

[127] A la suite de la Circulaire n° 8/2011, les policiers sont appelés à distinguer quatre catégories d'auditions :
- SALDUZ I qui correspond à l'audition des victimes et des témoins ;
- SALDUZ II qui correspond à l'audition d'un suspect non privé de liberté pour des faits entraînant des peines inférieures à un an ;
- SALDUZ III qui correspond à l'audition d'un suspect non privé de liberté pour des faits entraînant des peines supérieures à un an ;
- SALDUZ IV qui correspond à l'audition d'un suspect privé de liberté.

## A. Les consultations téléphoniques

Une fois que l'avocat a accepté de réaliser un entretien téléphonique confidentiel, il reçoit un SMS et un mail avec le numéro SALDUZ, le nom du client (pour vérifier l'absence de conflit d'intérêt), et le numéro de téléphone du commissariat. L'avocat appelle le commissariat et peut déjà s'informer des faits pour lesquels son client a été arrêté. Il sera ensuite rappelé par le policier, une fois que son client aura été isolé dans un local permettant la confidentialité lors de l'entretien téléphonique.

Quand l'avocat est rappelé, il commence par s'assurer auprès de son client que celui-ci est bien seul dans le local. La loi ne précise pas la durée de la consultation téléphonique, par analogie à la concertation confidentielle préalable, elle devrait pouvoir être de 30 minutes. Ensuite, l'avocat s'assure que la personne arrêtée souhaite réellement renoncer à l'assistance d'un conseil durant son audition et qu'il n'a pas été encouragé dans cette voie (par exemple, parce que les policiers lui ont suggéré que s'il voulait un avocat, il devrait patienter et donc rester encore plus longtemps privé de sa liberté)[128]. Certains justiciables peuvent également ne pas être conscients que les services de l'avocat seront gratuits s'ils remplissent les conditions de l'aide juridique. Un avocat nous a donné l'exemple d'un jeune homme ayant renoncé à l'assistance de l'avocat car il n'était pas en mesure de pouvoir le payer. A la suite de la concertation téléphonique au cours de laquelle le principe de l'aide juridique lui a été expliqué, ce conseil est finalement intervenu sur place.

## B. Assistance lors de l'audition au commissariat de police

### *1. Avant la concertation confidentielle*

L'avocat qui accepte de se rendre au commissariat pour une assistance lors d'une audition reçoit, comme pour la concertation téléphonique, un SMS et un mail. L'avocat ne disposera que d'un *délai de deux heures à partir du moment où le commissariat a appelé la permanence SALDUZ* pour arriver sur place et réaliser sa concertation confidentielle[129]. Il est donc important qu'il appelle le commissariat dès réception du SMS pour demander quel délai il lui reste pour arriver. Ce coup de fil lui permet également de demander si le client a besoin d'un interprète, et le cas échéant, si l'interprète est déjà sur place ou quand ce dernier compte arriver. Il n'est en effet pas nécessaire pour l'avocat de se dépêcher si l'interprète a prévenu qu'il ne pourrait arriver que dans une heure. Enfin, l'avocat peut déjà se renseigner quant aux faits pour lesquels son client est suspecté.

Si l'avocat n'arrive pas dans les deux heures, la loi prévoit qu'une concertation confidentielle par téléphone peut encore avoir lieu avec la permanence, après quoi l'audition peut débuter.

Avant de se rendre au commissariat, l'avocat doit s'assurer d'emporter avec lui sa carte d'identité, sa carte d'avocat, le formulaire relatif aux revenus du Bureau d'aide juridique, la fiche "prestation SALDUZ" à faire remplir par le policier, et de la lecture car parfois (souvent) il lui faudra patienter avant l'audition. Il convient de remarquer que l'avocat a le

[128] D'après le rapport, en 2012, environ la moitié des suspects majeurs arrêtés ont envisagé de renoncer à leur droit, mais seulement 45% d'entre eux ont effectivement confirmé cette renonciation (synthèse du rapport final, p. 2), ce qui souligne le rôle important de l'entretien téléphonique.

[129] Art. 2bis. § 1er. de la loi du 20 juillet 1990 : Dès l'instant où contact est pris avec l'avocat choisi ou la permanence, la concertation confidentielle avec l'avocat doit avoir lieu dans les deux heures.

droit de parquer son véhicule sur les emplacements réservés à la police devant le commissariat.

Avant la concertation confidentielle préalable, l'avocat prend connaissance des faits s'il ne l'a pas déjà fait. L'OBFG lui recommande d'également solliciter l'accès au dossier répressif, et en cas de refus, de le faire acter au procès-verbal d'audition[130]. Toutefois, il est matériellement impossible de pouvoir satisfaire à cette recommandation, faute de temps, et la Cour constitutionnelle a par ailleurs jugé que cela n'était pas nécessaire à l'avocat pour assumer sa mission à ce stade (*supra*).

L'avocat peut demander au policier si le magistrat de garde lui a déjà communiqué ses intentions quant au sort qui sera réservé à son client après l'audition. Une des questions récurrentes des justiciables est en effet "qu'est-ce qui va se passer après?". L'avocat peut alors l'informer des différentes issues possibles : soit il sera relaxé après l'audition, soit il passera la nuit au poste et sera entendu le lendemain par le parquet, soit il passera la nuit au poste et sera entendu le lendemain par le juge d'instruction, soit le magistrat de garde prendra sa décision après l'audition.

*2. La concertation confidentielle préalable*

La loi prévoit que la durée de la concertation confidentielle préalable est de trente minutes[131].

Quant au local où se déroule la concertation, la circulaire précise que *l'emploi d'un local aménagé de telle façon que lors de la concertation confidentielle, une paroi vitrée sépare le suspect de son avocat, offre sans aucun doute les meilleures conditions de sécurité et est recommandable*[132], tandis que l'OBFG demande à l'avocat de s'assurer que les mesures de sécurité soient proportionnées à la situation concrète : *l'usage d'une séparation physique (grille, vitre…) entre l'avocat et son client ne peut être admis que si des circonstances particulières (état de surexcitation, dangerosité particulière, …) le commandent*[133].

Or, cette recommandation est parfois difficile à respecter en pratique dès lors que dans certains commissariats, le local prévu pour les concertations confidentielles préalables sépare l'avocat de son client par une vitre[134] ou ce dernier est placé dans une cage de verre à l'intérieur d'une cellule[135] et aucun autre local n'est disponible. Quand un autre local est disponible, l'avocat pourra en faire la demande, mais sera alors parfois invité à signer une décharge ou cela lui sera refusé. En effet, la consigne du collège des procureurs généraux

[130] Vade Mecum de l'OBFG à destination des permanents SALDUZ de l'OBFG du 19 décembre 2011, page 8.
[131] En remarquant que la Cour constitutionnelle a déclaré dans son arrêt du 14 février 2013 au point B.40.2 que : *Si elle devait être interprétée en ce sens que la concertation confidentielle est toujours limitée à une durée maximale de trente minutes, sans permettre à la personne qui procède à l'audition d'accorder une prolongation limitée de cette concertation pour tenir compte de telles situations exceptionnelles, la disposition attaquée pourrait violer les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.*
[132] Circulaire n°8/2011 du 23 septembre 2011 du collège des procureurs généraux près les Cours d'appel relative à l'organisation de l'assistance d'un avocat à partir de la première audition dans le cadre de la procédure pénale belge, page 53, ci-après "circulaire n°8/2011".
[133] Vade Mecum de l'OBFG à destination des permanents SALDUZ de l'OBFG du 19 décembre 2011, page 9.
[134] Par exemple, aux commissariats de Woluwe-Saint-Lambert, rue François Debelder, et à Molenbeek, rue du facteur.
[135] Par exemple, aux commissariats de 1000 Bruxelles, rue marché au charbon et au commissariat d'Anderlecht, rue démosthène 36.

découle du fait que les policiers ont la responsabilité finale de la sécurité de la personne de l'avocat, du suspect et des tiers et sont également responsables en cas d'évasion[136].

Avant d'entrer dans le local où se déroulera la concertation confidentielle, l'avocat est invité à remettre au policier son téléphone portable et autre matériel électronique, qu'il récupère au moment de l'audition elle-même. Cette pratique constitue, à notre sens, une marque de défiance inacceptable à l'égard du barreau.

La concertation confidentielle est un moment essentiel où l'avocat va pouvoir pleinement jouer son rôle de conseil. Il commence par vérifier si son client est en état physique et psychologique d'être auditionné et par lui rappeler qu'il (et le cas échéant, l'interprète présent) est tenu au secret professionnel. Il l'interroge quant aux circonstances de son arrestation, lui explique pourquoi il est là, ce qui va se passer, quels sont ses droits pendant l'audition[137], les conséquences juridiques de ce qu'il dira et les possibles suites de la procédure. Il insiste sur le fait qu'il a le droit de faire acter ses propos dans ses propres mots, ce qu'il faut lui conseiller vu le poids qui sera attaché à ceux-ci. En effet, *les propos formulés en présence de l'avocat pourront être utilisés pour fonder une déclaration de culpabilité*. Il lui signale également qu'il a le droit de garder le silence ou de faire une déclaration plutôt que de répondre aux questions. Certains justiciables seront en effet plus rassurés de pouvoir d'abord donner leur version sous forme d'une déclaration et puis de répondre aux questions du policier. Il convient de bien insister sur le droit de ne pas s'incriminer soi-même. En effet, souvent les policiers interrogent le suspect au sujet d'une consommation ou détention de stupéfiants même s'il n'a pas arrêté pour ces faits.

Ensuite, l'avocat aborde les faits avec son client. La révolution SALDUZ, c'est surtout cela : la première personne à qui l'auteur des faits expliquera ce qu'il s'est passé est l'avocat. Confronter le justiciable aux éléments objectifs relevés par les policiers et aux contradictions dans ses propos permet d'éviter qu'il ne délivre lors de son audition un récit qui ne tient pas la route et sera difficilement défendable par la suite.

L'avocat indique à son client que son rôle sera limité durant l'audition et qu'il ne pourra pas intervenir à moins que le policier ne formule pas correctement ses propos, l'oblige à s'accuser lui-même, ou exerce des pressions ou contraintes sur lui. Il lui précise enfin que l'audition pourra être interrompue pour une durée de quinze minutes, soit si le policier aborde durant l'audition de nouveaux faits, soit à sa demande, mais dans ce dernier cas une seule fois[138]. L'audition peut dès lors être interrompue plus d'une fois, si des nouveaux faits sont abordés lors de celle-ci.

*3. L'assistance durant l'audition*

Sur le rôle de l'avocat durant l'audition, la loi sur la détention préventive du 20 juillet 1990, en son article 2bis, §2, précise que :

[136] Circulaire n°8/2011, page 52.

[137] Il faut noter que la déclaration des droits remise au suspect est très claire, mais les justiciables ne la lisent pas toujours. En outre, la possibilité pour eux de demander l'exécution de devoirs complémentaires n'y est pas reprise.

[138] La loi sur la détention préventive du 20 juillet 1990 prévoit en effet en son article 2bis, §2 que *l'audition sera interrompue pendant quinze minutes au maximum en vue d'une concertation confidentielle supplémentaire, soit une seule fois à la demande de la personne interrogée elle-même ou à la demande de son avocat, soit en cas de révélation de nouvelles infractions qui ne sont pas en relation avec les faits qui ont été portés à sa connaissance conformément à l'article 47bis, § 2, alinéa 1er, du Code d'instruction criminelle.*

*L'assistance de l'avocat a exclusivement pour objet de permettre un contrôle :*
*1° 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;*
*2° du traitement réservé à la personne interrogée durant l'audition, en particulier de l'exercice manifeste de pressions ou contraintes illicites;*
*3° 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.*
*L'avocat peut, sans délai, faire mentionner dans le procès-verbal d'audition les violations des droits visés à l'alinéa 3, 1°, 2° et 3°, qu'il estime avoir observées.*

Les interprétations du Collège des procureurs généraux et de l'OBFG semblent *a priori* fort divergentes.

En effet, la circulaire du Collège des procureurs généraux souligne que certaines situations ne sont pas autorisées :

- *l'audition ne peut pas dériver vers une plaidoirie de l'avocat vis-à-vis de la personne qui interroge;*
- *l'avocat ne peut pas soulever de contestations juridiques, ni entrer en discussion avec les verbalisants;*
- *l'avocat ne peut pas faire cesser l'audition, ni l'influencer, mais doit au contraire faire preuve de retenue de manière à ce que l'audition puisse connaître un déroulement normal;*
- *pendant l'audition, l'avocat ne peut pas parler à son client, ni lui glisser quelque chose à l'oreille, ni se concerter ou avoir des contacts avec lui (par des signes par exemple);*
- *l'avocat ne peut pas répondre à la place du client;*
- *l'avocat ne peut pas s'opposer à ce qu'une question soit posée*[139].

Cette circulaire précise même la "place de l'avocat" : il prendra place "de biais derrière la personne interrogée"[140].

L'OBFG, quant à lui, considère que la loi et l'interprétation qu'en donne le collège des procureurs généraux restreignent le rôle de l'avocat de façon incompatible avec la jurisprudence européenne :

*Certes, il ne peut être question de* plaider *lors de l'audition, de répondre à la place du justiciable, ni de s'opposer à ce qu'une question lui soit posée, à l'instar de ce qui se passe lors de l'instruction d'audience. En revanche, dans le respect de l'article 6 de la Convention européenne, l'avocat doit défendre le justiciable pendant l'audition.*
*Il en découle que :*
*1° L'avocat a le devoir, s'il l'estime utile, de lui conseiller à tout moment de répondre ou non aux questions posées, d'attirer son attention sur les conséquences juridiques de telles réponses, de lui conseiller de se taire ou de l'encourager à donner des informations mais aussi de soutenir le justiciable en détresse.*
*Ces missions de conseil et de soutien nécessitent une proximité entre le justiciable et l'avocat et autorisent des interventions verbales et non verbales de l'avocat au cours de l'audition, contrairement à ce qui est préconisé par la circulaire 8/2011.*

[139] Circulaire n°8/2011, p. 59.
[140] Circulaire n°8/2011, p. 61.

*2° L'avocat doit être attentif à la formulation des questions (ouvertes, fermées, etc.). Le cas échéant, il interviendra, non pas pour s'opposer à ce que la question soit posée, mais pour demander à l'officier de police judiciaire de reformuler une question que le client ne comprendrait pas ou pour conseiller à son client de ne pas y répondre.*

*3° L'avocat doit contrôler la retranscription des propos de son client par l'officier de police et, le cas échéant, formuler immédiatement des observations à cet égard.*

*4° A l'issue de chaque audition ou confrontation à laquelle il assiste, l'avocat peut formuler des observations ou des suggestions, notamment sur des questions qu'il serait utile de poser à son client, sur les devoirs éventuels à accomplir, mais également sur les faits, la personnalité du justiciable et les alternatives éventuelles à la détention préventive.*

*5° En cas d'incident ou de constatation de violation de la loi, l'avocat sollicitera qu'il soit expressément et immédiatement acté dans le procès-verbal. L'avocat veillera, en vertu de son devoir de loyauté, à ne pas volontairement rendre l'audition impossible, auquel cas il lui est loisible de simplement conseiller à son client de faire une application stricte de son droit au silence.*

*6° L'avocat veille à lire le P.V. en fin d'audition avec le justiciable avant que ce dernier n'appose sa signature éventuelle*[141].

Toutefois, comme le souligne bien la circulaire "la pratique contribuera sans aucun doute à faire évoluer le rapport entre interrogateurs et avocats"[142]. Et de fait, les tensions redoutées en théorie entre policiers et avocats constituent davantage l'exception que la règle, et relèvent davantage des bonnes relations entre personnes.

Ainsi, si l'avocat est courtois et respecte le travail du policier, l'audition se déroulera bien et un véritable échange entre professionnels pourra avoir lieu. Toutefois, si l'avocat intervient à tort et à travers[143] et entrave le bon déroulement de l'audition, le policier lui rappellera que tel n'est pas son rôle et le climat de l'audition sera tendu, ce qui ne sert en rien la personne auditionnée.

Chaque policier a sa façon de travailler et de mener une audition : certains écoutent tout d'abord la personne en ses explications, en prenant parfois des notes à la main, et puis commencent à rédiger, d'autres commencent tout de suite par poser des questions, etc. Si l'avocat respecte la méthode du policier, bien qu'il ne soit pas censé intervenir et que l'audition ne doit pas devenir "un débat entre personnes réunies autour d'une table"[144], le policier écoutera ses remarques éventuelles, comprenant qu'il ne cherche pas à interférer dans son travail mais qu'il veille seulement à garantir la transcription fidèle des propos de son client.

Certains policiers relisent les phrases qu'ils rédigent, permettant tout de suite à l'avocat d'intervenir si celles-ci ne reflètent pas correctement les propos tenus par son client. S'ils ne le

[141] Vade Mecum de l'OBFG à destination des permanents SALDUZ de l'OBFG du 19 décembre 2011, page 14.
[142] Circulaire n°8/2011, p. 61.
[143] Plusieurs policiers ont déjà été confrontés à un avocat intervenant de façon incessante à tel point qu'il ne leur permettait pas de réaliser leur travail correctement. Entretien au commissariat de Woluwé-Saint-Lambert du 13 octobre 2013 et entretien au commissariat de Saint-Gilles du 20 octobre 2013.
[144] Circulaire n°8/2011, p. 61.

font pas spontanément, l'avocat peut le suggérer au policier pour éviter de devoir procéder aux différentes modifications une fois l'audition terminée après la relecture.

A la fin de l'audition, le policier demande à l'avocat s'il a des remarques à l'égard du déroulement de l'audition. Si l'avocat constate que son client a oublié de mentionner un élément important qui lui avait été confié pendant la concertation confidentielle préalable, il peut suggérer au policier de poser une ou plusieurs questions supplémentaires à ce sujet. Certains policiers accepteront, d'autres diront que c'est à eux de choisir quelles questions ils posent.

C'est aussi à ce moment que l'avocat doit faire acter les éventuelles violations de la loi qu'il aurait constatées, dès lors que la loi précise qu'il les fait mentionner "sans délai" dans le P.V. d'audition. L'OBFG demande aussi à l'avocat d'en informer le magistrat en charge du dossier et de communiquer les difficultés rencontrées aux Bâtonniers et à l'adresse mail SALDUZ@avocats.be[145]. Quant à la circulaire du collège des procureurs généraux, elle ajoute que si un différend quant à cette mention oppose le verbalisant et l'avocat, alors la déontologie doit jouer son rôle et il convient de saisir les tiers hiérarchiquement responsables, c'est-à-dire le procureur du roi et le bâtonnier.[146]

Le respect mutuel des rôles et missions d'un chacun peut conduire à l'établissement d'une véritable coopération entre les deux mondes professionnels en vue d'améliorer le travail judiciaire au stade de la première audition.

### C. Assistance lors de l'interrogatoire devant le juge d'instruction

Si l'avocat a assisté une personne au commissariat le soir et que cette personne est interrogée le lendemain matin par le juge d'instruction, il recevra automatiquement un SMS avec le numéro de téléphone du greffe du juge d'instruction et l'heure à laquelle il doit se présenter. Il n'est donc pas question ici de pouvoir accepter ou refuser la mission, l'avocat est supposé accepter. En outre, il n'y a *pas de délai de deux heures*. L'article 16, §2 de la loi sur la détention préventive prévoit que "l'interrogatoire peut commencer à l'heure prévue, même si l'avocat n'est pas encore présent". Si l'avocat n'est pas disponible, il doit donc prévenir le greffier du juge d'instruction qui doit pouvoir contacter la permanence pour trouver un autre avocat.

La loi sur la détention préventive en son article 16, §2, ne prévoit pas que l'avocat puisse s'entretenir confidentiellement avec le suspect avant l'interrogatoire devant le juge d'instruction. La circulaire précise d'ailleurs que la concertation confidentielle préalable à l'audition ne peut avoir lieu qu'une seule fois[147] et n'est plus un droit au stade de l'interrogatoire par le juge d'instruction, mais une simple possibilité, sauf dans deux cas : 1) si une ordonnance de prolongation a été décernée, ce droit est accordé durant la nouvelle période de 24h, 2) si la concertation confidentielle n'a pas eu lieu avant l'interrogatoire devant les services de police. Toutefois, en pratique, les juges d'instruction s'opposent rarement à ce que l'avocat s'entretienne préalablement avec son client. Cet entretien est important afin de permettre à l'avocat d'envisager avec son client les possibles alternatives à la détention préventive.

[145] Vade Mecum de l'OBFG à destination des permanents SALDUZ de l'OBFG du 19 décembre 2011, page 15.
[146] Circulaire n°8/2011, p. 60.
[147] Circulaire n°8/2011, pp. 6 et 11.

A la fin de l'interrogatoire, le juge d'instruction demande à l'avocat s'il souhaite qu'il pose d'autres questions à son client, s'il a des remarques quant au déroulement de l'audition et quant à la délivrance d'un mandat d'arrêt. Si l'avocat suggère de ne pas délivrer un mandat d'arrêt à l'encontre de son client et de le laisser en liberté sous conditions, le juge d'instruction demandera parfois à l'avocat de suggérer des conditions.

## §2. L'avocat au commissariat et devant le juge d'instruction : une plus-value pour l'ensemble de la procédure pénale

*1. Une assistance essentielle pour la personne privée de liberté*

Les suspects privés de liberté, surtout s'il s'agit de leur première arrestation, sont bien souvent dans un état de détresse ou de panique, fatigués et désorientés, sans aucune notion du temps. Les premières questions sont d'ailleurs souvent : « Quelle heure est-il ? Qu'est-ce qui va m'arriver ? Vais-je rester encore longtemps ici ? ». La concertation confidentielle préalable permettra à l'avocat de les rassurer.[148] Un inspecteur nous a confirmé que selon lui, si la présence de l'avocat n'avait aucun intérêt durant l'audition, la concertation confidentielle préalable avait une plus-value certaine, car elle met les personnes en confiance et permet que l'audition se déroule mieux par la suite.[149]

Durant cette concertation, la personne privée de liberté bénéficiera également d'une information complète, comme nous l'avons expliqué *supra*, quant à ses droits, quant à l'importance de l'audition et au déroulement de la procédure, ainsi que de conseils. L'avocat pourra par exemple relever des éléments à décharge et conseiller au justiciable de les mettre en avant durant l'audition, ce que ce dernier n'aurait peut-être pas fait spontanément. L'avocat l'interrogera également quant à la possibilité de réaliser des devoirs complémentaires, ou demandera directement au policier de les exécuter en vue de sauvegarder les droits du suspect. Par exemple, le suspect peut demander à ce qu'un document ou objet utile à sa défense soit récupéré au plus vite qui risque sinon de disparaître, ou si le suspect explique avoir reçu lui-même de nombreux coups, l'avocat peut tout de suite demander que des photos des blessures soient prises et versées au dossier ou qu'un médecin soit appelé pour constater les coups.

En outre, la présence d'un avocat, comme le soulignait l'arrêt SALDUZ, "compense" la vulnérabilité de la personne privée de liberté : elle n'est plus seule face aux policiers mais épaulée durant l'audition.

---

[148] Le rapport souligne qu'*une grande majorité des suspects trouve que la concertation confidentielle est utile pour préparer leur défense, recevoir des conseils juridiques concernant leurs droits, connaître la manière dont se déroule la procédure ainsi que le comportement à adopter lors de l'audition et les conséquences liées. A savoir, par exemple, l'utilisation adéquate du droit au silence. On s'aperçoit également que, pour certains, l'avocat a un rôle de soutien moral car l'avocat est un professionnel qui est là pour aider et le suspect se sent alors plus en confiance pour raconter son histoire et confier les faits qu'il a éventuellement commis*. Il ajoute qu'*une grande majorité des suspects trouve que l'assistance de l'avocat lors de l'audition est utile car l'avocat est est là pour leur expliquer les termes juridiques de la loi et leurs droits, vérifier que les procédures soient respectées, les défendre en s'adressant au juge pour proposer des solutions alternatives et les aider à mieux s'exprimer* (synthèse du rapport final, p. 8).

[149] Entretien avec l'inspecteur Doms, au commissariat de 1000 Bruxelles, rue Marché au Charbon, du 23 octobre 2013.

Au-delà du soutien psychologique qu'apporte la présence de l'avocat durant l'audition, il existe de nombreuses situations où la vigilance de celui-ci et son intervention peuvent faire la différence. Nous allons en relever quelques-unes sur base de notre expérience.

1. Il peut s'agir tout d'abord de situations – bien que rares – où des policiers vont effectivement exercer des pressions ou des contraintes envers le suspect.
Par exemple, un mineur était interrogé quant à des faits de trafic de stupéfiants. Le verbalisant l'interroge sur les circonstances de son arrestation. Le jeune explique que quelques instants avant d'être arrêté, il donnait une cigarette à son ami. Le policier qui avait procédé à l'arrestation et qui était assis à la table à côté, se lève et intervient pour dire "non, je t'ai vu, ce n'est pas une cigarette que tu donnais". Le jeune continue : "je leur ai dit de me fouiller et qu'il ne trouverait rien sur moi et ils ont refusé de me fouiller". Le policier ne prend pas note de la version du jeune et se base sur la version de son collègue pour poser d'autres questions, l'avocate a dû intervenir pour que les propos de son client soient d'abord actés.

Parfois, ces pressions résultent de la façon des policiers de poser leurs questions, qui risquent d'entraîner une violation du droit à ne pas s'accuser soi-même. Certains policiers cherchent véritablement à "faire avouer" un fait au suspect. Un policier disait ainsi à un jeune : "Tes parents sont déjà là, ils ne sont pas du tout contents de ce que tu as encore fait car tu as déjà été auditionné chez nous pour tentative de vol de véhicule, c'est la deuxième fois que tu es là pour ça". Le jeune conteste avoir commis les faits : « Comment aurais-je brisé une vitre alors que je n'avais aucun objet sur moi et ne suis pas blessé aux mains ? » Le policier n'acte pas la réponse du jeune et enchaîne "de toute façon ton complice a déjà avoué", alors que le complice n'avait pas encore été entendu. Le jeune continue de contester et le policier déclare, alors qu'il avait dit au jeune qu'il serait relaxé après l'audition : "dans ce cas, j'appelle le juge après l'audition".

Souvent, le policier résumera sa vision des faits en énumérant de nombreux éléments terminant par demander : « cela vous le reconnaissez ? » Le suspect répondra par l'affirmative bien que parmi tous les éléments cités, il en reconnaisse certains et non d'autres. L'avocat peut intervenir pour qu'il soit plutôt demandé "que reconnaissez-vous parmi ces différents faits ?".

2. D'autres situations sont celles où le climat de l'audition n'est pas un climat favorable à la recherche de la vérité. Par exemple, un homme était interrogé pour entrave méchante à la circulation. Il était francophone mais parlait également très bien le néerlandais. Dès lors qu'il avait été arrêté par des policiers parlant le français, il a demandé à pouvoir être auditionné en néerlandais, craignant d'être interrogé par les policiers l'ayant arrêté. Lors de l'audition en néerlandais, il signale au policier qu'il ne comprend pas sa question et demande à ce qu'elle lui soit précisée. Le policier la répète de mauvaise volonté, dans les mêmes termes et trop rapidement pour qu'il ne comprenne. Le suspect déclare alors qu'il préfère continuer en français pour assurer sa compréhension. Le policier a catégoriquement refusé, considérant qu'il s'agissait là d'une "comédie", qu'on ne changeait pas de langue à sa guise. Il a ajouté que l'audition se poursuivrait en néerlandais, et qu'à défaut, il y mettrait fin. Le suspect a alors demandé une interruption de l'audition en vue d'une concertation confidentielle supplémentaire avec son avocat. L'avocate a réexpliqué la question à son client, et il a finalement décidé de poursuivre l'audition en néerlandais afin de pouvoir s'expliquer

quant aux faits pour lesquels il avait été privé de sa liberté. De retour dans le local d'audition, le policier avait cependant décidé de ne pas poursuivre l'audition, mais exigeait du suspect de signer le P.V. reprenant le début de l'audition, sans que n'y soient actées les raisons pour lesquelles il avait été mis fin à l'audition, ni les observations que l'avocate souhaitait formuler quant au déroulement de l'audition. L'avocate a dès lors conseillé à son client de ne pas signer le P.V. d'audition.

3. Dans certaines situations, la personne interrogée réagit d'une façon qui peut être mal interprétée par les policiers, parce qu'elle est prise de panique ou ne comprend pas la portée de la question.

Par exemple, un jeune avoue consommer de la marijuana. Le policier lui demande alors s'il accepte de se soumettre volontairement à un test. Il refuse. L'avocate est intervenue pour que le policier lui demande pourquoi il refusait. Une discussion s'en est suivie où le jeune expliquait qu'il ne voyait pas pourquoi il faudrait faire un test s'il avait déjà avoué, mais que si le policier souhaitait vraiment faire le test, il ne s'y opposerait bien entendu pas.

4. Les situations les plus courantes restent celles où les avocats interviennent pour indiquer que les phrases rédigées par les policiers ne reflètent pas fidèlement les propos de leurs clients. Ces interventions peuvent toutefois être évitées si le suspect réclame dès le départ que toutes les questions qui lui sont posées et les réponses qu'il donne soient actées dans les termes utilisés.

Si la majorité des policiers ne perçoivent pas l'importance de ces interventions, qui ne visent parfois "qu'à" changer quelques mots, c'est qu'ils ne sont généralement pas impliqués dans la suite de la procédure et n'assistent pas au fait que chaque mot compte et peut conduire à fonder une culpabilité. Or, c'est parce que chaque mot compte que l'avocat doit veiller à ce que le policier ne reformule pas les propos de son client d'une manière qui ne reflète pas fidèlement ce qu'il a dit.

*2. Une amélioration de la procédure pénale dans son ensemble*

La présence de l'avocat dans les commissariats permet également de véritablement améliorer la qualité de l'enquête pénale dans son ensemble.

Sophie Magerotte, criminologue à la police judiciaire fédérale, a déclaré que l'arrivée de l'avocat dans les commissariats était au départ "perçue comme un signe de méfiance à l'égard du travail policier et un frein à la recherche de la vérité" et que les policiers "avaient le sentiment, non seulement que le législateur remettait en cause la qualité de leur travail, mais aussi que leur mission de rechercher la vérité allait être terriblement compliquée par la présence d'un avocat"[150].

Or, la pratique révèle que la présence de l'avocat permet au contraire de soutenir le travail de recherche de la vérité. Tout d'abord, sans son assistance, un suspect pourrait préférer se retrancher derrière son droit au silence.[151] Le Conseil supérieur de la justice dans son avis du

[150] Citée par A. MOUTON, "SALDUZ appliqué aux mineurs: bilan et perspectives", *J.D.J.* n°326, juin 2013, p. 7.
[151] Le rapport indique que dans la majorité des cas, les avocats ont conseillé à leur client de ne pas se taire et de parler (synthèse du rapport final, p. 8). Il indique également que la police fédérale, la commission permanente de la police locale et certains parquets ont évoqué le fait que "l'intervention de l'avocat mène à des aveux plus

25 novembre 2010 relevait déjà que "l'assistance de l'avocat pourrait avoir pour effet d'obtenir dans un délai plus court des déclarations plus conformes à la vérité et d'éviter ainsi de multiples investigations ou devoirs ultérieurs"[152]. L'inspecteur Doms est affirmatif à cet égard : des aveux sont obtenus plus facilement lorsque le suspect est assisté et a été mis en confiance par un avocat.[153]

Ensuite, la présence de l'avocat constitue une garantie que les droits du suspect ont été respectés durant l'audition. Certains policiers nous ont dit que la présence de l'avocat permettait qu'ils ne puissent plus être accusés d'avoir exercé des pressions ou obtenu des aveux sous la contrainte[154], d'autres nous ont rétorqué que de toute façon, ils n'ont pas besoin d'un avocat pour cela dès lors qu'ils sont assermentés et que leur P.V. fait foi[155].

Encore et surtout, l'avocat permet d'améliorer la qualité de l'audition. Durant la concertation confidentielle préalable, l'avocat va véritablement préparer son client à l'audition, en l'aidant à structurer ses propos de façon chronologique et détaillée. Le justiciable sera dès lors plus apte à délivrer un récit clair au verbalisant. Un policier de Saint-Gilles ne fait pas ce constat et explique que la qualité de l'audition ne dépend pas de la présence de l'avocat mais plutôt du service de police : "dans des petits commissariats comme chez nous, nous avons le temps de préparer nos auditions, nos questions sont rédigées à l'avance, on a déjà rassemblé toutes les preuves pour pouvoir confronter la personne aux photos, aux images vidéos, etc. durant son audition, et nos auditions peuvent durer jusqu'à 4, 5h car nous avons le temps et donc nos auditions ont de toute façon une bonne qualité. Pour les policiers des équipes d'intervention, tout doit aller plus vite et les auditions bouclées en une demi-heure, ce qui ne garantit pas une même qualité. Et qu'un avocat soit présent ou pas n'aura pas d'influence sur cette qualité car les policiers ne changeront pas leur méthode de travail." L'inspecteur principal Lambert considère quant à lui qu'il y a une différence si l'avocat est présent : "si vous me montrez plusieurs auditions, je peux vous indiquer celles où un avocat était présent"[156].

Devant le juge d'instruction, l'avocat envisagera avec son client toutes les possibilités d'alternatives à la détention préventive. Si le nombre de suspects libérés sous conditions n'a pas augmenté en 2012, le nombre moyen de mandats d'arrêt délivrés a diminué par rapport aux années antérieures, alors que ce nombre était constant en 2009, 2010 et 2011[157]. Toutefois, la police fédérale, la commission permanente de la police locale et certains parquets considèrent que la loi SALDUZ a entraîné une diminution des privations de liberté et des mandats d'arrêt et une augmentation des libertés sous conditions[158].

Dès lors que l'entretien confidentiel préalable devant le juge d'instruction est une simple possibilité, l'avocat pourra déjà envisager au commissariat les alternatives à la détention

---

rapides et complets (dans des dossiers de gravité mineure) ou entraîne une diminution de ceux-ci (dans les dossiers plus lourds, il y a usage systématique ou plus fréquent du droit au silence) (synthèse du rapport final, p. 13).

[152] Conseil supérieur de la justice, *Avis d'urgence portant sur l'assistance de l'avocat au cours de l'interrogatoire par le juge d'instruction*, 25 novembre 2010, page 7.

[153] Entretien avec l'inspecteur Doms, au commissariat de 1000 Bruxelles, rue Marché au Charbon, du 23 octobre 2013.

[154] Entretien au commissariat de Woluwé-Saint-Lambert du 13 octobre 2013.

[155] Entretien au commissariat de Saint-Gilles du 20 octobre 2013. Rappelons ici que le procès-verbal du fonctionnaire de police n'a, sauf les exceptions prévues par la loi, aucune force probante particulière et vaut à titre de simple renseignement.

[156] Entretien au commissariat de Saint-Gilles du 20 octobre 2013.

[157] Synthèse du rapport final, p. 5.

[158] Synthèse du rapport final, p. 2.

préventive. A l'issue de l'audition devant la police, l'avocat peut également déjà prendre contact avec des proches pour obtenir des attestations afin d'éviter un placement sous mandat d'arrêt. Le Conseil supérieur de la justice l'avait déjà souligné : *L'assistance de l'avocat au moment de l'éventuelle délivrance d'un mandat d'arrêt pourrait en effet favoriser le recours à des mesures alternatives à la détention préventive dès le début de la procédure, en favorisant le recueil d'informations pertinentes*[159].

Assister une personne lors de son audition devant la police et ensuite lors de son interrogatoire devant le juge d'instruction permet également à l'avocat d'avoir une très bonne maîtrise du dossier. L'avocat ne découvre pas un procès-verbal d'audition au greffe de la chambre du conseil dès lors qu'il l'a vécue et connaît le contexte de celle-ci, qui n'est pas acté dans le procès-verbal : l'état d'esprit de son client, ses premières confidences, etc.

Enfin, il faut souligner l'importance de la rencontre entre deux mondes, celui des policiers et du parquet et celui du barreau. Des nombreuses appréhensions étaient nées de cette rencontre qui ne se sont finalement pas concrétisées. Ainsi, des craintes existaient du côté des policiers de ne pas savoir quoi répondre à des juristes qui se lanceraient dans des plaidoiries devant eux, mais aussi que des suspects puissent prendre des avocats en otage pour s'évader[160]. La pratique a permis de dissiper ces craintes. A nouveau, cela sera tributaire de la bonne entente entre avocats et policiers. Certains policiers utiliseront le détecteur de métaux à l'arrivée de l'avocat, d'autres pas. Certains accepteront que la concertation confidentielle se déroule dans un local d'audition, d'autres seront inflexibles et ne cèderont pas à la demande de l'avocat de ne pas mettre le suspect un peu agité dans la "cage de verre" dès lors qu'il est responsable de la sécurité de l'avocat.
Dans tous les cas, les avocats peuvent à présent mieux se rendre compte du travail du policier et du parquet, et le travail des policiers gagne en transparence et en garanties au niveau du respect à un droit équitable.

## §2. SALDUZ : les bémols

### *1. Les lourdeurs et entraves du système SALDUZ pour les policiers*

Si nous venons de relever, qu'outre le fait qu'il s'agit à présent d'un droit fondamental garanti à toute personne privée de liberté, l'assistance de l'avocat dès la première audition représente une réelle plus-value pour les suspects mais également pour l'ensemble de la procédure pénale, cette affirmation est loin d'être acceptée du côté policier.

En effet, la grande majorité d'entre eux ne voit absolument aucun intérêt à la permanence SALDUZ et tient le même discours : "on fait notre travail correctement, qu'un avocat soit là ou pas. Sa présence ne sert vraiment à rien."

D'autres nuancent. Un policier de Woluwé-Saint-Lambert nous explique que cela peut avoir un véritable intérêt pour des personnes arrêtées pour des faits plus graves ou pour des faits de violence intrafamiliale qui sont des dossiers très délicats où l'avocat peut aider à faire lumière sur ce qui a pu se passer[161]. Des policiers de Saint-Gilles tiennent les mêmes propos, mais font

[159] Conseil supérieur de la justice, *Avis d'urgence portant sur l'assistance de l'avocat au cours de l'interrogatoire par le juge d'instruction*, 25 novembre 2010, page 7.
[160] A. MOUTON, "SALDUZ appliqué aux mineurs: bilan et perspectives", *J.D.J.* n°326, juin 2013, p. 7.
[161] Entretien au commissariat de Woluwé-Saint-Lambert du 13 octobre 2013.

le constat que des avocats sont parfois présents pour des faits mineurs où ils savent déjà que la personne sera relaxée après audition et que pour des faits plus graves, aucun avocat ne se présente. Un policier de Saint-Gilles considère qu'il serait bien plus utile de mettre les avocats de permanence au parquet plutôt que dans les commissariats[162]. L'inspecteur Doms suggère de réduire les catégories de faits entrant dans le "SALDUZ IV", en excluant les petits faits comme des vols de vélo, etc., afin de s'assurer qu'un avocat soit présent en cas de faits vraiment graves[163].

De façon unanime, tous les policiers que nous avons rencontrés considèrent que le système SALDUZ est synonyme de lourdeurs administratives et de perte de temps. "On doit attendre deux heures même si l'on sait qu'aucun avocat ne viendra et on ne peut avancer dans notre travail. En plus, l'interprète arrive parfois avant l'avocat et attend pour rien."[164] De fait, lorsque la permanence ne trouve pas d'avocat disponible, les policiers doivent tout de même laisser s'écouler le délai de deux heures dès lors que contact a été pris par la permanence avec le numéro d'urgence du bureau d'aide juridique, même s'ils savent que personne ne viendra.

En outre, le système SALDUZ a pour conséquence que du personnel policier est "bloqué" au commissariat en raison des obligations administratives SALDUZ et ne peut partir en opération. L'inspecteur Doms nous explique que cela n'est pas trop problématique au sein de grands commissariats comme celui de 1000 Bruxelles qui comptent de nombreuses équipes d'intervention et où d'autres équipes prennent en charge les auditions, mais pour des petits commissariats, le fait que des policiers soient immobilisés au commissariat empêche de pouvoir assurer de nouvelles interventions quand tout le personnel opérationnel est déjà en mission.[165]

Au-delà de ces problèmes[166], le système SALDUZ entraîne de multiples obligations au niveau de la police dont le coût est loin d'être négligeable, parmi lesquelles la formation du personnel à la loi SALDUZ, l'adaptation des infrastructures et l'adaptation du budget en raison de la prestation d'heures supplémentaires.[167]

*2. Le poids du système SALDUZ pour les avocats*

Nombreux sont les avocats qui vous diront qu'ils sont tout à fait favorables au système SALDUZ, voire qu'ils ont milité pour sa consécration, mais qui n'ont pourtant jamais eux-mêmes participé à la permanence. Pourquoi ?

Il est indéniable que le système SALDUZ entraîne des lourdeurs administratives non négligeables pour les avocats. Il les oblige à compléter les documents relatifs à la permanence SALDUZ[168] et à encoder leurs prestations sur le site salduz.web, mais aussi à réaliser toutes

[162] Entretien au commissariat de Saint-Gilles du 20 octobre 2013.
[163] Entretien avec l'inspecteur Doms, au commissariat de 1000 Bruxelles, rue Marché au Charbon, du 23 octobre 2013.
[164] Entretien au commissariat de Molenbeek, rue du facteur, du 20 octobre 2013.
[165] Entretien avec l'inspecteur Doms, au commissariat de 1000 Bruxelles, rue Marché au Charbon, du 23 octobre 2013.
[166] Egalement énumérés dans la synthèse du rapport final à la page 12.
[167] Pour plus de détails, voir l'article de Philippe STRATSAERT, chef de corps de la zone de police Charleroi, "La loi Salduz sous l'angle des services de police", *J.T.*, 845 – 847.
[168] La fiche à faire compléter par les policiers ainsi que le document relatif à l'aide juridique si le suspect entre dans les conditions pour en bénéficier.

les démarches exigées pour tout dossier d'aide juridique[169] dès lors que dans la toute grande majorité des cas, le suspect arrêté remplit les conditions pour en bénéficier. Les avocats doivent donc veiller à ne pas oublier de faire compléter les documents lors de leur assistance sur place et ensuite, ils doivent encoder leurs prestations dans SALDUZ.web[170], envoyer les documents au BAJ et ré-encoder leurs prestations dans leur front BAJ.
Pour les consultations téléphoniques, c'est le SPF Justice qui se charge de l'indemnisation, l'avocat ne doit donc pas encoder ses prestations ni envoyer des documents justificatifs au BAJ (par contre, il tiendra un récapitulatif de ses prestations pour vérifier que celles-ci sont bien reprises dans la liste que lui enverra le SPF Justice en vue de sa rémunération).

De plus, le système SALDUZ n'est pas encore optimal. Nous relevons notamment :

- le fait que lorsque l'avocat accepte une mission, il est considéré "indisponible" par la permanence pour un délai d'environ une heure. Or, pour une consultation téléphonique, c'est un délai trop long, et pour une assistance sur place c'est bien trop court. Le système devrait permettre à l'avocat de contacter la permanence SALDUZ dès qu'il est à nouveau disponible afin d'éviter "les creux" durant sa permanence. A l'heure actuelle, il n'est toutefois pas possible de rappeler la "voix électronique" par laquelle la permanence SALDUZ s'exprime.

- la situation dans laquelle un avocat termine une assistance sur place et qu'un autre suspect doit être entendu dans le même commissariat. Si certains policiers acceptent que l'avocat intervienne et lui donne le numéro SALDUZ[171], d'autres considèrent qu'ils doivent d'abord appeler la permanence.

- l'absence de délai laissé à l'avocat pour arriver devant le juge d'instruction. Il nous est arrivé de recevoir à 9h38 du matin, un SMS annonçant qu'il fallait se présenter devant le juge d'instruction à 9h53.

- la problématique de l'assistance des mineurs : si les mineurs ne sont pas relâchés après leur audition, ils passeront le lendemain devant le juge de la jeunesse, où un avocat de la permanence jeunesse sera présent pour l'assister devant le juge. Cela signifie concrètement qu'un avocat qui est de permanence SALDUZ pour ouvrir des dossiers refusera systématiquement toutes les auditions avec les mineurs.

- la rémunération ne tient pas compte du temps d'attente et des longues auditions. En outre, l'avocat qui se rend au commissariat n'est jamais certain qu'il sera rémunéré pour sa prestation : si la personne n'entre pas dans les conditions de l'aide juridique, il devra lui demander d'être payé sur le champ ou lui annoncer qu'il lui enverra une facture suite à l'audition, ce qui n'est pas aisé vu la situation de tension et de vulnérabilité dans laquelle se trouve la personne qui vient d'être privée de sa liberté.

[169] C'est-à-dire envoyer les documents mentionnés dans la note infrapaginale ci-dessus au BAJ pour demander sa désignation et ré-encoder ensuite les prestations dans le front BAJ.
[170] Si l'avocat encore ses prestations le jour même, il clique sur "dossier en cours". Si sa prestation date de moins de cinq jours, il clique sur "dossiers clôturés", si elle date de plus de cinq jours, il choisit "dossiers archivés". Là, en sélectionnant le petit crayon, puis "audition initiale", il va pouvoir encoder ses prestations. Dans "type de prestation", diverses prestations sont envisagées, mais il ne faut encoder que les concertations confidentielles sur place et les assistances lors de l'audition, les autres prestations n'étant pas rémunérées en soi (temps de trajet, temps d'attente, etc.). Il reste à imprimer la fiche prestations pour l'envoyer au BAJ.
[171] Il encodera alors sa prestation sur le site SALDUZ en choisissant l'option "reprise d'un dossier".

En d'autres mots, l'avocat se déplace parfois en pleine nuit au commissariat sans avoir aucune certitude d'être rémunéré pour sa prestation.

Par ailleurs, assister des personnes privées de leur liberté dans les commissariats peut se révéler très pénible. Si certaines auditions peuvent être rapides, d'autres peuvent être longues et durer jusqu'à cinq heures, sans oublier que l'avocat devra bien souvent attendre à son arrivée avant de pouvoir procéder à l'audition[172]. Il faut également tenir compte du fait que les obligations professionnelles des avocats entraînent qu'ils ne sont généralement disponibles pour la permanence SALDUZ qu'après leur journée de travail ou le week-end. Cela implique également que l'avocat doit pouvoir se déplacer en voiture, dès lors qu'il n'y a pas de transports en commun la nuit et que les zones de police sont grandes.

Enfin et surtout, la rémunération est non seulement loin d'être attrayante mais est également incertaine, et en tout cas exigera de la patience (aucun avocat n'a, à l'heure actuelle, été payé pour ses prestations SALDUZ autres que concertations téléphoniques). Les policiers sont d'ailleurs souvent étonnés de la présence des avocats en permanence et s'exclament : "moi, si je n'étais pas sûr d'être payé ou payé deux ans après, je ne viendrais sûrement pas !"[173]. Un policier ajoute : "pour nous, les avocats qui participent aux permanences sont ceux qui n'ont pas assez de dossiers ou n'ont pas de vie de famille"[174].

L'arrêté ministériel du 6 décembre 2012 prévoit que le nombre de points attribués pour :

- La concertation téléphonique confidentielle préalable = 1
- La concertation confidentielle préalable sur place = 2
- L'assistance durant l'audition par la police = 2
- L'assistance durant l'audition chez le juge d'instruction = 2

Si les prestations se sont déroulées la nuit (entre 19h et 7h), deux points sont ajoutés. Si elles se sont déroulées le week-end (du samedi matin 7h au lundi matin 7h), un point est ajouté. Assister un suspect au commissariat la nuit du samedi au dimanche rapporte sept points, tandis que la journée, en semaine la journée, 4 points.

Toutes ces raisons peuvent expliquer le constat de la disponibilité de plus en plus faible d'avocats pour la permanence SALDUZ. Le fait que les acteurs policiers et judiciaires soulignent que ce sont "toujours les mêmes" avocats, et principalement des jeunes, qui sont de permanence[175] n'est dès lors pas surprenant. Pour de jeunes avocats, SALDUZ est une opportunité certaine pour développer sa clientèle et se familiariser avec la procédure pénale.

*3. Les détournements du système*

Comme nous venons de le développer, le système SALDUZ est perçu tant par les policiers et les parquets que par les avocats comme un système lourd et pénible. Pour les uns, il s'agira

[172] Le temps de trajet moyen est en moyenne de 30 minutes, le temps d'attente global de 43 minutes, la concertation confidentielle de 20 minutes et l'assistance durant l'audition de catégorie IV de 68 minutes (synthèse du rapport final, p. 1).
[173] Entretien au commissariat de Saint-Gilles du 20 octobre 2013.
[174] Entretien avec un policier de la garde au commissariat de 1000 Bruxelles, rue Marché au Charbon, du 23 octobre 2013.
[175] Entretien avec l'inspecteur Doms, au commissariat de 1000 Bruxelles, rue Marché au Charbon, du 23 octobre 2013; Synthèse du rapport final, p. 11.

d'éviter la surcharge de travail administratif et la perte de temps qu'entraîne ce système, pour les autres, il s'agira d'y participer que si l'on peut y trouver son compte.

Du côté policier, la loi SALDUZ a entraîné le remplacement de privations de liberté judiciaires par des privations de liberté administratives et le fait que certaines auditions qui n'auraient pas eu lieu avant l'entrée en vigueur de la loi se font désormais sous privation de liberté afin de conserver l'effet de surprise qui disparaît par l'envoi de convocations[176].

Du côté des avocats, beaucoup ne vont pas concevoir les permanences SALDUZ comme un service d'assistance à des personnes vulnérables, mais y verront plutôt l'opportunité de développer leur clientèle.

Les permanences aux commissariats sont souvent longues et pénibles et ne garantissent pas l'ouverture d'un dossier (si la personne est relâchée ou mise à disposition du parquet). Par contre, devant le juge d'instruction, il est possible d'assister davantage de personnes, les interrogatoires étant beaucoup plus courts que les auditions devant la police. En outre, l'avocat a davantage de probabilités de suivre le dossier si la personne interrogée est mise sous mandat d'arrêt. Pour ces raisons, la plupart des avocats limitent leur assistance aux interrogatoires devant le juge d'instruction et ne se rendent jamais dans les commissariats. Pour ce faire, ils ne se mettront de permanence que de jour et pour la zone 1000 Bruxelles (où se trouve le bâtiment PORTALIS et les juges d'instruction). Or la permanence appelle tant pour des assistances devant la police que devant le juge d'instruction. Certains avocats accepteront toutes les missions et ne se rendront tout simplement pas aux commissariats (les policiers inscrivant sur le P.V. : "incident : l'avocat ne se présente pas").

D'autres avocats se présenteront spontanément devant les juges d'instruction pour leur demander s'il n'y a pas encore d'avocats pour certains dossiers, allant "chercher les dossiers". Dans cette optique, le seul avantage de se rendre au commissariat est qu'il permet d'être "prioritaire" devant le juge d'instruction (si un avocat assiste une personne durant son audition à la police, le juge d'instruction le contactera prioritairement).

Certains avocats utiliseront le système SALDUZ pour "faire le plein" de points BAJ, en enchaînant les consultations téléphoniques et les auditions, sans toutefois suivre effectivement les dossiers.

### §3. Quelques suggestions

Tout d'abord, quelques suggestions afin de rendre le système plus flexible et encourager davantage d'avocats à y participer :

- Dès lors qu'il n'est pas possible d'envisager qu'un avocat se déplacera pour assister à l'audition de chaque suspect privé de liberté, il faut prévoir une concertation confidentielle préalable téléphonique dans tous les cas. Lors de ce contact téléphonique, l'avocat pourra évaluer si les faits et l'état de son client nécessitent sa présence sur place ou non et se déplacera si les faits sont graves ou que la personne est dans un état de vulnérabilité ou s'il ne souhaite pas renoncer au droit à l'assistance[177].

[176] Synthèse du rapport final, p. 13.
[177] Le rapport souligne que *quelques suspects estiment que la concertation préalable avec l'avocat est plus utile que la présence lors de l'audition devant la police* (synthèse du rapport final, p. 8).

Si un tel système est mis en place, il faudrait prévoir la possibilité d'une concertation supplémentaire de quinze minutes par téléphone.

- Les avocats se mettent de permanence via le site SALDUZ.web sans savoir si d'autres avocats sont déjà de permanence. Le site SALDUZ.web devrait pouvoir afficher s'il y a des avocats de permanence et le cas échéant, pour quelle tranche horaire et dans quelles zones de police. Le plus pratique consisterait même à permettre aux avocats de voir les informations en temps réel : en se connectant sur le site, ils pourraient voir si des SALDUZ IV sont en cours et accepter les missions via le site sans passer par la permanence puisque les policiers ont également accès à ce site. Le site web pourrait aussi renseigner le type de faits pour lesquels la personne a été arrêtée et si la personne est mise à disposition du parquet ou non : plusieurs policiers ont en effet émis la suggestion de ce que les avocats ne se déplacent que pour des faits d'une certaine gravité, et en tout cas pas lorsqu'il est prévu que la personne soit relâchée après l'audition. Il faut cependant souligner qu'une concertation téléphonique préalable reste nécessaire dès lors que la qualification des faits ne permet pas toujours d'apprécier leur gravité, et en tout cas pas l'état de vulnérabilité de la personne privée de liberté.

- Si l'avocat n'assiste pas à l'audition, le contrôle du bon déroulement de l'audition devrait être garanti par le recours à l'enregistrement audio-filmé de l'audition[178].

- Les avocats de permanence devraient pouvoir communiquer à la permanence SALDUZ à partir de quand ils sont à nouveau disponibles après une audition. Ils doivent également avoir la possibilité d'accepter ou de refuser de suivre le suspect qu'ils ont assisté devant la police chez le juge d'instruction et ne pas être présumés accepter.

- Les policiers devraient pouvoir permettre à un avocat qui est déjà sur place de pouvoir assister un autre suspect s'il n'y a pas de conflit d'intérêt, sans devoir passer par la permanence SALDUZ. Ceci signifierait un gain de temps pour tous.

- Pour encourager les avocats à se rendre pas seulement devant les juges d'instruction mais également dans les commissariats, il faudrait prévoir que l'avocat qui est de permanence devant les commissariats et qui arrive le lendemain devant le juge d'instruction ait la priorité pour tous les interrogatoires devant le juge d'instruction ce jour-là s'il le souhaite.

- La permanence jeunesse de Bruxelles pourrait prendre en charge l'assistance des mineurs aux commissariats ou permettre aux avocats ayant assisté le mineur au commissariat d'encore l'assister devant le juge de la jeunesse.

- Il convient de repenser tout à fait la rémunération des avocats. Premièrement, des points supplémentaires devraient être octroyés pour les longues auditions devant la police et le temps d'attente devrait également donné lieu à une rémunération, comme c'est d'ailleurs le cas pour les interprètes. En outre, il devrait être présumé que la personne assistée entre dans les conditions de l'aide juridique et le bureau d'aide juridique devrait ensuite exercer un contrôle du respect de ces conditions.

[178] Voy. D. VANDERMEERSCH, « Après l'arrêt Salduz, quelles perspectives de réforme ? », in *De wet voorbij – Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 481 à 485.

Face aux résultats des barreaux néerlandophones, la question qui se posera pour les barreaux francophones sera de se demander s'ils opteront également pour un système où l'assistance en SALDUZ sera obligatoire pour les avocats. Sachant qu'il y a 3.758[179] avocats au Barreau de Bruxelles, il suffirait que chaque avocat réalise une permanence de 4h par an pour garantir une permanence SALDUZ continue, ce qui n'est pas excessif. Pour les plus petits barreaux, les périodes de permanence devraient être plus longues, mais le nombre d'auditions est également moins élevé. Dans tous les cas, il peut être souligné que du côté néerlandophone, le système de permanence porte ses fruits dès lors qu'un avocat a été trouvé pour 90,9% des premières auditions de suspects arrêtés.[180]

Le programme de formation des stagiaires du Barreau de Bruxelles prévoit que dorénavant une permanence SALDUZ vaut une réunion de colonne et que cette faculté de remplacement existe pour un maximum de 4 réunions de colonne sur la durée du stage, ce qui peut encourager les stagiaires à réaliser des permanences SALDUZ.

La question de rendre "obligatoire" pour les avocats la participation au système de SALDUZ reste ouverte. On peut en effet se demander quelle sera la qualité de la prestation d'un avocat qui n'a jamais pratiqué la matière pénale et qui assiste une personne privée de liberté "parce qu'il faut". Une permanence SALDUZ devrait s'organiser entre avocats au sein de la permanence pénale, à l'instar de celle qui existe en droit de la jeunesse et garantit la présence d'un avocat pour tous les mineurs. Une telle initiative a été mise en place par un groupe d'avocats spécialisés du côté néerlandophone, entraînant une professionnalisation et une amélioration de la qualité des services.[181]

## CONCLUSION

Dès sa mise en application, la loi Salduz a immédiatement eu un impact déterminant sur les pratiques des policiers, des magistrats et des avocats.

D'un point de vue jurisprudentiel, les nouvelles dispositions n'ont donné lieu qu'à peu de remous, les cours et tribunaux se ralliant aux options prises par le législateur. Même la censure opérée par la Cour constitutionnelle fut, somme toute, fort limitée. Un point mérite toutefois d'être souligné : se distanciant du législateur, tant la Cour de cassation que la Cour constitutionnelle ont prohibé l'utilisation à titre de preuve d'auditions recueillies en méconnaissance du droit à l'assistance de l'avocat.

Sur le plan pratique, un constat s'impose : si, idéalement, toute personne privée de liberté doit pouvoir bénéficier effectivement du droit à l'assistance d'un avocat lors de ses auditions, les réalités de terrain révèlent que cela reste un vœu pieux, notamment vu la rémunération et les conditions de travail pour les avocats. A nos yeux, la priorité doit être donnée à la concertation téléphonique préalable avec l'avocat et à l'assistance des personnes suspectées pour des faits d'une gravité certaine ou présentant une vulnérabilité particulière. Ensuite, dans l'hypothèse où l'assistance de l'avocat ne peut avoir lieu ou si l'intéressé y renonce, le contrôle du bon déroulement de l'audition devrait être garanti par le recours à l'enregistrement audio-filmé de l'audition.

[179] En date du 24 octobre 2013 et sans compter les avocats néerlandophones et les avocats étrangers.
[180] Synthèse du rapport final, p. 2.
[181] Synthèse du rapport final, p. 19.

L’adoption de la directive européenne est aujourd'hui l'occasion pour le législateur de revoir le système mis en place afin de l'adapter aux nouvelles exigences de celle-ci mais également aux avancées de la jurisprudence. En outre, nous partageons la suggestion avancée par le Service de politique criminelle dans son rapport final que, dans ce nouvel exercice, le législateur ne devrait pas faire l’économie d’une réforme plus fondamentale du Code d'instruction criminelle et du système de l'aide juridique gratuite[182].

[182] Synthèse du rapport final, pp. 20 – 21.