

B.13.3. Comme il a déjà été constaté en B.12.3, le législateur n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées.

Le fait que l'ordonnance de prolongation pourrait être prise au cours d'une procédure de « mini-instruction », visée à l'article 28^{septies} du code d'instruction criminelle, ne modifie pas cette conclusion.

Le second moyen, en ses deuxième et troisième branches, n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour rejette le recours.

Siég. : MM. **M. Bossuyt** (prés.), **R. Henneuse** (prés.), **E. De Groot**, **L. Lavrysen**, **A. Alen** (rapp.), **J.-P. Snappe**, **J.-P. Moerman**, **E. Derycke**, **J. Spreutels**, Mme **T. Merckx-Van Goey**, **P. Nihoul** et **F. Daoût** (rapp.). Greffier : **M. P.-Y. Dutilleux**.

Plaid. : M^e **P. Peeters**.

J.L.M.B. 11/758

Observations

La loi *Salduz* : un premier *nihil obstat* de la Cour constitutionnelle

Quelques jours à peine avant son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2012, la loi du 13 août 2011 « modifiant le code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté » (plus couramment appelée loi *Salduz*, d'après l'arrêt éponyme de la Cour européenne des droits de l'homme qui l'a inspirée)⁴ faisait l'objet d'un premier contrôle de constitutionnalité par les juges de la place Royale.

Leur arrêt – reproduit ci-dessus – conclut à la compatibilité avec la Constitution d'un aspect important de la réforme : celui relatif à la possibilité, dorénavant donnée aux juges d'instruction, de prolonger la durée d'une arrestation judiciaire de vingt-quatre heures supplémentaires (I). C'est toutefois le seul volet de la loi *Salduz* dont les juges constitutionnels ont été saisis à ce jour, et rien ne garantit que d'autres dispositions ne soient pas censurées à l'avenir (II).

I. L'ordonnance de prolongation jugée conforme à la Constitution

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi *Salduz*, tout mandat d'arrêt devait impérativement⁵ être signifié à l'inculpé dans les vingt-quatre heures à compter de sa privation de liberté (ou, lorsque le mandat d'arrêt était décerné à charge d'un inculpé déjà détenu sur le fondement d'un mandat d'amener, à compter de la signification de ce dernier)⁶.

Lorsque les parlementaires décidèrent – contraints et forcés par la Cour européenne – de reconnaître désormais aux suspects privés de liberté le droit de se concerter confidentiellement avec un avocat et d'être assistés par lui durant les interrogatoires subis en garde à vue, il leur apparut que ce délai de vingt-quatre heures deviendrait difficilement tenable, à tout le moins dans un certain nombre de dossiers complexes. Ils

4. CEDH (gde ch.), 27 novembre 2008, *Salduz c./ Turquie*.

5. L'inculpé devant être remis en liberté à défaut de signification dans le délai (article 18, paragraphe premier, alinéa 4, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive).

6. Article 18, paragraphe premier, alinéa premier ancien, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.



décidèrent dès lors d'insérer dans la loi relative à la détention préventive un nouvel article 15*bis* permettant au juge d'instruction de prolonger à l'avenir ce délai pour une durée maximale de vingt-quatre heures supplémentaires, moyennant une ordonnance motivée et signifiée à la personne concernée endéans les premières vingt-quatre heures.

A peine parue au *Moniteur belge*, la loi *Salduz* allait toutefois être immédiatement attaquée sur ce point devant la Cour constitutionnelle par un requérant qui, pour l'essentiel, se plaignait de ce que le juge d'instruction n'ait pas l'obligation d'entendre personnellement le suspect privé de liberté avant de délivrer une éventuelle ordonnance de prolongation. Il y voyait une violation tout à la fois de l'article 12 de la Constitution (combiné avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme) et des principes d'égalité et de non-discrimination. Son recours fut toutefois rejeté sur l'un (a) et l'autre (b) points.

a. Pas de violation de l'article 12 de la Constitution combiné avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme

Dans un premier moyen, le requérant faisait valoir que l'ordonnance de prolongation prise par un juge d'instruction dans les vingt-quatre heures de la privation de liberté, mais sans audition préalable du suspect, violerait l'article 12 de la Constitution (qui dispose que nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, signifiée au moment de l'arrestation ou au plus tard dans les vingt-quatre heures) combiné avec l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme (garantisant à toute personne arrêtée le droit d'être aussitôt traduite devant un juge qui pourra décider du maintien de sa détention ou de sa libération).

Tout son raisonnement était basé sur l'articulation entre ces deux dispositions. Car, en réalité, l'article 12 de la Constitution, s'il requiert l'intervention d'une autorité judiciaire rendant une ordonnance motivée, n'impose pas en tant que tel d'interroger préalablement la personne concernée. Quant à l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est certes interprété par la Cour européenne comme obligeant le juge devant lequel la personne arrêtée est traduite à interroger personnellement celle-ci⁷, mais sans imposer que cela se fasse endéans les vingt-quatre heures de la privation de liberté : l'intervention judiciaire est requise *aussitôt* la personne privée de liberté, ce qui, d'après la jurisprudence de la Cour européenne, traduit certes une exigence de promptitude mais pourrait couvrir une période de deux⁸, trois⁹ ou même quatre jours¹⁰.

Le raisonnement du requérant consistait en quelque sorte à fondre les deux dispositions en une seule qui imposerait d'entendre le suspect privé de liberté (conformément à l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme) endéans les vingt-quatre heures de son arrestation (conformément à l'article 12 de la Constitution belge). Cette analyse fut toutefois jugée fallacieuse par la Cour constitutionnelle, qui fit valoir que « le postulat que l'article 12, alinéa 3, de la Constitution et l'article 5.3 de la Convention européenne des droits de l'homme constituent un ensemble indissociable n'implique pas que, préalablement à l'ordonnance du juge visée dans la *première* disposition citée, la personne arrêtée par le juge doive être entendue, comme l'exige la *dernière* disposition citée »¹¹.

7. Comme rappelé encore récemment par la Cour dans son arrêt de grande chambre *Medvedyev et autres c./ France* du 29 mars 2010, paragraphe 124.

8. CEDH, 29 avril 1999, *Aquilina c./ Malte*, paragraphe 51.

9. CEDH, 15 décembre 2004, *Ikincisoys c./ Turquie*, paragraphe 103.

10. CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan et autres c./ Royaume-Uni*, paragraphe 62.

11. Point B.9.4 de l'arrêt (c'est nous qui soulignons).



b. Pas de violation des principes d'égalité et de non-discrimination

Dans un second moyen, lui-même articulé en trois branches, le requérant faisait valoir que le nouvel article 15*bis* inséré dans la loi relative à la détention préventive violerait à plusieurs égards les principes d'égalité et de non-discrimination. Le suspect visé à l'article 15*bis* et non entendu par le juge d'instruction serait en effet traité de manière inégale, non seulement (première branche) par rapport au ministère public (qui, lorsqu'il sollicite une ordonnance de prolongation a, quant à lui, la possibilité de faire connaître son point de vue au juge d'instruction), mais aussi (deuxième branche) par rapport au suspect visé à l'article 16 de loi relative à la détention préventive (que le juge d'instruction a l'obligation d'entendre avant de pouvoir décerner un mandat d'arrêt). Une dernière violation des principes d'égalité et de non-discrimination était encore tirée (troisième branche) du fait que l'ordonnance de prolongation pourrait être rendue dans le cadre d'une mini-instruction, alors que le suspect visé à l'article 16 de la loi relative à la détention préventive aurait quant à lui toujours la garantie d'une instruction judiciaire approfondie.

Nous ne nous attarderons pas longuement sur ce second moyen qui fut, pour l'essentiel, rejeté par la Cour au motif que les différences de traitement dénoncées ne portaient pas d'atteinte disproportionnée aux droits des personnes concernées.

Seule la troisième branche du moyen mérite de retenir plus longuement l'attention. La question de savoir si une ordonnance de prolongation peut être sollicitée dans le cadre d'une mini-instruction est en effet controversée, et la Cour constitutionnelle semble – au moins implicitement – y avoir répondu par l'affirmative¹² (contre l'avis du Conseil des ministres qui estimait, quant à lui, que l'argument du requérant était en la matière fondé sur une prémisse erronée).

L'on cherchera vainement dans les travaux préparatoires de loi du 13 août 2011 une réponse précise et univoque sur cette question. La volonté initiale du ministre de la Justice était clairement que l'ordonnance de prolongation puisse être sollicitée par le biais d'une mini-instruction. Le ministre allait même plus loin, puisqu'il proposait d'adapter l'article 28*septies* du code d'instruction criminelle de manière à supprimer le droit d'évocation facultatif du juge d'instruction en pareil cas¹³. Cette formule ne fut toutefois pas reprise dans le texte de la proposition de loi finalement déposée par plusieurs sénateurs, sans que l'on ne sache si c'était la possibilité même de demander une ordonnance de prolongation dans le cadre d'une mini-instruction qu'ils souhaitaient abandonner¹⁴, ou uniquement le régime dérogatoire prévu à cet égard (à savoir l'absence de possibilité d'évocation par le juge d'instruction)¹⁵.

Il est en tous cas évident que, s'ils désiraient réellement exclure l'ordonnance de prolongation des actes pouvant être sollicités par le biais d'une mini-instruction, les parlementaires s'y sont fort mal pris : la liste de l'article 28*septies* du code d'instruction criminelle étant une liste négative (seuls y figurent les actes qui ne peuvent *pas* faire l'objet d'une mini-instruction) et exhaustive, il aurait alors fallu la compléter

12. Point B.13.3 de son arrêt.

13. Voy. en ce sens la proposition de modification législative formulée par le ministre et reprise dans le rapport de la commission de la Justice du Sénat sur « Les suites de l'arrêt *Salduz* », *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, n° 5-685/1, spéc. p. 15 et 27.

14. C'est l'option défendue par plusieurs auteurs de doctrine. Voy., en ce sens, P. MONVILLE et O. MICHIELS, " *Salduz* : entre présent et futur... ", in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP 128, Anthémis, 2011, p. 90, et J. DE CODT, " Le délai de vingt-quatre heures et sa prolongation ", *J.T.*, 2011, p. 859.

15. Les développements de la proposition de loi étant particulièrement ambigus à cet égard (voy. *Doc. parl.*, Sénat, n° 5-663/1, spéc. p. 29).

d'une référence à l'article 15*bis* nouveau de la loi relative à la détention préventive¹⁶. C'est sans doute ce qui aura conduit la Cour constitutionnelle à refuser d'exclure l'éventualité qu'une ordonnance de prolongation soit prise au cours d'une procédure de mini-instruction.

Cela étant, il faut reconnaître que l'enjeu de la controverse est assez largement théorique, dans la mesure où le ministère public (qui, seul, pourrait solliciter une mini-instruction) défend lui-même la thèse de l'inapplicabilité de l'article 28*septies* à l'ordonnance de prolongation¹⁷.

II. Une loi toujours en sursis pour le surplus

Publiée au *Moniteur* du 5 septembre 2011, la loi *Salduz* pourrait, conformément à l'article 3, paragraphe premier, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, faire l'objet de nouveaux recours en annulation jusqu'au 5 mars 2012 (sans parler d'éventuelles questions préjudicielles ultérieures). Or, si l'ordonnance de prolongation de la durée de l'arrestation judiciaire a trouvé grâce aux yeux de la Cour constitutionnelle, rien n'interdit de penser qu'il en irait autrement pour d'autres dispositions de la loi. Sans prétendre à l'exhaustivité¹⁸, nous songeons, en particulier, au régime de la sanction prévue en cas d'absence d'accès à l'avocat (a) et au fait que l'assistance de l'avocat a été limitée aux seuls interrogatoires subis en garde à vue (b).

a. Une sanction doublement en deçà des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme

Aux termes du nouvel article 47*bis*, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle, aucune condamnation ne pourra être prononcée contre une personne sur le seul fondement des déclarations qui auraient été recueillies en violation du droit à la consultation et/ou à l'assistance d'un avocat. *A contrario*, les déclarations recueillies d'un suspect qui n'a pas pu s'entretenir avec un avocat et/ou être assisté par lui pourraient donc servir de preuves, à la seule condition qu'elles ne constituent pas le fondement exclusif de la condamnation de l'intéressé mais soient corroborées par d'autres éléments. Il y a là un net recul par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne¹⁹, qui – contrairement à ce que la Cour constitutionnelle paraît laisser entendre au point B.2 de son arrêt²⁰ – condamne clairement toute utilisation à charge de déclarations

16. Dans le même sens, voy. C. VISART DE BOCARMÉ et N. BANNEUX, " La mise en œuvre de la jurisprudence *Salduz* par le ministère public ", in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP 128, Anthémis, 2011, p. 118, et A. LEROY, " L'avocat et la loi *Salduz* ", *J.T.*, 2011, p. 855-856.

17. Dans sa circulaire n° 8/2011 du 23 septembre 2011, le collège des procureurs généraux considère en effet que « l'ordonnance de prolongation du délai de vingt-quatre heures est une procédure *sui generis* qui n'a pas été conçue dans le cadre d'une mini-instruction » (p. 72).

18. Dans son « *vade mecum* à destination des permanents *Salduz* », l'OBFG formule à l'égard de la loi du 13 août 2011 plusieurs autres griefs (dont l'absence d'accès au dossier répressif, contestée au regard d'un arrêt de comité de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 septembre 2011 en cause de *Sapan c./ Turquie*), sur le bienfondé desquels nous n'aurons toutefois pas l'occasion de revenir ici.

19. Dans le même sens, C. VAN DEUREN, " De *Salduz-wet* : enkele bedenkingen ", *Nullum Crimen*, 2011, p. 312, n° 8 ; D. VANDERMEERSCH, " *Salduz*, vers une nouvelle ère ? ", *J.T.*, 2011, p. 861, et P. TERSAGO, " Enkele beschouwingen bij de *Salduz-wet* ", *Juristenkrant*, 21 décembre 2011, p. 13. Le Conseil d'Etat avait, au demeurant, déjà attiré l'attention sur ce point dans son avis du 11 mai 2011 (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1279/2, p. 24). A l'époque, le texte en projet prévoyait que les auditions recueillies sans accès à l'avocat ne pouvaient « être utilisées de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante aux fins d'une condamnation de la personne interrogée ». Suite à l'avis du Conseil d'Etat, la Chambre modifia le texte de l'article 47*bis*, paragraphe 6, de manière à prévoir, plus correctement, que ces déclarations ne pourraient « servir d'élément de preuve aux fins d'une condamnation de la personne interrogée » (voy. en ce sens l'amendement n° 55 de M. TERWINGEN et consorts, *Doc. Parl.*, Chambre, n° 53-1279/4, p. 2), avant que le Sénat n'adopte la version finale et beaucoup plus discutable du texte.

20. Dans la synthèse qu'elle propose de la « jurisprudence *Salduz* » de la Cour européenne, la Cour constitutionnelle affirme en effet qu'une condamnation resterait possible en cas de violation du droit d'accès à l'avocat (suite p. 111)

obtenues d'un accusé privé de l'assistance d'un avocat, et ce indépendamment de leur poids ou impact précis dans la décision de condamnation²¹.

A cela s'ajoute une autre difficulté : l'article 2*bis*, paragraphe 5, nouvellement inséré dans la loi relative à la détention préventive permet, en présence de « raisons impérieuses » appréciées « à la lumière des circonstances particulières de l'espèce » de priver une personne arrêtée judiciairement du droit de consulter un avocat et d'être assistée par lui lors de ses auditions. Il s'agit là d'une possibilité que l'arrêt *Salduz* lui-même avait réservée²² mais, dans la jurisprudence européenne, il était clair qu'en pareil cas également, il ne pourrait être fait aucun usage ultérieur des déclarations ainsi recueillies pour fonder une éventuelle condamnation de l'intéressé²³. Or, en droit belge, la sanction prévue par l'article 47*bis*, paragraphe 6, du code d'instruction criminelle – dont on a déjà vu qu'elle était insuffisante en soi – ne paraît pas trouver à s'appliquer en pareille hypothèse (puisque'il n'est plus question ici d'une méconnaissance du droit d'accès à l'avocat garanti par la loi, mais au contraire de la simple utilisation d'une clause dérogatoire prévue par la loi elle-même).

b. Un droit à l'assistance de l'avocat arbitrairement limité aux seules auditions précédant la délivrance du mandat d'arrêt

Conformément aux nouveaux articles 2*bis*, paragraphe 2, et 16, paragraphe 2, de la loi relative à la détention préventive, l'assistance de l'avocat n'a été garantie que pour les seules auditions qui se déroulent durant le délai de garde à vue (en ce compris celle menée par le juge d'instruction préalablement à l'éventuelle délivrance d'un mandat d'arrêt). Aucune assistance n'est prévue, par contre, pour toutes les auditions qui pourraient suivre en cours de détention préventive. Or, pourtant, tant que l'intéressé est détenu, il paraît évident que les raisons invoquées dans la jurisprudence européenne à l'appui de la nécessaire assistance d'un avocat restent d'actualité : aussi longtemps qu'il est privé de liberté, le suspect présente en effet cette « vulnérabilité particulière » qui justifie qu'il soit assisté d'un avocat, notamment pour garantir le respect effectif de son droit de ne pas s'auto-incriminer.

Dans son avis du 11 mai 2011, le Conseil d'Etat avait déjà soulevé la difficulté, se contentant toutefois d'émettre sur ce point une simple « réserve », « en l'absence d'une jurisprudence non équivoque » de la Cour européenne à cet égard²⁴.

(suite de la note 20, p. 110)

« si elle ne se fonde pas uniquement sur les aveux obtenus en l'absence de l'avocat mais que la culpabilité est démontrée par d'autres éléments ». L'usage de l'adverbe *uniquement* pose, à notre sens, problème en l'espèce, d'autant que dans l'arrêt auquel elle renvoie pour étayer cette affirmation (CEDH, 21 décembre 2010, *Hovanesian c/ Bulgarie*), il était clairement établi que les dépositions litigieuses n'avaient aucunement été utilisées pour fonder la condamnation (comme souligné au paragraphe 37 de l'arrêt).

21. Pour une affirmation expresse en ce sens, voy. CEDH, 28 octobre 2010, *Leonid Lazarenko c/ Ukraine*, dans lequel la Cour s'est exprimée comme suit (paragraphe 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 » (c'est nous qui soulignons).
22. Dans la première phrase du paragraphe 55 de son arrêt du 27 novembre 2008, la Cour affirme ainsi que « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, paragraphe premier, 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* » (c'est nous qui soulignons).
23. La suite du paragraphe 55 précise en effet que « *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 » et qu'il « est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation » (c'est encore nous qui soulignons).

24. *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1279/2, p. 23.



Il nous semble que, dans l'intervalle, cette jurisprudence « non équivoque » a vu le jour : dans un récent arrêt *Stojkovic c./ France et Belgique* du 27 octobre 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet conclu à une violation de l'article 6 de la Convention du fait de l'absence d'assistance d'un avocat lors de l'audition d'un accusé qui s'était pourtant déroulée en dehors de toute garde à vue²⁵.

Comme d'autres l'ont écrit avant nous, tout porte donc à croire qu'on n'en a pas encore fini avec *Salduz*²⁶...

MARIE-AUDE BEERNAERT

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité (CRID&P)

Jurisprudence – Droit du travail

Cour de cassation (2^e chambre)

25 mai 2011

I. Principes généraux du droit – *Non bis in idem*.

II. Chômage – *Non bis in idem* – Cumul des sanctions pénales et administratives – Élément moral.

Observations.

1. Le principe général de droit non bis in idem n'est pas violé lorsque les faits constitutifs des deux infractions ne sont pas, en substance, les mêmes. Il en est ainsi lorsque l'élément moral incriminé diffère d'un délit à l'autre.

2. Le fait sanctionné à l'article 154, alinéa premier, 1^o, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 (ne pas avoir biffé sa carte de pointage avant le début d'une activité professionnelle) n'est pas réductible à celui que réprime l'article 175, alinéa premier, 3^o, du même arrêté (avoir commis, notamment, le même fait avec, en outre, une intention frauduleuse).

La répression de l'intention frauduleuse visée à l'article 175 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 est une prérogative du pouvoir judiciaire dans l'exercice de laquelle une autorité administrative ne saurait s'immiscer.

(Procureur général près la cour d'appel de Bruxelles / M.)

N° P.11.0199.F

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu le 17 novembre 2010 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre correctionnelle, en tant qu'il déclare l'action publique irrecevable pour une des deux préventions mises à charge du défendeur. ...

25. L'affaire concernait un accusé qui, alors qu'il se trouvait détenu pour une autre cause en Belgique, avait été extrait de prison et entendu, sans avocat, dans le cadre d'une commission rogatoire internationale délivrée par un juge d'instruction français.

26. Pour reprendre le titre d'une contribution d'E. BERTHE et S. BERBUTO (" Le point de vue des avocats. On n'en pas fini avec *Salduz* ! ", in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP 128, Anthémis, 2011, p. 121-153).

