

Procédure pénale

Droit d'accès à un avocat : quel élargissement ?

Vivement critiquée par nombre d'États – la France en tête – la proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales, et au droit de communiquer après l'arrestation, soumise depuis le mois de juin dernier aux deux co-législateurs – le Parlement européen et le Conseil –, évoluera sans nul doute de manière importante avant d'être adoptée. Cette proposition, qui étend le droit d'accès à un avocat aux personnes soupçonnées et renforce l'assistance de l'avocat, suscite de nombreuses interrogations, concernant notamment le financement des droits qu'elle édicte et les contraintes qu'elle ferait peser sur le déroulement des enquêtes.



Par Édouard
de LAMAZE
Avocat à la cour

Le principe d'une directive intégrant l'acquis de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs aux droits de la défense doit être accueilli favorablement. Elle s'inscrit au sein d'un paquet législatif, censé traduire et mettre en œuvre les mesures de la feuille de route adoptée par le Conseil de l'UE le 30 novembre 2009 et annexée au programme de Stockholm, en vue de mieux pro-

téger les droits de la défense.

Cette proposition vise, en effet, à garantir l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et, en particulier, de ses articles 4, 6, 7 et 47, en s'appuyant sur les articles 3 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), portant notamment sur l'interdiction de mauvais traitements et le droit d'accès à un avocat, tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg.

La protection des droits de la défense varie de façon encore très importante selon les États membres, qui envisagent de manière différente le moment déclencheur des droits et n'accordent pas le même statut aux éléments de preuve obtenus en l'absence d'un avocat. Quant au droit de la personne détenue d'informer un tiers de sa mise en détention, il n'est pas, en pratique, offert systématiquement. La définition de normes minimales communes applicables dans toute l'Union marquerait donc une avancée incontestable en termes de sécurité juridique et de protection de ces droits au sein de l'espace européen.

Les points de blocage proviennent de la différence d'appréciation dont la proposition de directive fait l'objet : se contente-t-elle de codifier la jurisprudence de la Cour européenne ou va-t-elle plus loin ? Il est difficile de répondre à cette question, étant donné les interprétations divergentes, voire contradictoires, auxquelles celle-ci donne lieu. N'oublions pas que les arrêts de la Cour de Strasbourg sont des arrêts d'espèce. En tant que rapporteur d'un avis

sur la proposition de directive pour le Conseil économique et social européen (CESE) qui sera rendu au Conseil de l'UE en décembre prochain, je me risquerai – sans pour autant en dévoiler la teneur – à quelques analyses sur les points qui font le plus débat.

Quelle effectivité des droits édictés ?

Sans contester le bien-fondé des droits édictés, l'on peut s'inquiéter légitimement des difficultés que posera leur mise en œuvre. Alors que le Conseil, dans sa feuille de route, avait lié le droit d'accès à un avocat à l'aide juridictionnelle (AJ), la Commission a fait le choix de fixer les principes avant d'envisager les moyens financiers pour les mettre en œuvre. La mesure sur l'AJ est ainsi repoussée à 2013. Si l'impact financier ne peut justifier, en soi, le manquement à l'article 6, § 1 de la CEDH, l'effectivité des droits édictés risque néanmoins de s'en trouver affectée.

À partir de quel moment concevoir le droit d'accès à un avocat ?

Est-ce à partir de la privation de liberté ou, plus en amont, dès lors qu'il y a une mise en accusation ? En étendant le droit d'accès à un avocat aux personnes soupçonnées, la proposition de directive reflète la seconde option. Nous serions enclins à penser qu'elle est en cela conforme aux dernières évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne et à l'arrêt *Brusco* ⁽¹⁾, en particulier, qui invitent à reconnaître le droit d'accès à un avocat dès lors qu'il y a un soupçon à l'égard de la personne concernée. Il est possible, à notre avis, de souscrire à une telle approche dans la mesure où la valeur qui doit primer est celle de la loyauté dans la recherche de la vérité. Au titre du droit à ne pas s'auto-incriminer, la personne à l'encontre de laquelle pèse un soupçon ne peut plus être considérée comme un simple témoin et a le droit d'être assistée d'un avocat.

Cependant, n'est-il pas nécessaire de poser certaines restrictions à cette approche ? La notion de soupçon, floue et trop incertaine, paraît en soi peu applicable. Il nous semble que toute la difficulté est de déterminer précisément le moment de l'enquête à partir duquel sont réunies des charges suffisantes à l'encontre de la personne entendue, qui

(1) CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466-07.

doit alors bénéficier des droits garantissant l'équité de la procédure. C'est sur ce point essentiel que le CESE, réuni en plénière en décembre prochain, devra se prononcer.

Quelle conciliation avec les exigences de l'enquête ?

Les services d'enquête doivent garder la maîtrise du temps et du déroulement des investigations. Nul ne saurait le contester. Néanmoins, si certains pays, dont la France⁽²⁾, ont pointé les risques que l'approfondissement du droit d'accès à un avocat ferait peser sur l'enquête, il nous semble, au contraire, possible de concilier les deux exigences, protection des droits et bon déroulement de l'enquête, sous réserve que certaines conditions soient respectées. Afin de prendre en compte les différences de traditions et de systèmes judiciaires, conformément à l'article 82-2 du traité de fonctionnement de l'UE, il pourrait être envisagé de laisser la possibilité aux États membres de préciser les conditions de mise en œuvre des certaines dispositions.

En premier lieu, la proposition de directive met l'accent sur l'effectivité de l'assistance de l'avocat, qui pourra, lors des interrogatoires et auditions, poser des questions, demander des éclaircissements et faire des déclarations (art. 4, § 2). Sur ce point, les modalités d'exercice de ces droits devront, à nos yeux, s'adapter au système judiciaire (accusatoire ou inquisitoire) de chaque État membre.

En deuxième lieu, le droit de l'avocat d'être présent lors de toute mesure d'enquête ou de collecte des preuves qui exige ou autorise expressément la présence de son client (art. 4, § 3) apparaît indispensable au regard de la protection des droits de la défense. Le rythme de l'enquête ne saurait cependant être soumis à la disponibilité de l'avocat. Une exception est prévue à ce droit lorsque « les éléments de preuve à recueillir risquent d'être altérés, déplacés ou détruits du fait du temps écoulé jusqu'à son arrivée ». Est-il nécessaire de conforter cette exception ? Le CESE étudie l'opportunité d'une telle disposition. En outre, la question se pose de savoir si ce droit doit s'appliquer indistinctement à toute mesure d'enquête et de collecte de preuve, mesures techniques et scientifiques comprises. Enfin, concernant les éléments de preuve obtenus sans la présence de l'avocat, il semble que la plupart des États s'accordent pour estimer qu'il pourrait revenir aux juridictions nationales de décider de leur admissibilité éventuelle, dans les hypothèses où il ne pourrait y avoir atteinte à l'équité de la procédure.

En troisième lieu, que la durée et la fréquence des entretiens entre l'avocat et la personne concernée (article 4.5) ne fassent l'objet d'aucune limitation autre que celle de l'« atteinte à l'exercice des droits de la défense » – notion floue et subjective – constitue un autre point de litige. L'appréciation de cette atteinte ne manquera pas d'être source de contentieux entre avocats et services de police. Un plafond limitant la durée des entretiens devrait-il être

prévu ? En toute hypothèse, une telle mesure ne saurait remettre en cause l'effectivité des droits de la défense. Le Conseil de l'UE attend sur ce point encore les recommandations du CESE.

En quatrième lieu, les autres dispositions, bien que devant être revues dans leur rédaction, apparaissent moins problématiques. L'article 5 prévoit, au profit de la personne détenue, le droit de communiquer après l'arrestation avec un tiers de son choix (famille, employeur, etc.) pour l'informer de sa mise en détention. Ce droit, qui garantit la protection contre les mauvais traitements (conformément à l'article 3 de la CEDH), ne participe pas, à proprement parler, de la protection des droits de la défense. S'il faut pouvoir assurer l'information du tiers, est-il nécessaire, pour autant, de prévoir une communication directe avec celui-ci ?

En tout état de cause, il semblerait que les États membres s'orientent vers une modification de l'article 8 consacré aux dérogations afin que « les motifs impérieux » justifiant une telle décision puissent tenir à « la nécessité urgente de prévenir une atteinte au bon déroulement de l'enquête ». Rappelons que la décision doit être prise *in concreto* par une autorité judiciaire et ne saurait être fondée exclusivement sur un critère de gravité de l'infraction.

À cela, il faut ajouter que les États membres, qui redoutent un formalisme excessif des procédures pouvant nuire à l'efficacité de l'enquête, souhaiteraient exclure du champ d'application de la directive les « petits délits ». Si la définition des contours d'une telle exclusion n'est pas chose aisée au niveau national – comment en effet apprécier les « petites » infractions, toujours susceptibles de faire l'objet de requalifications au cours de la procédure pénale ? –, la tâche semble impossible au niveau européen car il n'existe aucune harmonisation en matière de classification des infractions. Dans ces conditions, doit-on envisager de laisser à chaque État membre le soin de circonscrire cette exclusion ? La question est délicate.

La question essentielle à nos yeux du moment déclencheur des droits fera nécessairement l'objet de vives discussions au cours du processus d'adoption de la présente proposition. En l'absence de mesure prise sur l'AJ, la réponse qui y sera apportée influera grandement sur l'effectivité des droits édictés. Le CESE espère orienter également les débats sur un autre aspect tout aussi important : la possibilité, pour les États membres, de déterminer les modalités d'exercice de ces droits. Une telle disposition nous semblerait le meilleur moyen de concilier la protection des droits et les exigences de l'enquête, tout en prenant en compte les spécificités du système judiciaire national.

Enfin, face aux nouveaux droits accordés à la défense, les victimes devront, elles aussi, pouvoir compter sur de nouvelles garanties. Il serait anormal qu'elles ne puissent être assistées d'un avocat lorsqu'elles sont entendues par les services d'enquête, *a fortiori* quand elles sont confrontées avec les personnes mises en cause qui, elles, pourront bénéficier de la présence d'un avocat. ●

(2) Cf. la note de la Belgique, de la France, de l'Irlande, des Pays-Bas et du Royaume-Uni, sur la proposition de directive, Conseil de l'Union européenne, 22 sept. 2011.