



Droit des affaires

Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS

Par Christine LEBEL

Créances non déclarées et droits de la caution

Par Jean-Luc VALLENS

Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 et ses décrets d'application

Par Isabelle RIASSETTO

Ventes liées, ventes avec prime, loteries commerciales : le protectionnisme français à l'épreuve du libéralisme communautaire

Par Thierry TITONE et Matthieu DARY

Forfait-jours : sanction du non-respect par l'employeur des stipulations de la convention collective

Par Florence CANUT

ÉTUDES

Le juge du lieu de livraison

Par Christoph Martin RADTKE

La force du secret professionnel face aux perquisitions chez l'avocat

Par Vincent NIORÉ

DOSSIER SPÉCIAL

Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles

Par Émilie BAILLY, Pierre-Philippe BOUTRON-MARMION, Julien CHEVAL, Emmanuel DAOUD, Marie DESPLANQUES, Catherine GAMBETTE, César GHRENASSIA, Julie FERRARI et l'équipe d'APCO Worldwide Paris : Nicolas BOUVIER, Elvire KORMANN-ESMEL et Anne RUENTZ-LAFOURCADE

Collection
LAMY
DROIT DES
AFFAIRES

LE RISQUE PÉNAL DE L'ENTREPRISE : APPROCHE PRATIQUE DES ÉVOLUTIONS ACTUELLES

INTRODUCTION

*Emmanuel DAUD, Avocat à la Cour,
VIGO Cabinet d'avocats*

LE CHARME DISCRET DE LA GARDE À VUE ; ERREMENTS ET AMBIGÜITÉS DE LA LOI DU 14 AVRIL 2011

*César GHRÉNASSIA, Avocat à la Cour,
VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire
de la Conférence*

INFORMATIONS ET OUTILS PRATIQUES RELATIFS AUX DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

*Julie FERRARI, Avocat associé,
VIGO Cabinet d'avocats*

LA DÉGÉNÉRESCENCE DE L'ARTICLE 121-2 DU CODE PÉNAL

*Emmanuel MERCINIER, Avocat associé,
VIGO Cabinet d'avocats, Ancien secrétaire
de la Conférence*

LES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS : PRINCIPES ET ACTUALITÉS

*Marlo DESPLANQUES, Avocat à la Cour,
VIGO Cabinet d'avocats*

HARCÈLEMENT MORAL ET JUGE PÉNAL : UN JUGE DE PLUS EN PLUS COURTISÉ

*Catherine GAMBETTE, Avocat,
VIGO Cabinet d'avocats*

LES RISQUES LIÉS À LA CORRUPTION

*Pierre-Phillppe BOUTRON-MARMION,
Avocat à la Cour, VIGO Cabinet d'avocats*

L'ENTREPRISE FACE AUX RISQUES INFORMATIQUES : LES RÉPONSES DU DROIT PÉNAL

*Émilie BAILLY, Avocat à la Cour, VIGO Cabinet
d'avocats*

RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ : UN REGRETTABLE STATU QUO

*Julien CHEVAL, Avocat Associé, VIGO Cabinet
d'avocats*

RESPONSABILITÉ PÉNALE EN ENTREPRISE ET DOMMAGE DE RÉPUTATION

*Par l'équipe d'APCO Worldwide Paris, Cabinet
de conseil en affaires publiques et communication
stratégique : Nicolas BOUVIER, Directeur général,
Anne-Elvire KORMANN-ESMEL, Directrice Conseil,
Anne KUENTZ-LAFOURCADE, Consultante*

3679

Par César
 GHÉNASSIA
 Avocat à la Cour
 VIGO Cabinet d'avocats
 Ancien secrétaire de la
 Conférence



Le charme discret de la garde à vue : errements et ambiguïtés de la loi du 14 avril 2011

AVERTISSEMENT : L'article ci-dessous fait référence à la question prioritaire de constitutionnalité relative à la réforme de la garde à vue portée par des avocats et notamment par la Conférence des avocats du Barreau de Paris. À l'heure où nous mettions sous presse, ceux-ci avaient plaidé devant le Conseil constitutionnel mais la décision de la Haute Juridiction était encore attendue.

Sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, la loi du 14 avril 2011 portant réforme de la garde à vue a été adoptée afin notamment d'assurer un contrôle plus strict de cette mesure privative de liberté par l'autorité judiciaire et de renforcer les droits du gardé à vue. L'étude de ce texte fait cependant naître plus de craintes que d'espoirs comme si le législateur avait reculé devant la difficulté de réformer en profondeur une figure emblématique de la procédure pénale française. Née dans la clandestinité et afin d'écarter le suspect de son conseil, la garde à vue pourra-t-elle se conformer aux exigences modernes du procès équitable ?

de la défense est imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ».

3. En réalité, cette décision n'était pas une surprise tant l'évolution de la pratique de la garde à vue en France avait de quoi étonner (Daoud E. et Mercier E., *Garde à vue* : La French touch I, AJ pénal 2009, p. 269). Accroissement spectaculaire du nombre de gardes à vue, banalisation de cette mesure pour des délits mineurs (Rapp. AN n° 3010, 15 déc. 2010 : de 336 718 gardes à vue en 2001 à 792 293 en 2009 dont 174 244 pour des infractions relevant du Code de la route) sans contrôle effectif de leur durée (Le Borgne J.-Y., *La Garde à vue* : un résidu de barbarie, éd. Le Chêne-Midi, 2011), importance croissante de la phase

de la Cour européenne des droits de l'homme, RD pén. crim., mars 2010), que non seulement l'avocat doit être présent dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police mais surtout qu'il doit être en mesure de fournir à ce dernier une « assistance effective » (CEDH, 27 nov. 2008, aff. 35391/02, Sakoz et Tuque : « 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 de circonstances particulières de l'esprit qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit (...) l'impossibilité pour [un suspect] de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a inégalement nu à ses droits de la défense »), entendue comme : « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention » (CEDH, 13 oct. 2009, aff. 7317/03, Dasyanov c/ Turquie, D. 2009, p. 2697, note Renucci J.-F., AJ pénal 2010, p. 27, étude Sassi C., Rev. sc. crim. 2010, p. 231, obs. Roets D.). À trois reprises au moins avant la décision du Conseil constitutionnel, la Cour de Strasbourg avait ainsi sanctionné l'absence de l'avocat en garde à vue (CEDH, 24 sept. 2009, aff. 7025/04, Pishchaniukov c/ Russie ; CEDH, 19 nov. 2009, aff. 17551/02, Kolesnik c/ Ukraine ; CEDH, 2 mars 2010, aff. 54729/00, Adamičewicz c/ Pologne).

1. Sans doute la garde à vue exerce-t-elle sur le législateur français un charme qu'il est difficile de rompre. Et de même qu'à l'origine, il n'en avait pas décidé la naissance, il ne parvient pas à en concevoir sinon le terme tout du moins la transformation dans un sens conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Comment en effet expliquer autrement que par cette référence à ce qui échappe à la raison la séquence au terme de laquelle la loi du 14 avril 2011 a été adoptée ?

2. Aux termes d'une décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel avait donc considéré que le régime de droit commun de la garde à vue n'était pas conforme au bloc de constitutionnalité en ce qu'il « ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits

d'enquête, la proportion d'informations judiciaires, c'est-à-dire d'enquêtes conduites par un juge d'instruction, où les personnes soupçonnées ont accès au dossier et peuvent solliciter des mesures d'instruction, n'ayant cessé de diminuer pour ne représenter désormais que 4 % des poursuites (Daoud E. et Mercier E., *Garde à vue* : faites entrer l'avocat I, in Constitutions, oct.-déc. 2010 : autrement dit, dans 96 % des cas, le suspect se trouve « arrêté, interrogé puis conduit au jugement sans avoir jamais bénéficié de l'assistance d'un avocat, à l'issue d'une enquête totalement secrète, au dossier de laquelle nul n'aura eu accès et ayant échappé au contrôle d'un magistrat indépendant »), réduction enfin des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire.

4. Cette situation devenait intenable au regard également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est en effet acquis en droit européen, et de longue date (CEDH, 8 fév. 1993, aff. 41/1994, John Murray c/ Royaume-Uni. Cf. à ce sujet, Lesclous V., *La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue*, Point de jurisprudence

5. Chargées du contrôle de conventionnalité, plusieurs juridictions répressives firent ainsi application de la jurisprudence européenne et annulèrent soit l'entière procédure (TGI Paris, 12^e ch. 2, 28 janv. 2010 ; TGI Nanterre, 15^e ch. 29 mars 2010 ; TGI Bobigny, JLD, 2 déc. 2009. Cf., à ce sujet, Maron A. et Haas M., *Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue imploré...*, RD pén. 2010, p. 10) soit les procès-verbaux d'interrogatoire (CA Nancy, 19 janv. 2010 ; CA Agen, 15 mars 2010 ; CA Poitiers, 15 juin 2010 ; CA Aix, 1^{er} avr. 2010).

6. La décision du Conseil constitutionnel était donc attendue. Aux termes de celle-ci, le Conseil constitutionnel a toutefois reporté à la date du 1^{er} juillet 2011 l'abrogation des articles 62, 63, 63-1 et 63-4, alinéas 1 à 6, du Code de procédure pénale, laissant ainsi un délai d'une année au législateur pour intervenir. Le Conseil renvoie ainsi le législateur à un paradoxe : née pour faire échec au conseil du suspect par l'avocat dès les premiers temps de l'enquête, la garde à vue ne peut désormais survivre qu'en faisant une place à

celui qu'elle avait chassé. Or, force est de constater que l'intervention du législateur en matière de garde à vue a toujours eu quelque chose de surprenant.

7. La loi du 8 décembre 1897 ayant permis aux inculpés d'être assistés d'un avocat devant le juge d'instruction, on se débarrassa de l'avocat en inventant *ex nihilo* la pratique de la garde à vue (cf., à ce sujet, Saint-Pierre P., *Le Guide de la défense pénale*, Guide Dalloz, oct. 2007). Ce n'est que par une loi du 31 décembre 1957, que la garde à vue reçut une base légale expresse. « *Mieux vaut la reconnaître que de feindre d'en ignorer l'existence* » avançait alors le procureur général Besson (Doc. Conseil de la République, 1955, n° 81, p. 33 cité par Robert J.-H., *Le péché originel de la Saint-Sylvestre 1957*, RD pén. 2010, p. 1). C'est que « *dès 1957, on avait (...) bâti sur du sable et les importantes garanties dont les lois successives ont gratifié le suspect gardé à vue étaient des replâtrages qui n'ont pas pu donner à l'institution les fondements clairs, justes et incontestables qui lui manquent encore aujourd'hui, hormis son utilité* » (Robert J.-H., *Le péché originel de la Saint-Sylvestre 1957*, préc.).

8. C'est donc à cette question des origines que le Conseil constitutionnel a renvoyé le législateur. Et il faut bien voir que ce faisant le Conseil constitutionnel, craignant sans doute d'être accusé, à l'occasion de cette première question prioritaire de constitutionnalité, de vouloir substituer au choix des urnes un « *gouvernement des juges* », a conservé une déférence remarquable à l'égard du Gouvernement. Mais n'y a-t-il pas quelque chose de profondément choquant à considérer ces centaines de milliers de garde à vue pratiquées au mépris des exigences constitutionnelles conserver cependant une valeur procédurale ? Il est certes raisonnable de soutenir que l'abrogation immédiate de ces articles aurait pu entraîner des « *conséquences manifestement excessives* » (Con. const., déc. n° 2010-14/22, 30 juill. 2010 QPC). Seulement il est également difficile pour celui qui a personnellement souffert de cette atteinte d'admettre que celle-ci ne peut être ni sanctionnée ni réparée. Si l'on devait pousser le raisonnement jusqu'à son terme, il faudrait dire alors que le Conseil constitutionnel a dû régulariser *de facto* l'ensemble des procédures antérieures parce que la violation de la norme suprême était trop grave et générale pour en décider autrement (Dreyer E., *La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6 § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011*, D. 2010, p. 2809).

9. La chambre criminelle de la Cour de cassation, inspirée par cette sage

prudence, a ainsi indiqué, par trois arrêts du 19 octobre 2010, que les garanties relatives au droit au silence et à l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue « *ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ; que ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi, devant conformément à la décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011* » (Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.305, Bull. crim., n° 163 ; Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.502, Bull. crim., n° 164 ; Cass. crim., 19 oct. 2010, n° 10-85.051, Bull. crim., n° 165 ; dans le même sens : Cass. crim., nos 10-82.918, 10-83.201 et 10-85.800).

10. Deux commentaires à cet égard. En premier lieu, il importe de rappeler que ces arrêts ont été rendus au visa de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'ils imposent la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue, y compris dans le cadre des régimes dérogatoires des articles 63-4, alinéa 7, 706-73 et 706-88 du Code de procédure pénale, sauf à pouvoir justifier d'une raison impérieuse « *qui ne peut découler de la seule nature de l'infraction* » pour restreindre ces droits, ce qui correspond à la ligne européenne en la matière (CEDH, 4 oct. 2010, aff. 14667/07, *Bussoc c/ France*; CEDH, 23 nov. 2010, aff. 37101/05, *Moulin c/ France*). Or, le Conseil constitutionnel dans l'affaire précitée avait rendu une décision de non-lieu à statuer sur ce point. En second lieu, en privant d'effet la non-conformité de la loi française au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et ce « *conformément à la décision du Conseil Constitutionnel du 30 juillet 2010* », la Cour de cassation a privé sa décision de base légale dès lors qu'il n'existe pas de texte permettant de différer pour l'avenir les effets d'une inconstitutionnalité. Dans ces conditions, les arrêts précités sont nécessairement exposés à une censure de la Cour de Strasbourg (Cindre E., *Une révolution jurisprudentielle trompe l'œil : les décisions de non-conventionnalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense*, Rev. sc. crim. 2010, p. 87 : « *Contrairement à la situation du Conseil constitutionnel, pour qui la Constitution a prévu la possibilité de moduler les effets de ses décisions dans le temps, il n'existe aucune disposition similaire pour la juridiction judiciaire suprême. (...) Or, en l'espèce, la Cour de cassation ne se contente pas d'écarter la rétroactivité de sa solution pour les affaires pendantes, mais reporte à plusieurs mois les effets de l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à la garde à vue, justifiant par avance des milliers de garde à vue en méconnaissance des droits de la défense* » ; Dreyer E., *La Cour de cassation suspend l'application de*

l'article 6 § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011, D. 2010, p. 2809).

11. Une telle situation n'était satisfaisante pour personne. Et quoique la chambre criminelle ait cherché à échapper aux critiques en refusant toute valeur probante aux auditions des prévenus en garde à vue sans prononcer pour autant l'annulation de ces actes (Cass. crim., 4 janv. 2011, n° 10-85.520, D. 2011, p. 242, obs. Lens M., AJ pén. 2011, p. 83, obs. Dana J. ; Cass. crim., 11 mai 2011, n° 10-81.251, AJ pén. 2011, p. 371, Ascensi L.), l'inertie du législateur devenait chaque jour d'autant plus intolérable que l'adoption de sept textes en matière pénale semblait suggérer que ce dernier avait d'autres priorités.

12. Le 14 avril 2011, la loi n° 2011-392 relative à la garde à vue était finalement adoptée. L'entrée en vigueur de la loi était fixée au 1^{er} juin 2011, soit un mois seulement avant la date butoir fixée par le Conseil constitutionnel. S'agissait-il d'un accommodement de trop avec les droits et libertés constitutionnellement garantis ? En s'accordant un mois et demi sous l'ancien régime des gardes à vue, le Gouvernement a-t-il brisé le peu de confiance que la Haute Juridiction avait encore dans ses décisions du 19 octobre 2010 ?

13. Toujours est-il que le jour où la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 était publiée, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation décida que « *les États adhérents à cette Convention [EDH] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* » (Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.019 ; Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-30.313 ; Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-30.316 ; Durras S., JCPG 2011, 483, D. 2011, p. 1080), le communiqué de la Cour de cassation précisant que le « *principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable* » (Communiqué C. cass. sur Cass. ass. plén., 15 avr. 2011).

14. La question de la régularité des gardes à vue antérieures au 15 avril 2011 restait en suspens. Elle fut tranchée par quatre arrêts du 31 mai 2011 de la chambre criminelle de la Cour de cassation, pris au visa de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, aux termes desquels il était rappelé que l'irrégularité d'une garde à vue devait entraîner son annulation ainsi que celle, le cas échéant, des actes dont elle est le support nécessaire (Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-60.034 ; Cass. crim., 31 mai 2011, n° 10-88.293 ; Cass. crim., 31 mai 2011,

n° 10-53.809 ; Cass. crim., 31 mai 2011, n° 11-51.412, AJ pén. 2011, p. 370, Mauro C., JCP G 2011, 26, 27 juin 2011, 755, Pradel J. ; cf., également, Bachelet O., Garde à vue et champ temporel des droits de la défense : la polynésie de la chambre criminelle, Gaz. Pal., 7 juin 2011 n° 153, p. 7).

15. Après avoir demandé aux parquets de veiller, dans l'attente de la promulgation de la réforme à intervenir, à la seule application des « dispositions toujours en vigueur du Code de procédure pénale relatives à la garde à vue » (Circulaire CRIM PJ 09-519111, 4 nov. 2010), la Chancellerie para au plus pressé et décida, le 15 avril dans l'après-midi, l'entrée en vigueur immédiate de la loi du 14 avril, tout du moins en ce qui concerne le droit au silence et l'assistance de l'avocat.

16. En définitive, il est difficile d'imaginer séquence juridique plus insolite que celle-ci : la violation d'une norme constitutionnelle restée sans aucun effet, la violation d'une norme conventionnelle sans effet avant l'adoption de la loi supposée la régulariser, et susceptible de justifier une annulation sans délai le lendemain de sa promulgation (l'article préliminaire du Code de procédure pénale n'indique-t-il pas) : « les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles » ? Au demeurant, la condamnation de la France dans l'arrêt *Brusco* concerne une garde à vue remontant à 1999), et enfin, la mise en œuvre partielle, le 15 avril 2011, sur décision du ministre de la Justice, d'une loi ne pouvant produire aucun effet avant le 1^{er} juin 2011. C'est un fait que les principes de séparation des pouvoirs, de hiérarchie des normes, d'égalité des citoyens, d'autorité et de prévisibilité de la loi n'en sortent pas renforcées (Bachelet O., Garde à vue et champ temporel des droits de la défense : la polynésie de la chambre criminelle, Gaz. Pal., 7 juin 2011, n° 153, p. 7 ; Dreyer F., La Cour de cassation suspend l'application de l'article 65 § 3 de la Convention européenne jusqu'au 1^{er} juillet 2011, D. 2010, p. 2609).

17. Et il y a quelque vertige à considérer qu'il reviendra à des jurés populaires appelés bientôt à siéger dans les tribunaux correctionnels à se former une opinion sur ce point (L. n° 2011-939, 10 août 2011, sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs). Une fois ajouté que le législateur chargé de la mise en conformité du Code de procédure pénale avec la Constitution n'a pas estimé opportun de saisir le Conseil constitutionnel de son projet, on se prend à songer que le charme de la garde à vue sur le Gouvernement, et ce qu'il imagine être l'opinion, doit être encore puissant. La Cour de cassation et le Conseil d'État saisis de questions prioritaires de constitutionnalité, formulées notamment par

la Conférence des avocats du Barreau de Paris, a d'ailleurs constaté le sérieux et la nouveauté de celles-ci et renvoyé au contrôle du Conseil constitutionnel (CE, 23 août 2011, n° 349752, M. E. & autres ; Cass. crim., 6 sept. 2011, n° 11-90.068 ; Cass. crim., 6 sept. 2011, n° 11-90.072 ; Cass. crim., 6 sept. 2011, n° 11-90.073).

18. Enfin, la Commission européenne a rendu public le 8 juin 2011 une proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat et à l'information de la mise en détention qui constitue le troisième volet d'une série de mesures visant à définir des normes européennes communes dans les affaires pénales.

19. C'est donc une réforme née à regret et dans la confusion, tirant son inspiration d'anciennes pratiques plus que du standard du procès équitable, qui a vu le jour et qui est exposée dès sa naissance à être critiquée à un triple point de vue : celui du droit constitutionnel, celui du droit conventionnel et celui du droit communautaire.

20. C'est que la loi du 14 avril 2011 crée plus de difficultés qu'elle n'en règle : destinée à réduire le nombre des gardes à vue, elle ne permet pas un encadrement satisfaisant de celles-ci (I). Ayant vocation à accorder une assistance effective du gardé à vue par un avocat elle ne condescend à organiser l'intervention d'un conseil que dans un cadre trop limité pour être efficace (II).

I.- ENCADREMENT DE LA GARDE À VUE : AMBIGUITÉS LÉGISLATIVES

21. Pour la première fois, la garde à vue fait l'objet d'une définition légale : c'est une « mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs » (C. proc. pén., art. 62-2, al. 1^{er}).

22. Afin de réduire le nombre de ces mesures, d'en finir avec leur banalisation, notamment pour des délits mineurs, et d'en limiter leur durée, la garde à vue est encadrée par les principes de nécessité, de proportionnalité et de subsidiarité (A). Mesure privative de liberté, la garde à vue ne saurait être exercée sans le contrôle de l'autorité judiciaire (idem) qui est, aux termes de l'article 62-3 du Code de procédure pénale - mais cela ne va pas de soi, le procureur de la République (B).

23. Seulement la garde à vue n'est pas qu'une mesure de contrainte ou de sûreté : Interpellation, arrestation, mise à disposition du suspect. Elle est également et surtout un moment privilégié de mise en état du dossier pénal avec l'audition (soit substituée au terme interrogatoire celui d'audition sans que l'avantage d'une telle substitution ne soit évident. S'agit-il d'intégrer le fait que le gardé à vue peut ne faire que de simples déclarations ? Ou bien de manifester le fait qu'en dépit des solutions établies dans la jurisprudence européenne et au mépris des évidences, le gardé à vue n'est pas encore un accusé qu'on voudrait interroger mais un témoin qui souhaiterait s'exprimer) de celui qui est déjà, aux yeux du juge européen, un accusé. Faute d'avoir pensé ensemble ces deux aspects, le nouvel encadrement de la garde à vue ne peut apparaître que comme un compromis ambigu et fragile.

A.- DÉCLENCHEMENT DE LA GARDE À VUE

24. Conditions restrictives. La garde à vue est désormais soumise à des conditions d'une plus grande rigueur limitées de celles qui existent déjà en matière de détention provisoire. Ainsi qu'il a été rappelé, l'article 62-2 du Code de procédure pénale réserve cette mesure à l'hypothèse de suspicion raisonnable « d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement » (de ce point de vue, il est utile de préciser que la qualification des faits et, partant, la peine applicable, incombe par principe à l'autorité judiciaire). Et l'article 62-2, alinéa 2, du Code de procédure pénale précise que la garde à vue « doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se consulte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».

25. Subsidiarité de la garde à vue. On comprend le but d'une telle énumération : introduire au stade de la garde à vue un principe de subsidiarité, qui n'est d'ailleurs que la traduction de l'interdiction des rigueurs non nécessaires de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme. On peut également remarquer la rupture avec l'article 63 du Code de procédure pénale qui autorisait la mesure sans référence à la gravité de l'infraction suspectée et pour les « nécessités de l'enquête ». On

ne peut cependant que s'interroger sur les ambiguïtés d'une telle modification. D'un point de vue pratique, cette liste est à la fois incomplète en ce qu'elle exclut la protection du suspect contre la vindicte populaire, hypocrite en ce qu'elle n'envisage pas l'audition du suspect comme un des objectifs de la mesure (sauf à considérer que l'article 62-2, 1° du Code de procédure pénale ne vise pas que les perquisitions et autres transports), inadapté enfin, à ce stade de l'enquête où il s'agit précisément d'établir des faits dont on ne sait rien ou presque (Rassat M.-L., *À remettre sur le métier - Des insuffisances de la réforme de la garde à vue*, JCP G 2011, 632; Lasserre Capdeville J., *Description succincte de la réforme de la garde à vue*, Gaz. Pal. 2011, n° 187 à 189).

26. La question du contrôle juridictionnel. En réalité, la question est de savoir si cette liste est formelle ou si elle est susceptible d'un contrôle juridictionnel (Pradel J., *Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue - À propos de la loi du 14 avril 2011*, JCP G 2011, 665). Il est en effet envisageable de considérer que ces critères dans leur généralité peuvent être adaptés à n'importe quelle situation et que conformément à la jurisprudence antérieure l'appréciation de l'opportunité d'une garde à vue incombera aux policiers sans être susceptible d'être discutée, ni appréciée par une juridiction intervenant à un stade ultérieur de la procédure (Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, n° 95-50.007, JCP G 2000, II, 10118, concl. Av. gén. O. Guérin; Cass. crim., 4 janv. 2005, n° 01-84.876, JCP G 2005, II, 10176, note Conte Ph.). C'est envisageable mais ce n'est pas certain. Et ainsi que le relève le Professeur Rassat dans son commentaire de la loi : « si une erreur d'appréciation même établie (ce qui sera heureusement fort rare) est de nature à annuler la procédure, il ne peut plus y avoir aucune garantie de régularité des enquêtes de police. Si les erreurs commises ne sont pas sanctionnées, l'énumération légale ne sert à rien » (Rassat M.-L., *préc.*).

27. Débat contradictoire ou formelle de police ? Du reste, et en pratique, si le nouveau texte impose non pas de cocher un formulaire pré-imprimé mais de prendre une motivation précise et circonstanciée, l'éventuel débat ultérieur sur la détention provisoire pourrait s'en trouver modifié. De deux choses l'une : soit les forces de l'ordre font référence à ces critères de manière abstraite ou à l'issue de la mesure de garde à vue et le Ministère public pourra s'avancer fort des nécessités de l'enquête, d'autant plus fort que les éléments de l'enquête demeureront secrets et qu'il ne sera pas possible, comme aujourd'hui, de les discuter dans le détail. Soit une motivation précise rapportant les critères

évoqués aux actes d'enquête projetés sera mentionnée dès le procès-verbal de notification des droits, de telle sorte que le conseil du gardé à vue pourra discuter de l'orientation de l'affaire en temps utile et, relever, le cas échéant et par le biais d'observations, d'éventuelles carences ou parti-pris, ce qui pourrait rétablir sinon un certain équilibre tout du moins contribuer à plus de transparence et d'équité (Chavent-Leclerc A.-S., *La Garde à vue est morte, vive la garde à vue ! À propos de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011*, Procédures 2011, n° 6, étude 7, pt. 12).

28. État de la pratique. Cette dernière interprétation n'est pas celle des officiers de police judiciaire pour qui les motifs de la garde à vue ne doivent apparaître qu'à l'issue de celle-ci : « si le législateur n'a pas jugé utile de communiquer cette information à l'avocat permettant ainsi d'ouvrir un débat pendant le temps de la garde à vue sur sa nécessité et sa poursuite, il n'est pas opportun que les policiers le fassent, d'autant que ce contrôle de la garde à vue a déjà un garde-fou en la personne du procureur » (Murbach M., *Réforme de la garde à vue. Mémento des conduites à tenir pour les enquêteurs*, AJ pén. 2011, p. 360). La question se déplace donc : l'autorité chargée de contrôler la garde à vue peut-elle à la fois soutenir les intérêts de l'accusation, comme le fait le Ministère public, et garantir ceux du suspect ?

B.- CONTRÔLE DE LA GARDE À VUE

29. Attribution du ministère public. Comme dans l'ancien régime de la garde à vue, l'article 62-3 nouveau du Code de procédure pénale confie le contrôle de la garde à vue au Procureur de la République. Ce dernier est donc informé « par tout moyen » (C. proc. pén., art. 63-1, al. 2) des motifs du placement en garde à vue par référence aux critères précités ainsi que de la qualification notifiée. Il est par ailleurs prévu que le Parquet puisse modifier cette qualification initiale qui devra alors faire l'objet d'une nouvelle notification.

30. Prolongation. Afin de restreindre la durée des gardes à vue, les modalités de prolongation ont été modifiées à plusieurs points de vue : d'abord, la prolongation est exclue dans l'hypothèse où l'infraction retenue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à un an ; ensuite, il revient au procureur de la République d'apprécier si la prolongation de la garde à vue constitue l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs mentionnés par la loi et de décider, à défaut, d'une remise en liberté immédiate ; enfin, la présentation préalable de la personne gardée à vue devient la règle

et la prolongation à distance l'exception, étant précisé qu'une décision écrite et motivée est toujours requise (à noter cependant que l'article 63, II du Code de procédure pénale autorise le recours à la vidéo-conférence, ce qui ne saurait être envisagé qu'à titre exceptionnel pour des raisons d'éloignement géographique).

31. Durée. À cet égard, il importe de relever que l'article 63-III du Code de procédure pénale rappelle la solution établie en jurisprudence : en cas de gardes à vue successives pour les mêmes faits, la durée des précédentes périodes s'impute sur la durée totale (Cass. crim., 6 mai 1997, n° 95-50.369 et 97-81.026, Bull. crim., n° 174, Rev. sc. crim. 1997, p. 859, obs. Vanthillac J.-P.). Cependant, la question du point de départ de la garde à vue n'est pas fixée de manière satisfaisante par le nouveau texte qui dispose : « l'heure du début de la mesure est fixée, le cas échéant, à l'heure à laquelle la personne a été appréhendée. » Une telle formulation pose une double difficulté : d'abord, si cette règle est prévue « le cas échéant » c'est que d'autres hypothèses sont envisageables ce qui introduit une incertitude regrettable dans le calcul des délais ; ensuite, la référence à l'appréhension de la personne ne peut être rapportée à aucune notion juridique définie et stable (Rassat M.-L., *préc.*).

32. Statut du ministère public. Indépendamment de ces imprécisions, l'intention du législateur de permettre un renforcement du contrôle des gardes à vue, en tant que mesure de contrainte, transparait à travers ces modifications. Et ce contrôle doit être exercé, obligation constitutionnelle et européenne, par une « autorité judiciaire » ce que rappelle expressément l'article 62-2 du Code de procédure pénale. Or, il est constant que ni la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 10 juill. 2008, aff. 3394/03, Medvedyev c/ France ; et CEDH, 29 mars 2010, 3394/03 ; AJDA 2010, p. 618, D. 2010, p. 1386, obs. Lavie S., note Renucci J.-F., D. 2010, p. 952, entretien P. Spinosi, D. 2010, p. 970, point de vue D. Rebut, D. 2010, p. 1380, note Henillon-Jacquet P. Et CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/6, Moulin c/ France, JCP G 2011, doctr. 94, n° 5, chron. Sudre F., Procédures 2011, comm. 30, note Chavent-Leclerc A.-S., D. 2010, p. 2776, obs. Lavie S.), ni la Cour de cassation (Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, D. 2011, p. 338, note Pradel J., Cah. const. 2011, p. 231, obs. Mastor W., RSC 2011, 142, obs. Giudicelli A. : « C'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante »), ne considèrent le procureur de la République comme une « autorité judiciaire » dès lors que : « le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut

notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public » (CEDH, 10 juill. 2003, aff. 3394/03, *Medyvedev c/ France*; et CEDH, 29 mars 2010, 3381/03; AJDA 2010, p. 648, D. 2010, p. 1386, obs. Lavie S., note Renucci J.-F., D. 2010, p. 952, entretien P. Splonai, D. 2010, p. 970, point de vue D. Rebut, D. 2010, p. 1380, note Hennon-Jacquet P.).

33. Incompatibilité des missions de direction de l'enquête et de contrôle de la privation de liberté. Si le procureur de la République ne peut être considéré comme une « autorité judiciaire » c'est non seulement parce qu'il n'est pas indépendant du pouvoir exécutif mais surtout parce que le ministère public est la « partie poursuivante au procès pénal, adversaire naturel de la personne poursuivie, et qu'il est donc paradoxal d'investir du contrôle de la recherche des preuves une partie intéressée à la cause » (Rassat M.-L., préc.; Mitsopoulos II, Une réforme inachevée - À propos de la loi du 14 avril 2011, JCP G 2011, 512). Concrètement, il y a quelque chose d'incompréhensible pour le suspect à constater que celui qui se présente à lui comme le garant de ses droits dans le temps de la garde à vue a vocation à se présenter, le cas échéant, devant le juge des libertés et de la détention ou le tribunal correctionnel pour requérir contre lui, placement en détention provisoire ou condamnation.

34. Parquetiers et enquêteurs : proximité. Une telle constatation devrait suffire à rompre le charme qui entoure la garde à vue. Il conviendrait également de rappeler que le traitement en « temps réel » des procédures signifie qu'en pratique le procureur de la République devra prendre sa décision sur la seule base des informations disponibles ou développées par l'officier de police judiciaire. De fait, il est matériellement impossible au procureur de la République de vérifier lui-même l'état du dossier. La loi ne change rien sur ce point qui contribue cependant à expliquer les dérives de la garde à vue : s'il est informé d'un placement en garde à vue aucune forme particulière n'est requise. Cette information peut donc rester théorique puisqu'il n'est pas même nécessaire de s'assurer de la réception de la télécopie adressée en pleine nuit, par hypothèse, au Parquet (Cass. crim., 1^{er} avr. 2003, n^o 07-84.542. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé ce fait d'évidence au titre du changement des circonstances de droit et de fait dans sa décision précitée du 30 juillet 2010).

35. Ministère public et défense : imbrication. Surtout, la loi du 14 avril 2011 étend les pouvoirs du procureur de la République, ce dernier étant susceptible

d'exercer ses missions de direction et de contrôle au préjudice des droits de la défense (voir *infra* B).

36. La contradiction est donc flagrante entre les exigences européennes et les faux-semblants nationaux. Il en résulte que la probabilité n'est pas négligeable, non seulement d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme mais également d'annulation des gardes à vue pour défaut de conventionnalité. Il aurait suffi d'adopter la proposition de la Commission des lois de l'Assemblée tendant à remplacer le contrôle du procureur de la République par celui du juge des libertés et de la détention ou, à défaut, du président du tribunal de grande instance ou de son délégué, pour échapper à ce reproche (Muller Y., La réforme de la garde à vue ou la figure bisée de la procédure pénale française, *Droit pén.* 2011, étude 2). Et d'ailleurs, l'intervention du juge des libertés est prévue, à la marge, ce qui signifie que la difficulté n'a pas échappé au législateur. Dans ces conditions, on ne s'explique pas que le Gouvernement ait pris le risque d'une nouvelle crise du régime de la garde à vue sinon par un attrait déraisonnable pour cette vieille pratique.

II. - ENCADREMENT DES DROITS DE LA DÉFENSE DURANT LA GARDE À VUE : ERREMENTS DU LÉGISLATEUR

37. Ce fut une tradition en France que l'avocat plaideur redevint, aux yeux des rédacteurs du Code de procédure pénale, un inconnu s'ilôt quitté l'enceinte du palais. En 1957, la loi le considérait encore comme un intrus au stade de la phase de l'enquête. En 1993, on l'autorisa enfin à pénétrer dans des locaux de garde à vue pour y rencontrer son client, à condition toutefois d'y jouer un rôle d'assistante sociale. La loi du 14 avril 2011 organise enfin sa présence mais le prive des moyens d'accomplir sa mission de conseil, comme si l'on pouvait concevoir qu'il sacrifiât à ses devoirs pour prendre une charge d'huissier (Vlamynck H., Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue, *AJ pén.* 2010, p. 473 ; le rôle de l'avocat est en deçà de ce qu'exige la Cour européenne des droits de l'homme et de ce point de vue, le texte actuel n'est sans doute pas à l'abri d'une éventuelle censure. « L'avocat sera un spectateur passif dont la présence donnera une force importante aux énoncés auxquels il assistera lors des interrogatoires et rendra plus difficile une contestation ultérieure de ceux-ci ». C'est un commissaire principal de police qui écrit ; c'est l'avocat qui souligne).

38. En d'autres termes, si depuis la réforme du 14 avril 2011, une présence plus complète de l'avocat est organisée aux côtés du suspect destinée à permettre

un contrôle de la régularité de certaines opérations (A), celle-ci n'apparaît pas suffisante au vu de « la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil » (CEDH, 13 oct. 2009, aff. 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*, D. 2009, p. 2697, note Renucci J.-F., *AJ pén.* 2010, p. 27, étude Soss C., *Rev. sc. crim.* 2010, p. 231, obs. Roets D., pt. 32 ; B).

A. - PRÉSENCE DE L'AVOCAT

39. Principe. On attendait du législateur qu'il prévienne le passage d'une simple présence de l'avocat à une « assistance effective ». De fait, la loi du 14 avril 2011 conserve également les éléments de l'ancien régime de la garde à vue : l'entretien de trente minutes, renouvelé en cas de prolongation, est maintenu dans les conditions habituelles, l'avocat est informé de la nature et de la date de l'infraction et peut avoir accès au procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue et des droits afférents, le certificat médical et les procès-verbaux d'audition. Il est cependant absent des actes de procédure tels que les transports ou les perquisitions (or, le Conseil constitutionnel a constaté que « l'avocat est un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale » [Cons. const., 20 janv. 1994, n^o 93-334 DC, § 18], de telle sorte qu'on peut considérer qu'il n'a pas entendu restreindre l'intervention aux seuls interrogatoires et confrontations).

40. Auditions et confrontations. Surtout, l'avocat peut désormais assister aux auditions et confrontations de son client (C. proc. pén., art. 63-4-2). Un délai de prévenance est institué : la première audition ne peut ainsi débiter hors la présence de l'avocat avant l'expiration d'un délai de deux heures à compter du moment où il a été avisé. En cas de retard, et si l'audition a déjà débuté, celle-ci peut être interrompue pour permettre l'entretien confidentiel ou se poursuivre en présence de l'avocat (à titre incident, on peut regretter que le droit à un entretien téléphonique avec le conseil de son choix n'ait pas été repris en cas d'impossibilité pour un avocat de se déplacer, pour cause de force majeure. Dans ce sens : Rassat M.-L., préc.).

41. Difficulté pratique : délai de prévenance. En pratique, il est aisé de contourner cette disposition censée assurer la présence de l'avocat aux auditions et confrontations. En effet, il n'est prévu aucun délai de prévenance de l'avocat pour les interrogatoires qui suivent, alors que la garde à vue peut durer 48 heures ou plus. Et la circulaire d'application se contente d'indiquer qu'« il est évidemment souhaitable que l'avocat soit prévenu aussi tôt que possible de ces actes, le cas échéant à l'issue du précédent interrogatoire », puis précise que si l'avocat « ne se présente pas à l'heure indiquée par les

officiers ou agents de police judiciaire, il n'est pas nécessaire de l'attendre » (Cic. DGAC, 15 avr. 2011, NOR JUSDI110651C. Cf. également Murbach M., Réforme de la garde à vue, Mémento des conduites à tenir pour les enquêteurs, AJ pén. 2011, p. 360). Il est donc possible pour l'officier de police judiciaire de procéder à une première audition dite de « chèque » en présence de l'avocat, c'est-à-dire une discussion sans enjeu, où l'affaire n'est pas sérieusement discutée, et d'attendre une heure tardive pour procéder à un véritable interrogatoire (par ailleurs, l'interrogatoire de grande identité à l'occasion duquel la présence de l'avocat n'est pas nécessaire peut être l'occasion d'évoquer l'affaire, de manière informelle, et de faire passer un message au suspect).

42. **Contrainte et soupçon.** Par ailleurs, l'accès à un avocat n'est pas garanti à chaque suspect mais seulement à celui qui est placé en garde à vue, c'est-à-dire maintenu « sous la contrainte à la disposition des enquêteurs » (C. proc. pén., art. 62, al. 2. Cf., à ce sujet, Nilsund C., La réforme de la garde à vue : l'avis d'un procureur de la République, Gaz. Pal., n° 187 à 188 : de l'aveu même des membres du Parquet, « le caractère facultatif du placement en garde à vue est à l'heure actuelle également avoué pour les enquêteurs parce qu'il ne faut pas se tromper de procédure ». Or, ce qui doit commander le droit à l'assistance de l'avocat n'est pas la coercition mais l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que le gardé à vue a commis ou tenté de commettre une infraction. En d'autres termes, « la suspicion à l'encontre d'un individu le rend titulaire de droits dans la procédure pénale. L'exercice de la contrainte à son égard les accroît » (Alix J., Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives, D. 2011, p. 1699). Ainsi, lorsqu'une instruction a été ouverte, le juge ne peut entendre comme simples témoins les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont il est saisi (C. proc. pén., art. 105. S'il veut les entendre, il doit soit les mettre en examen, soit leur conférer le statut de témoin assisté, et dans un cas comme dans l'autre, le suspect aura droit à l'assistance d'un avocat. Cf. également, Mathias E., Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue), RD pén. crim. 2011, n° 4, étude 6).

43. **Assistance du témoin.** La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de déclarer que les garanties relatives à l'assistance effective d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires doivent aussi s'appliquer aux témoins lorsqu'ils sont en réalité suspectés d'avoir participé à une infraction pénale, car la qualification officielle de l'intéressé est sans importance (CEDH, 14 oct. 2010, aff. 13465/07, Brusco c/ France, § 47 ; CEDH, 11 déc. 2008, aff. 4268/04, Panovits c/ Chypre, § 73-76. Cf. également, Müller Y., La réforme de la garde à vue ou la

figure brisée de la procédure pénale française, Dr pén. 2011, n° 2, étude 2). C'est pourquoi la proposition de directive du 8 juin 2011 accorde expressément en son article 10 le droit à l'assistance d'un avocat aux « personnes autres que les personnes soupçonnées ou poursuivies » (article 10 de la proposition de Directive du 8 juin 2011 : « 1. Les États membres veillent à ce que toute personne autre qu'une personne soupçonnée ou poursuivie, qui est entendue par les autorités de police ou d'autres services répressifs dans le cadre d'une procédure pénale, ait accès à un avocat si, au cours d'un interrogatoire ou d'une audition, elle se retrouve soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale ou poursuivie à ce titre. 2. Les États membres veillent à ce que toute déclaration faite par cette personne avant qu'elle n'ait été informée des soupçons ou des poursuites dont elle est l'objet ne puisse être utilisée contre elle »).

44. **Résurgences de l'audition libre.** Pourtant, la loi nouvelle réserve deux hypothèses d'audition sans avocat. La première est celle où il existe des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction mais où l'intéressé n'est pas « tenu sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs » ayant été « informé qu'il peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie » (C. proc. pén., art. 73 : « Lorsque la personne est présentée devant l'officier de police judiciaire, son placement en garde à vue, lorsque les conditions de cette mesure prévues par le présent code sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informé qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Le présent article n'est toutefois pas applicable si la personne a été conduite par la force publique devant l'officier de police judiciaire ». Vlamynck H., Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue, AJ pén. 2010, p. 474 : « La personne est considérée comme s'étant rendue librement dans les locaux du service ou de l'unité de police judiciaire lorsqu'ayant été appréhendée, elle a accepté expressément de suivre l'officier ou l'agent de police judiciaire »). La seconde où le témoin entendu librement, dans le délai de quatre heures, se révélerait alors suspect et serait placé en garde à vue (C. proc. pén., art. 62 : « Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures. S'il apparaît, au cours de l'audition de la personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié dans les conditions prévues à l'article 63 »).

45. **Droit au silence et auto-incrimination.** Qu'advient-il des déclarations auto-incriminantes qui, par hypothèse, auraient pu être livrées à ce moment-là par un suspect dans l'ignorance de ses droits et hors la présence d'un conseil (cites, l'article

préliminaire du Code de procédure pénale dispose qu'en « matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui. » Mais on trouvera aisément un élément extérieur susceptible de corroborer une déclaration suspecte et une partie de la doctrine considère que « les déclarations peuvent être utilisées par la juridiction de jugement quand elles émanent d'une personne convoquée par la police et qui a été entendue sans contrainte et sans avoir été placée en garde à vue et qui fait des aveux. La solution est la même dans le cas des aveux d'une personne placée en garde à vue mais qui n'a pas bénéficié de l'assistance d'un avocat, cette assistance ayant été reportée sur décision du procureur ou d'un juge (...) ou si la personne parle à l'issue du délai de deux heures et si l'avocat n'est pas venu » (Pradel J., Un regard perplexé sur la nouvelle garde à vue - À propos de la loi du 14 avril 2011, JCP G 2011, 665) ? Sur ce point également, le législateur s'expose aux critiques de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci ayant à une infime majorité repoussé l'affirmation de principe exposée dans une opinion dissidente selon laquelle : le seul fait qu'à « une reprise au moins, [durant la phase processuelle antérieure à la saisine d'un tribunal] le requérant a fait une déclaration sans la présence de l'avocat » est « susceptible de compromettre sérieusement l'équité de la procédure pénale tout entière » (CEDH, 19 juill. 2011, aff. 37971/02, Rupa c/ Roumanie, opinion dissidente commune aux juges Gyulumyan, Ziemele et Pooleburg).

46. **Renonciation aux droits garantis par la loi.** Enfin, demeure l'hypothèse, très fréquente en pratique, où le suspect tenu sous la contrainte, c'est-à-dire le gardé à vue, renonce au bénéfice des droits qui lui sont accordés aux termes de la loi du 14 avril 2011 : droit au silence et droit à l'assistance d'un avocat. En l'état du droit, il suffit que le gardé à vue remplisse le formulaire et réponde aux questions pour renoncer à ces droits. Un tel système se trouve en tout état de cause bien en deçà des exigences européennes (CEDH, 27 nov. 2008, aff. 36391/02, Sakdiz c/ Turquie, § 59 ; CEDH, 11 déc. 2008, aff. 4268/04, Panovits c/ Chypre, § 73-76 ; CEDH, 23 févr. 2010, aff. 27503/04, Yoldas C/ Turquie) et bientôt, peut-être, communautaires (article 9 de la proposition de Directive du 8 juin 2011 : « 1. Sans préjudice du droit national qui requiert obligatoirement la présence ou l'assistance d'un avocat, toute renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, visé dans la présente directive, est soumise aux conditions ci-après : a) la personne soupçonnée ou poursuivie a été préalablement conseillée juridiquement ou informée pleinement par tout autre moyen des conséquences de cette renonciation ; b) elle est en mesure de comprendre la teneur de ces conséquences ; et c) la renonciation est formulée de plein gré et sans équivoque. 2. La renonciation et les circonstances dans lesquelles elle a été formulée sont consignées conformément au droit national de l'État membre concerné. 3. Les États membres veillent à ce que toute renonciation puisse être révoquée par la suite à chaque étape de la procédure ») en la matière.

47. **Contrôle du caractère non équivoque de la renonciation.** Qu'il nous soit ainsi permis d'avancer qu'à ce stade de la procédure, c'est à l'avocat qu'il revient d'éclairer le suspect sur l'état du droit, de l'informer sur les avantages et les inconvénients d'un premier choix procédural, silence ou déclaration, qui peut être lourd de conséquences, et de veiller à ce que la personne poursuivie ait une claire conscience des enjeux. À défaut, il apparaît difficile de s'assurer que la renonciation est dépourvue d'équivoque. Un avis donné dans le feu de l'interpellation peut ainsi suffire quand on aurait pu penser qu'une mention manuscrite avant chaque audition serait plus conforme à l'objectif déclaré du législateur.

B.- INTERVENTION DE L'AVOCAT

48. **Rappel de la jurisprudence européenne.** Si la loi du 14 avril 2011 organise la présence de l'avocat en garde à vue, c'est avec une intermittenence qu'on ne peut que regretter et qui ne lui permet pas d'exercer « la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil », c'est-à-dire : « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention » (CEDH, 13 oct. 2009, aff. 7377/03, *Duyanan c/ Turquie*, D. 2009, p. 2897, note Renucci J.-F., AJ pénal 2010, p. 27, étude Szaszi C., Rev. sc. crim. 2010, p. 231, obs. Roets D.).

49. **Droit à la dignité.** L'avocat n'a-t-il pas vocation à intervenir afin d'apprécier que la garde à vue s'exerce « dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne » pour reprendre les termes de l'article 63-5 nouveau du Code de procédure pénale ? Or, en l'état, l'accès aux locaux où la personne est effectivement détenue ne lui est pas permis (Enderlein S., Les Recommandations de la CNDS concernant la garde à vue, AJ pén. 2010, p. 473).

50. **Accès au dossier.** Pour mémoire, l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale ne prévoit l'accès pour l'avocat qu'à trois pièces du dossier : le certificat médical, les procès-verbaux d'interrogatoire de la personne et les procès-verbaux de placement en garde à vue et des droits y étant attachés, qui permettent simplement de s'assurer de la notification des droits au moment du placement en garde à vue et qui risquent de ne comporter aucune des indications utiles à la défense et nécessaires au contrôle des magistrats du siège (voir *supra* pt. 28).

51. **Accès au dossier et conseil.** En d'autres termes, le dossier de l'accusation

demeure secret, la pertinence des soupçons, acquise par principe, la crédibilité des charges, invérifiable à ce stade. Bien plus, compte tenu des règles organisant le déroulement des auditions, rien n'interdit aux officiers ou agents de police judiciaire de citer des pièces sans les communiquer pour contrôle au conseil du gardé à vue. Dans ces conditions, le conseil du suspect est impossible.

52. **Accès au dossier : aspect pratique.** À cet égard, les objections à l'accès au dossier de l'avocat apparaissent disproportionnées en droit et inexactes en fait. En premier lieu, il est souvent inexact de soutenir que l'accès au dossier serait impossible par ce qu'il n'y aurait pas de dossier ou que ce dernier serait en cours de constitution. En effet, la garde à vue peut intervenir dans le cadre d'une commission rogatoire ou d'une enquête préliminaire, et pour ce qui concerne les enquêtes de flagrance ou les derniers retours d'enquête, le traitement informatisé des procédures permettrait à l'avocat d'être tenu au courant de l'évolution de la procédure aussi sûrement et promptement

La conduite des auditions et confrontations par l'officier de police judiciaire et le rôle assigné à l'avocat à cette occasion trahissent la faible estime du législateur pour la profession.

ment que le Ministère public a vocation à l'être. En second lieu, l'argument tiré des nécessités de l'enquête et de la nécessaire protection des plaignants ou témoins ne saurait justifier qu'on renverse le principe posé par les arrêts *Salduz* et suivants. Ne serait-il pas envisageable de donner connaissance à la défense des pièces du dossier sans faire mention des éléments d'identification des personnes qui ont déposé (lecture, mentions rayées, voire pièce refusée avec motivation du refus) ? La présence de quelques pièces, par hypothèses sensibles, devrait-elle donc contaminer l'ensemble du dossier ? Et si la réponse est, comme nous le croyons, négative ne faut-il pas considérer que l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale pose de facto une interdiction d'accès au dossier trop générale et imprécise pour ne pas constituer une

atteinte disproportionnée aux droits de la défense ? (cf., notamment, CEDH, 17 févr. 2010, aff. 66820/01, *Sripsita c/ Lettonie* n° 137. La Cour reconnaît la nécessité d'une conduite efficace des enquêtes pénales, ce qui peut impliquer qu'une partie des informations recueillies durant ces investigations doivent être gardées secrètes afin d'empêcher les accusés d'altérer des preuves et de nuire à la bonne administration de la justice. Toutefois, ce but légitime ne saurait être poursuivi au prix de restrictions importantes apportées aux droits de la défense. En conséquence, des informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention d'une personne doivent toujours être mises à disposition de son avocat d'une manière adaptée à la situation » ; CEDH, *Lietzow*, arrêt préc., § 47 ; CEDH, 13 févr. 2001, aff. 23541/91, *García Alva c/ Allemagne*, § 42 ; et surtout, CEDH, 30 mars 1989, aff. A. 151, *Lamy c/ Belgique*, où la Cour déduit du principe de l'égalité des armes la nécessité de communiquer le dossier même lorsque celui-ci est en cours de constitution (arrêt rendu toutefois en matière de détention provisoire après mandat d'arrêt)).

53. **Conduite des auditions et confrontations.** En réalité, la loi étend dans une large mesure le soupçon porté sur la personne du gardé à vue à la personne de son conseil. La conduite des auditions et confrontations par l'officier de police judiciaire et le rôle assigné à l'avocat à cette occasion trahissent la faible estime du législateur pour la profession.

54. **Pouvoirs de l'OPJ ou de l'APJ.** Tout d'abord, l'officier ou agent de police peut « s'opposer à des questions si celles-ci semblent de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête » (C. proc. pén., art. 63-4). Par ailleurs, la loi indique que « l'officier ou l'agent de police judiciaire peut à tout moment, en cas de difficulté, mettre un terme à l'acte en cours et en aviser immédiatement le procureur de la République qui informe, s'il y a lieu, le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat » (C. proc. pén., art. 63-4-3, § 1).

55. **Droits de la défense et égalité des armes.** Or, le Conseil constitutionnel avait déjà censuré semblable pouvoir de révocation qu'une loi de 1981 avait entendu conférer aux présidents d'audience à titre de mesure de police, constatant que dans ces hypothèses où il n'est pas même possible de reprocher à un avocat un manquement à ses devoirs, l'atteinte portée aux droits de la défense n'est pas conforme à la Constitution (Cons. const., Sécurité et Liberté, 20 janv. 1991, n° 80-127 DC : si cette mesure « avait le caractère d'une simple mesure de police (...) et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, il ne demeure pas moins que cette mesure, qui pourrait intervenir alors que l'avocat n'a manqué à aucune des obligations que lui impose son serment et alors qu'il a donc rempli son rôle de défenseur, serait contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois

de la République»). Cette atteinte aux droits de la défense se double d'une rupture manifeste de l'égalité des armes d'autant plus grave qu'elle peut être le fait non seulement d'un officier mais également d'un agent de police judiciaire. Un tel déséquilibre ne peut que ruiner la confiance qu'un accusé est légitimement en droit d'espérer d'un conseil.

56. Dispositions dérogatoires en matière de terrorisme. Force est donc de constater qu'avec la loi du 14 avril 2011, le législateur s'immisce ou plus précisément autorise l'immixtion du ministère public dans l'organisation de la profession d'avocat. En effet, indépendamment du report de l'intervention de l'avocat, de l'exclusion de celui-ci, du refus d'accès aux quelques éléments du dossier prévus par l'article 63-A-4 du Code de procédure pénale, le nouvel article 706-88-2 du Code de procédure pénale, prévoit pour les infractions de terrorisme que le « Juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République à la demande de l'officier de police judiciaire, ou le juge d'instruction lorsque la garde à vue intervient au cours d'une instruction, peut décider que la personne sera assistée par un avocat désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités, établie par le bureau du Conseil national des barreaux sur propositions des conseils de l'ordre de chaque barreau » (cette modification, inspirée du modèle espagnol, en ce qu'elle vise à exclure certains avocats en considération des opinions qu'on leur prête à tort apparaît incompatible avec le principe d'unité du barreau).

57. Atteinte au libre choix de l'avocat. Il ne s'agit plus seulement d'une restriction au libre choix de son conseil (protégé par de nombreux textes internationaux : Conv. EDH, art. 6, § 3 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, § 3 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47) mais de la constitution d'une liste d'avocats d'État dont il faut espérer qu'aucun conseil ne voudra jamais faire partie. De fait, le Conseil national des Barreaux, chargé de tenir cette liste, a indiqué au terme de son rapport à l'Assemblée générale des 8 et 9 juillet 2011 s'être « expressément opposé à ce dispositif » (Rapp. Mikowski A., Président de la Commission Libertés et Droits de l'Homme du CNB, Première définition du rôle de l'avocat pendant la garde à vue. Espérons à la lecture de ce rapport que de telles listes ne voient jamais le jour). Enfin, cette disposition qui concerne une hypothèse où l'accès au dossier peut être interdit et le report de l'intervention de l'avocat différé jusqu'à 72 heures (C. proc. pén., art. 706-88) manifeste à l'évidence une méfiance à l'égard de

la profession et une méconnaissance de ses règles et principes déontologiques élémentaires (Chauvière-Bouinzel C., La réforme de la garde à vue : l'avis d'un avocat, Gaz. Pal. 6-7 juill. 2011, n° 187/188, p. 17)

58. En définitive, tout se passe comme si le législateur avait multiplié les facteurs de fragilité de la nouvelle garde à vue, comme si la rencontre de cette mesure née dans la clandestinité et des droits de la défense était, à ses yeux, impossible – certains diront prématurée tant le spectre d'une réforme de la procédure pénale d'ensemble emportant la suppression du juge d'instruction avait pu peser sur les débats législatifs. Éviter la répétition d'une séquence comparable à celle initiée par la décision du Conseil constitutionnel le 30 juillet 2011, assurer la sécurité juridique du régime de la garde à vue, en encourageant dès le stade de l'enquête la contradiction, aurait été une préoccupation suffisante et un souci louable.

59. N'ayant pas songé à soumettre la loi du 14 avril 2011 au Conseil constitutionnel, la majorité politique a mauvais jeu de se plaindre de ce que la préservation des nécessités de l'enquête serait menacée. Les questions prioritaires de constitutionnalité ont ainsi été transmises au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État le 23 août 2011 et par la Cour de cassation le 6 septembre 2011 (CE, 23 août 2011, n° 349752, M. E. & autres ; Cass. crim., 6 sept. 2011, n° 11-90.058 ; Cass. crim., 6 sept. 2011, n° 11-90.072 ; Cass. crim., 6 sept. 2011, n° 11-90.073). Le Gouvernement a, d'une certaine manière, entretenu l'insécurité juridique en la matière. Il ne saurait s'en plaindre.

60. Il est vain de s'alarmer d'une baisse du taux d'éclaircissement des affaires en se plaignant de la présence des avocats en garde à vue (Le Figaro, 24 juill. 2011, l'Intérieur s'alarme de la baisse des gardes à vue ; L'Express, 24 août 2011, entretien avec C. Guéant) : si dans le mince espace qui leur est concédé, ceux-ci parviennent à éclairer un accusé pour que celui-ci ne cède pas au vertige d'un aveu qui est plus souvent le signe de l'épuisement que la manifestation de la vérité, personne ne peut s'en plaindre. C'est que l'opposition entre les nécessités de l'enquête et les droits de la défense est en réalité trompeuse (Portelli S., La démocratie ne nuit pas à l'efficacité de la police, 29 juill. 2011, in Chroniques de l'humanité ordinaire) : une affaire n'est élucidée qu'à l'issue d'un procès équitable où chaque pièce a été soumise à la contradiction, où chaque déclaration

a été faite sinon librement du moins en responsabilité. Une décision de justice qui échappe à cette rigueur-là a plus de cruauté que d'autorité.

61. Le discours du 7 janvier 2009 du président de la République à l'audience solennelle de la Cour de cassation s'inscrit dans ce cadre d'une rationalisation de l'enquête et d'un développement de la procédure dans un sens plus conforme aux standards européens : substitution d'une culture de la preuve au culte de l'aveu, prise en compte d'un réel débat contradictoire dès l'origine du procès, et rappel de ce que l'avocat en tant qu'auxiliaire de justice est astreint à une « déontologie forte » (audience solennelle de début d'année de la Cour de cassation, Discours de M. le Président de la République française : « Je pense en effet qu'il est possible d'aboutir à un consensus sur une nouvelle procédure pénale, plus soucieuse des libertés, plus adaptée aux évolutions de la police technique et scientifique. À l'heure de l'ADN, la procédure pénale ne peut plus avoir pour socle le culte de l'aveu. Elle doit avoir le culte de la preuve. (...) Nous ne pouvons faire comme si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'existait pas. (...) C'est la prise en compte d'un réel débat contradictoire dès l'origine du procès qui nous donnera les voies et moyens d'un véritable habeas corpus à la française que j'appelle pleinement de mes vœux. (...) Qu'il me soit permis de dire un mot des avocats. Parce qu'ils sont auxiliaires de justice et qu'ils ont une déontologie forte, il ne faut pas craindre leur présence dès les premiers moments de la procédure. Il ne faut pas parce qu'elle est, bien sûr, une garantie pour leurs clients mais elle est aussi une garantie pour les enquêteurs qui ont tout à gagner d'un processus consacré par le principe contradictoire ». La France participant par ailleurs à l'élaboration d'une directive tendant vers cet objectif, il serait temps que le ministère de l'Intérieur cesse de se comporter comme un Empire dans une République.

62. Quand autant d'autorités, constitutionnelles ou européennes, judiciaires ou politiques, s'accordent autour d'un même constat et convergent vers un même standard, celui du procès équitable garantissant l'exercice effectif du droit d'accès à un avocat à toute personne soupçonnée ou poursuivie, il y aurait quelque chose de surréaliste à ce qu'une véritable réforme n'intervienne pas.

63. Et puisqu'il n'y a que dans le film de Bunuel que les exiravagances du rêve, des représentations déformées, d'anciennes coutumes soutenues par des propos hypocrites empêchent les uns et les autres de se rencontrer, il y a lieu d'espérer que même le gouvernement français finira par se déprendre du charme discret de la garde à vue. ♦