

Note à l'attention du Conseil de l'Ordre (OAV)

I. Généralités

La présente note intervient ensuite de l'interpellation de Me Philippe Boss à propos des arrêts 1B_601/2021, 1B_602/2021, 1B_603/2021 du 6 septembre 2022 de la Ire Cour de droit public.

L'objectif n'est pas de procéder à une analyse complète de la question juridique. Cette analyse constitue plutôt un point de situation précis sur la limitation des échanges entre un avocat et son client en procédure pénale. Le lecteur sera ainsi renseigné sur les arrêts précités en regard des principes posés jusqu'ici, étant rappelé que leur portée doit être relativisée dans la mesure où ils ne sont pas destinés à publication.

Au surplus, il faut mentionner un article relativement récent de la Prof. Maria LUDWICZAK GLASSEY, lequel constitue une analyse fouillée sur le sujet¹.

II. État de la jurisprudence

Il y a lieu de distinguer la communication de l'avocat avec son client et la remise par le premier d'éléments du dossier au second.

La direction de la procédure ne peut pas interdire au défenseur de communiquer à son mandant prévenu le contenu de documents versés au dossier pénal, dès lors qu'une telle mesure serait de nature à empêcher l'exercice du mandat de défenseur d'une manière conforme aux règles de la profession d'avocat. En particulier, l'obligation de garder le silence, ordonnée en vertu de l'art. 73 al. 2 CPP, ne saurait concerner les communications internes entre le conseil juridique et son mandant, qu'il soit prévenu, partie plaignante ou autre participant à la procédure, mais vise à empêcher les communications externes de faits secrets à des personnes étrangères à la procédure pénale².

De manière générale, en vertu de l'art. 108 al. 2 CPP, il n'est licite de frapper de restrictions les conseils juridiques des parties qu'en raison de motifs tenant à leur comportement. Il n'est cependant pas exclu que le conseil juridique puisse avoir accès à certains documents alors même que son client n'est pas autorisé à en prendre directement connaissance³ et s'abstenir de tout procédé allant au-delà de ce qu'exige la défense de son client ; l'avocat bénéficie d'ailleurs d'une présomption qui permet notamment de recevoir en mains propres et sous sa propre responsabilité les éléments du dossier, indépendamment des doutes qui pourraient exister à l'égard de son client⁴.

En particulier, un enregistrement vidéo de la déposition d'une victime peut lui être transmis, avec interdiction de le laisser à la seule disposition de son mandant - notamment en cas de visionnement -, ainsi que d'en effectuer des copies et à sa charge de prendre toutes les précautions afin d'empêcher

¹ Maria LUDWICZAK GLASSEY, L'accès au dossier pénal suisse par la partie plaignante (quasi-)Etat étranger, Jusletter 15 juin 2020.

² ATF 146 IV 218.

³ ATF 146 IV 218 consid. 3.1.3 p. 222; Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale [FF 2006 1057 1143]). Ce statut privilégié repose sur la considération qu'en tant qu'auxiliaire de la justice, l'avocat doit exercer son mandat avec diligence et en toute indépendance (cf. art. 12 let. a et b de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats [LLCA; RS 935.61].

⁴ ATF 146 IV 218 consid. 3.1.3 p. 222 s.

que le contenu ne soit repris ou divulgué de quelque manière que ce soit⁵. En revanche, interdire à un avocat de communiquer à son mandant le contenu d'un élément figurant au dossier pénal est de nature à empêcher une défense efficace des intérêts du mandant⁶.

Lorsqu'il existe un risque de transmission intempestive à l'État étranger en violation des règles de l'entraide internationale, « *il appartient à la direction de la procédure de trouver des solutions praticables en tenant compte de l'ensemble des circonstances, notamment les risques effectifs de transmission prématurée, les liens de la partie plaignante avec l'étranger, son attitude procédurale et la confiance que l'on peut avoir dans le respect des conditions posées* »⁷. En phase d'instruction, cette compétence appartient au ministère public (art. 61 let. a CPP).

Le Tribunal fédéral (TF) a déjà eu l'occasion de se pencher sur les solutions susceptibles d'être trouvées.

Dans le premier volet de l'affaire Abacha⁸, le TF a proposé trois solutions pour limiter le droit de la partie plaignante à consulter le dossier et éviter ainsi une transmission intempestive, à savoir :

- suspendre la consultation du dossier jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture de la procédure d'entraide, en rendant éventuellement des décisions de clôture partielles, en fonction de l'avancement des investigations;
- interdire au Nigéria l'usage des documents et informations divulgués, jusqu'à l'entrée en force de la décision de clôture;
- examiner à chaque fois quelles pièces peuvent être remises sans dommage pour la procédure d'entraide.

Par la suite, dans le second volet de l'affaire Abacha, le TF a précisé que ces solutions n'étaient qu'exemplatives, l'autorité étant « *libre d'agir comme elle l'entendait, pourvu que le but assigné à son action fût atteint* »⁹. Sur cette base, diverses solutions, plus ou moins créatives, ont été envisagées et pour certaines, adoptées.

En 2013, dans l'affaire concernant la Russie¹⁰ puis dans celle relative au Bahreïn¹¹, toutes deux impliquant des quasi-États, le Tribunal pénal fédéral (TPF) a proposé une solution consistant à accorder l'accès au dossier aux seuls avocats du quasi-État, sans qu'ils ne puissent communiquer les documents obtenus à leurs mandants. Ceux-ci s'étaient engagés « *par écrit, personnellement, formellement et sans réserve, à ne pas transmettre ni rendre accessible à leur mandant ou à des tiers, quelque document que ce soit issu de la procédure pénale, et ce jusqu'à décision de clôture et d'exécution complète et définitive de la*

5 Arrêt 1B_445/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3; Viktor LIEBER, in DONATSCH/LIEBER/SUMMERS/WOHLERS [édit.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, vol. I, 3e éd. 2020, n° 11 ad art. 108 CPP; Yasmina BENDANI, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse 2e éd. 2019, n° 12a ad art. 108 CPP; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, 2009, n° 3291 p. 1289 s.

6 ATF 146 IV 218 consid. 3.2.2 p. 223 s.; 139 IV 294 consid. 4.5 p. 301.

7 Arrêt du TF 1C_368/2014 du 7 octobre 2014 consid. 2.1.

8 ATF 127 II 198 consid. 4c.

9 Arrêt du TF 1A.157/2001 du 7 décembre 2001 consid. 3.

10 TPF BB.2012.107 du 15 mai 2013 consid. 4.3.2.

11 TPF BB.2012.194 du 2 juillet 2013 consid. 3.2.1.b et 3.

procédure d'entraide ». Cet engagement était complété par une commination au sens de l'art. 73 al. 2 CPP *cum* 292 CP¹².

Le TF n'a pas suivi le TPF, expliquant que les avocats sont « *tenus par leur devoir de fidélité qui comprend une obligation d'information, de conseil et de représentation inhérente au mandat d'avocat* ». Par ailleurs, il a précisé qu'il n'était pas possible pour les mandataires de « *défendre efficacement les intérêts* » de leurs mandants sans « *communiquer, d'une manière ou d'une autre, des données que le dossier pénal peut contenir à ce sujet. On ne saurait d'ailleurs écarter le risque que les mandataires commettent involontairement des indiscretions sur ce point* »¹³. La première solution de la jurisprudence Abacha a ainsi dû être retenue, à savoir la suspension de la consultation tant que des décisions de clôture, à tout le moins partielles, ne seraient pas rendues selon l'avancement de la procédure d'entraide, en parallèle à la sélection, par le MPC, des pièces au dossier qui pouvaient être transmises¹⁴.

Cela étant, la compréhension est autre du côté de la Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise. En effet, en mars 2020, dans l'affaire kazakhe que le ministère public voulait classer, elle a décidé que les avocats de la partie plaignante – à l'exclusion de leur cliente – pourront prendre connaissance des « *actes de procédure proprement dits du Ministère public et des parties – ce qui comprend les ordonnances (y compris les recherches bancaires), les procès-verbaux d'audition (qu'ils aient été transmis ou non en exécution simplifiée de l'entraide, au sens de l'art. 80c EIMP), la correspondance échangée par les parties avec le Ministère public* »¹⁵. Toutefois, ont été exclues les pièces qui étaient destinées à être transmises au Kazakhstan en réponse à sa demande d'entraide. Il semble que cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au TF.

A ce stade, on constate qu'un possible hiatus existe entre les principes posés par le TF et leur application dans un cas d'espèce. Sur le plan cantonal, il peut arriver que le silence soit imposé à l'avocat. Cette contradiction tient très probablement à l'absence de recours contre une telle limitation.

III. Les arrêts analysés

Au terme d'une pesée des intérêts en présence, le TF a admis une restriction des échanges entre les avocats et leur cliente, à savoir une société détenue par le Venezuela, selon les modalités suivantes :

- transmission de l'intégralité du dossier pénal à ses avocats, y compris sous une forme électronique, lesquels peuvent le consulter sans restriction, ainsi qu'informer leur cliente quant à son contenu;
- consultation par la cliente uniquement en présence de ses avocats, avec interdiction pour celle-ci de prélever des copies ou des extraits du dossier, de quelque manière que ce soit;
- dans le cadre des consultations telles qu'autorisées ci-dessus, interdiction est faite aux avocats, sous peine notamment de l'amende au sens de l'art. 292 CP, de transmettre à leur cliente ou à un tiers quelconque une copie des pièces de ce dossier sous quelque forme que ce soit (photocopies, photographies, documents scannés, pièces jointes, etc.).

IV. Conclusion

12 ATF 139 IV 294 consid. 4.4.

13 ATF 139 IV 294 consid. 4.5.

14 ATF 139 IV 294 consid. 4.6.

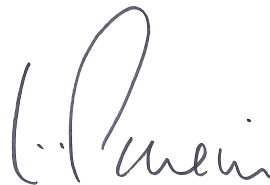
15 Arrêt de la CJ GE ACPR/190/2020 du 11 mars 2020 consid. 6.4.

Jusqu'ici, le TF a toujours invalidé une restriction du droit d'être entendu équivalant à une interdiction de communication par l'avocat à son client à propos du contenu du dossier. Cas échéant, il y a matière à la quereller possiblement jusque devant notre Haute Cour dès lors qu'il existe un préjudice irréparable. Il paraît important de le rappeler aux avocats.

En revanche, le TF admet la restriction de l'étendue de ce que l'avocat peut remettre comme pièce à son client sur la base de l'art. 108 al. 1 CPP qui constitue le fondement d'une limitation du droit d'être entendu de celui-ci. Il a déjà eu l'occasion de le faire par le passé dans différentes situations, que ce soit à raison d'un intérêt public ou d'un intérêt privé prépondérant. Les arrêts topiques s'inscrivent dans cette ligne dans la mesure où les avocats ne sont pas tenus au silence, mais limités dans leur pouvoir de remettre à leur client certaines pièces. Au surplus, il convient de relever que la restriction n'a ici pas d'effet rétroactif, la société pouvant conserver les pièces déjà transmises sans compromettre l'avocat.

Cela étant, il y a lieu de relever la nouveauté s'agissant de l'intensité de la restriction de communiquer. En effet, celle-ci est assortie de la menace de la peine d'amende de l'art. 292 CP. A cet égard, on peut à tout le moins s'interroger sur la légalité de cette prérogative¹⁶ puisque l'art. 108 CPP ne la mentionne pas, contrairement aux art. 73 et 165 CPP, ce que le TF ne discute à regret pas. Par ailleurs, la mesure peut paraître disproportionnée puisque l'avocat, qui ne respecte pas ses engagements, s'expose déjà à des conséquences civiles et/ou disciplinaires. En tout état de cause, l'avocat doit alors se montrer très attentif. Selon la configuration du dossier, ce risque apparaît particulièrement concret. En l'espèce, tel est le cas puisque le dossier d'instruction fait une centaine de classeurs fédéraux et que plusieurs avocats d'études différentes interviennent.

Pour la Commission de droit pénal et de procédure pénale :



Loïc Parein

¹⁶ *Contra* : Yasmina BENDANI, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse 2e éd. 2019, n° 12a ad art. 108 CPP