Hormis les cas de défense obligatoire, la faute de l'avocat est imputée à son client

Arrêt TF 6B_16/2022 (f) du 26 janvier 2023* (ATF 149 IV 196)

Par Camille Perrier Depeursinge/Mathilde Boyer, le 18 avril 2023

> Le Tribunal fédéral confirme les conditions posées dans l'ATF 143 I 284 et précise que les seuls cas dans lesquels la faute de l'avocat ne peut pas être imputée à son client sont ceux qui relèvent de la défense obligatoire au sens de l'art. 130 CPP. Ainsi, l'omission fautive, par l'avocat, de poster dans les délais légaux une opposition à l'ordonnance pénale qui condamnait son client a été imputée à ce dernier, ce qui l'a, de fait, privé d'un recours effectif contre la décision le condamnant.

I. En fait

En 2017, le Ministère public de la République et canton de Neuchâtel ouvre une instruction pour déterminer les causes du décès de B. Celui-ci souffrait de problèmes respiratoires et de douleurs au thorax et a, de ce fait et quelques heures avant son décès, consulté le médecin A qui ne lui a prescrit aucune médication.

Par ordonnance pénale du 20 mai 2021 notifiée le lendemain à son conseil, A est notamment condamné pour homicide par négligence à 90 jours-amende à CHF 200.- le jour, avec sursis pendant deux ans, ainsi qu'au paiement des frais judiciaires et des frais de défense nécessaire des plaignants.

Le 1er juin 2021, l'avocat de A informe le Ministère public que la lettre recommandée par laquelle il formait opposition contre l'ordonnance pénale n'a pas été postée en raison d'une erreur de son secrétariat. Il demande par conséquent la restitution du délai d'opposition au sens de l'art. 94 CPP et déclare former opposition contre l'ordonnance pénale.

Par ordonnance du 5 juillet 2021, le Tribunal de police déclare irrecevable parce que tardive l'opposition contre l'ordonnance pénale et renvoie le dossier au Ministère public. Celui-ci rejette la demande de restitution du délai d'opposition, ce que confirme l'autorité de recours en matière pénale du Tribunal cantonal neuchâtelois, par arrêt du 2 décembre 2021.

A dépose un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, demandant l'annulation de l'arrêt cantonal et la restitution du délai d'opposition à l'ordonnance pénale, subsidiairement le renvoi de la cause pour nouvelle décision. Le Tribunal fédéral rejette le recours.

II. En droit

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral commence par rappeler qu'une partie défaillante selon l'art. 93 CPP peut demander la restitution d'un délai si elle a été empêchée d'agir sans faute

et qu'elle est exposée à un préjudice important et irréparable (art. 94 al. 1 CPP). L'art. 94 CPP ne s'applique pas si la partie ou son avocat a renoncé à agir en raison d'un choix délibéré, d'une erreur ou du conseil erroné ou non d'un tiers. En outre, la faute de l'avocat est en principe imputable à son client. Ainsi, l'organisation interne de l'avocat, les problèmes informatiques ou l'absence du mandataire principal ne constituent pas des empêchements non fautifs justifiant la restitution du délai (ATF 143 I 284, c. 1.2 et 1.3). Enfin, la sanction du non-respect des délais de procédure n'est pas considérée comme un formalisme excessif car l'application stricte de ces règles est justifiée par des motifs d'égalité de traitement et d'intérêt public lié à une bonne administration de la justice et à la sécurité du droit (v. not. TF 6B_1079/2021 du 22.11.21, c. 2.1, destiné à publication) (c. 1.1).

Notre Haute Cour expose ensuite dans quelles circonstances et à quelles conditions la faute de l'avocat ne saurait être imputée à son client sous peine de violer les droits de la défense : (1) il s'agit d'un cas de défense obligatoire, (2) le comportement de l'avocat relève de la négligence grave, est complètement faux ou totalement contraire aux règles de l'art, (3) le préjudice subi ne peut pas être réparé par une action en dommages-intérêts et (4) le mandant a rendu vraisemblable qu'il n'avait commis aucune faute propre sans laquelle le défaut ne serait pas survenu (ATF 143 I 284, c. 2.2.3). Selon le TF, le fondement de l'exception de l'imputation de la faute de l'avocat au mandant est le caractère obligatoire de la défense. Il ne se justifierait pas en cas de défense volontaire (6B_1111/2017 du 7.8.2018, c. 2 ; c. 1.2).

En premier lieu, A soutient que les conditions pour que la faute de son avocat ne lui soit pas imputée sont réalisées. En se référant à l'arrêt *Quaranta c. Suisse* (CourEDH *Quaranta c. Suisse* du 24.5.1991), il affirme que la réalisation d'un cas de défense obligatoire devrait être évaluée en fonction de la peine maximale encourue plutôt que de la peine concrètement envisageable. Au vu du risque théorique d'une peine maximale de trois ans de prison, l'intervention d'un avocat pour défendre ses intérêts était nécessaire (c. 1.4).

Le TF rappelle sa jurisprudence selon laquelle la défense obligatoire prévue à l'art. 130 CPP ne découle ni de l'art. 29 al. 3 Cst., ni de l'art. 6 par. 3 let. c CEDH, ni de la jurisprudence de la CourEDH. La Suisse ayant instauré cette défense sans obligation conventionnelle ou constitutionnelle, notre Haute Cour écarte par conséquent l'examen des conditions posées par *Quaranta c. Suisse* pour déterminer s'il s'agit d'un cas de défense obligatoire. Selon l'art. 130 let. b CPP, le prévenu doit avoir un défenseur s'il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion. Le TF souligne qu'il s'agit là de la durée de la peine à laquelle on peut concrètement s'attendre et non de la peine maximale encourue abstraitement (ATF 143 I 164, c. 2.4.3) (c. 1.4).

En l'espèce, A était soupçonné d'avoir commis un délit passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Concrètement, les juges fédéraux estiment qu'il ne risquait pas une peine supérieure à un an et ne remplissait dès lors pas les conditions de l'art. 130 let. b CPP (c. 1.4).

Dans un deuxième grief, A se réfère à l'ATF 143 I 284, selon lequel la grossière erreur de

l'avocat n'est pas imputable à son client « en particulier lors d'une défense obligatoire » (ATF 143 I 284, c. 1.3). Cette exception s'étendrait ainsi selon lui à d'autres « cas graves ». Notre Haute Cour approuve à nouveau le raisonnement du Tribunal cantonal sur ce point et relève que la jurisprudence citée n'envisage en réalité pas d'autres hypothèses, limitant ainsi l'exception à la défense obligatoire, sens dans lequel abonde la majorité de la doctrine (c. 1.5.1).

A affirme dans son dernier grief qu'il y aurait lieu d'élargir les conditions de la non-imputation de la faute de l'avocat à son client à la défense d'office afin d'assurer une défense concrète et effective au sens de l'art. 6 par. 3 let. c CEDH, comme le défend un avis de doctrine (Camille PERRIER DEPEURSINGE , TF 6B_294/2016 : Défaillance, restitution de délai et faute de l'avocat, PJA 2017, p. 1257 ss). Le TF rejette cette argumentation en invoquant l'intérêt public lié à une bonne administration de la justice et à la sécurité du droit qui assure une égalité de traitement. En outre, notre Haute Cour cite un autre avis de doctrine (CR CPP-STOLL, art. 94 N 10a) selon lequel l'extension de l'exception à d'autres cas risque de favoriser le justiciable assisté, qui pourrait obtenir plus facilement une restitution de délai. Il réaffirme que l'exception de l'imputation de la faute grave de l'avocat ne peut avoir lieu que dans les cas de défense obligatoire (c. 1.5.2) et rejette le recours (c. 2).

III. Commentaire

Cet arrêt précise la jurisprudence du Tribunal fédéral parue aux ATF 143 I 284 dans laquelle les juges fédéraux laissaient entendre que la faute grossière de l'avocat ne pouvait pas être imputée à son client, « en particulier » dans une affaire relevant de la défense obligatoire (c. 1.3). L'arrêt commenté ici concerne un cas n'entrant pas dans cette dernière catégorie, la peine encourue de 90 jours-amende avec sursis pendant deux ans (à CHF 200.- le jour) n'atteignant pas le seuil de « plus d'un an » de privation de liberté prévu à l'art. 130 let. b CPP. Le TF, après avoir mentionné son arrêt précédent, précise et limite la non-imputation de la faute de l'avocat à son client aux cas de défense obligatoire. L'omission fautive, par l'avocat, de poster dans les délais légaux l'opposition à l'ordonnance pénale qui condamnait son client a donc été imputée à ce dernier, ce qui a, de fait, privé le médecin d'un recours effectif contre la décision le condamnant.

En effet, une partie qui n'accomplit pas un acte de procédure à temps fait défaut au sens de l'art. 93 CPP. En pareil cas, elle peut demander la restitution du délai manqué aux conditions fixées par l'art. 94 CPP, parmi lesquelles figure l'absence de faute de la partie défaillante (art. 94 al. 1 CPP). Le prévenu qui confie à un avocat la défense de ses intérêts et ne commet lui-même aucune faute se voit néanmoins, en règle générale, imputer celle de son défenseur. La question qu'examine l'arrêt porte sur les conditions auxquelles la faute d'un avocat ne peut pas être imputée à la partie mandante.

Le Tribunal fédéral y répond en rappelant les quatre conditions posées dans l'ATF 143 I 284 : (1) il s'agit d'un cas de défense obligatoire, (2) le comportement de l'avocat relève de la négligence grave, est complètement faux ou totalement contraire aux règles de l'art, (3) le préjudice subi ne peut pas être réparé par une action en dommages-intérêts et (4) le

mandant a rendu vraisemblable qu'il n'avait commis aucune faute propre sans laquelle le défaut ne serait pas survenu (ATF 143 I 284, c. 2.2.3. Cet arrêt se réfère expressément aux conditions posées par Christof RIEDO (BSK StPO-RIEDO, art. 94 StPO N 55-57). Les deux dernières conditions sont légitimes et ne prêtent pas à commentaire. En revanche, la deuxième est discutable et la première nous semble aller à l'encontre des exigences posées par le droit conventionnel supérieur et la jurisprudence de la CourEDH.

Soulignons tout d'abord que l'exigence relative à la gravité de la négligence revient à récompenser l'importance de la faute. Si les trois autres conditions sont réunies, on imagine mal que la faute de l'avocat soit imputée à son client en raison de sa légèreté. Cela ne répond à aucun motif pertinent. En réalité, cette condition relève de la jurisprudence de la CourEDH en lien avec l'obligation faite aux États d'intervenir en cas de « carence manifeste » de l'avocat désigné.

C'est précisément en raison de la jurisprudence de Strasbourg que nous avons précédemment plaidé pour étendre l'exception de l'imputation de la faute aux cas de simple défense d'office (Camille PERRIER DEPEURSINGE, op. cit., p. 1257 ss).

En effet, à teneur de l'art. 6 § 3 c CEDH, l'accusé a droit à l'assistance d'un avocat « lorsque les intérêts de la justice l'exigent ». La CourEDH examine la réalisation de cette condition au regard de l'ensemble des circonstances, parmi lesquelles en particulier la gravité de l'infraction, la sévérité de la sanction, la complexité de l'affaire, la situation personnelle du prévenu et l'importance de l'affaire pour ce dernier (CourEDH, arrêts *Benham c. Royaume-Uni* du 10.6.1996, § 61 ; *Quaranta c. Suisse* du 24.5.1991, § 33 ; *Zdravko Stanev c. Bulgarie* du 6.2.2012, § 38 ; Jens MEYER-LADEWIG/Stefan HARRENDORF/Stefan KÖNIG, *in :* Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (éds), EMRK Handkommentar, 4e éd., Baden-Baden 2017, art. 6 N 232 ; Frank MEYER, *in* : Karpenstein/Mayer (éds), EMRK Kommentar, 3e éd., Munich 2022, art. 6 N 203 ; David HARRIS/Michael O'BOYLE/Ed BATES/Carla BUCKLEY, *in* : Harris/O'Boyle/Warbrick (éds), Law of the European Convention on Human Rights, 3e éd., Oxford 2014, p. 479 s.). En principe, lorsque le prévenu risque une sanction privative de liberté (même de seulement trois mois, v. arrêt *Benham* précité, §§ 60-64), les intérêts de la justice commandent la nomination d'un défenseur (MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, op. cit.). Cependant, tel peut aussi être le cas lorsque seule une sanction pécuniaire est en cause, eu égard aux circonstances. Ainsi, dans l'arrêt *Zdravko Stanev c. Bulgarie* précité, le recourant ne risquait qu'une sanction pécuniaire de EUR 500.- et le versement d'indemnités à la partie civile de l'ordre de EUR 8'000.- ce qui, au regard de ses moyens financiers, représentait un montant non négligeable (§ 39). Bien qu'au bénéfice d'un titre universitaire, M. Zdravko Stanev n'avait aucune formation juridique et n'était pas en mesure de se défendre efficacement (§ 40). La CourEDH a conclu à une violation de l'art. 6 § 3 c CEDH dès lors qu'il aurait dû être assisté par un conseil d'office.

En Suisse, il est largement admis par la jurisprudence que les conditions de la défense d'office, posées à l'art. 132 al. 2 et 3 CPP, sont conformes aux exigences de la CEDH (ATF 139 IV 113 ; TF 6B_1047/2021 du 25.7.2022, c. 1.1.1 ou TF 1B_507/2022 du 22.2.2023, c. 4.3). En d'autres termes, lorsque les conditions de l'art. 132 al. 2 et 3 CPP sont réalisées,

on doit admettre que le prévenu a le droit à l'assistance d'un avocat au sens de l'art. 6 § 3 c CEDH. Il n'est pas obligé d'en être pourvu (tel est le cas lorsque les conditions de l'art. 130 CPP sont réunies) mais il dispose d'un droit – lequel ne doit pas être vidé de sa substance.

En effet, lorsque l'accusé/prévenu peut prétendre à ce droit, la jurisprudence de Strasbourg exige de la défense qu'elle soit « concrète et effective ». Autrement dit, il ne suffit pas de désigner au prévenu un défenseur d'office pour que ce droit soit respecté, car l'avocat peut, notamment, se dérober à ses devoirs (*Artico c. Italie* du 13.5.1980, § 33 *; Daud c. Portugal* du 21.4.1998, § 38 ss *; Vamvakas c. Grèce (no 2)* du 9.4.2015, § 36). En pareil cas, l'État signataire de la CEDH doit intervenir, pour autant qu'il en soit informé et que la carence du conseil d'office soit manifeste (sans quoi l'indépendance de l'avocat pourrait être mise en péril – on retrouve ici l'exigence de la faute grossière ; *Lagerblom c. Suède* du 14.4.2003, § 56 *; Imbrioscia c. Suisse* du 24.11.1993, § 41 ; MEYER évoque à cet égard la nécessité de garantir un niveau minimal de défense : MEYER, op. cit., art. 6N 223 s.). Il y a là une sorte de devoir de surveillance minimale à charge de l'État (MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, op. cit., art. 6N 234). La Cour a admis une telle obligation d'intervenir et ainsi une violation de l'art. 6 § 3 let. c CEDH lorsque l'avocat était complètement inactif durant plusieurs mois (*Daud c. Portugal*, § 39 ; *Falcão Dos Santos c. Portugal* du 3.7.2012, § 43), déposait des conclusions se limitant à « s'en remettre à la sagesse du tribunal » (*Falcão Dos Santos c. Portugal*, § 43), présentait tardivement une liste de témoins (*Falcão Dos Santos c. Portugal*, § 43) ou encore, et cela est particulièrement pertinent dans le cas d'espèce, lorsque la négligence de l'avocat quant à la forme « a pour effet de priver l'intéressé d'une voie de recours sans que la situation soit corrigée par une juridiction supérieure » (*Czekalla c. Portugal* du 10.1.2003, § 65 ; ég. Mark E. VILLIGER, Handbuch EMRK, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, § 19N 601). Quant à l'intervention de l'État, elle peut consister, selon les cas, à nommer un (autre) défenseur, à restituer un délai ou à prendre toute autre mesure propre à assurer au prévenu une défense effective (MEYER, op. cit.,N 224 ; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY , op. cit., p. 481, qui se réfèrent à l'arrêt *Czekalla c. Portugal*, § 68).

La CourEDH ne distingue pas la défense « d'office » de la défense « obligatoire » ; elle précise la portée du droit à la défense d'un avocat prévue par la CEDH. Si le prévenu peut prétendre à un droit à une défense professionnelle, celle-ci doit en tous les cas être efficace et impose à l'État contractant de pallier ses éventuelles carences grossières, que le prévenu soit obligé d'être assisté par un défenseur ou non. Plus simplement exprimé, l'avocat d'office engage la responsabilité de l'État qui l'a nommé lorsqu'il rate un délai qui prive son client d'une voie de recours, même si ce dernier ne risque « que » quelques mois de privation de liberté. Le raisonnement du TF dans l'arrêt commenté est donc erroné sur ce point, ou à tout le moins contraire à la jurisprudence de la CourEDH.

Soulignons premièrement que l'argument invoqué pour restreindre l'exception, relatif au risque de favoriser injustement le prévenu assisté est dénué de toute pertinence. On rappelle qu'il s'agit d'abord d'imputer ou non la faute d'un mandataire à une partie – à l'évidence, la partie non représentée ne se verra pas imputer de faute et ne peut s'en prendre qu'à elle-même si elle manque un délai. Quant à l'hypothèse envisagée par STOLL, selon laquelle la

partie assistée ne se verrait quasiment plus contrainte aux délais de procédure dont elle pourrait toujours demander la restitution, elle paraît irréaliste. En effet, le non-respect d'un délai est une violation patente des devoirs de diligence de l'avocat et présente un risque tel pour ce dernier qu'il n'est pas à craindre que la jurisprudence précitée n'encourage les défenseurs à retarder volontairement le dépôt de leurs procédures. L'ATF 143 I 284 ne semble pas avoir encouragé les défenseurs, en cas de défense obligatoire, à considérer les délais de procédure comme facultatifs.

Dans le cas objet de l'arrêt commenté toutefois, il n'est pas certain qu'un hypothétique recours à Strasbourg emporte la condamnation de la Suisse, ce pour deux raisons principales : la première est qu'il n'est pas absolument certain, eu égard à l'ensemble des circonstances, que l'intérêt de la justice commandât la désignation d'un défenseur d'office au sens de l'art. 6 § 3 c CEDH : le médecin condamné n'encourt aucune privation de liberté, mais uniquement une sanction pécuniaire avec sursis (de CHF 18'000.- tout de même), le versement des frais de justice et le paiement des frais judiciaires et des frais de défense nécessaire des plaignants dont on ignore le montant (l'arrêt neuchâtelois ne le précise pas non plus, *cf*. ARMP.2021.129 du 2.12.2021). L'arrêt de la CourEDH *Zdravko Stanev c. Bulgarie* précité se référait également aux moyens financiers du recourant pour établir que la condamnation n'était pas de faible importance, éléments sur lesquels l'arrêt du TF commenté ne donne que peu d'informations (hors du montant du jour-amende, relativement élevé, qui suggère qu'il n'est pas démuni). Il n'est pas fait mention d'éventuelles sanctions disciplinaires que l'on ne peut qu'envisager contre un médecin condamné pour homicide par négligence. En définitive, on manque d'éléments pour déterminer si, en l'absence de moyens financiers suffisants, le recourant aurait même pu prétendre à une défense d'office.

La seconde et principale raison pour laquelle on doute que l'arrêt précité soit contraire à la CEDH est que l'avocat n'est pas désigné par l'État, mais un conseil privé. Or, la transposition des principes développés quant à l'effectivité de l'assistance juridique à un avocat de choix est plutôt exceptionnelle (v. CourEDH, arrêt *Tripodi c. Italie* du 22.2.1994, §§ 30 et 31 avec toutefois deux opinions dissidentes). Un arrêt (*Güveç c. Turquie* du 20.04.2009, § 131) admet une violation de l'art. 6 § 3 c CEDH dès lors qu'un conseil de choix ne s'était pas présenté à plusieurs auditions, alors que son client était un mineur de 15 ans, souffrant de dépression grave, accusé d'infractions passibles de la peine capitale, dans une procédure en outre entachée de vices qu'un avocat efficace aurait dû relever. De telles considérations ne sont pas présentes en l'espèce, ni eu égard à la gravité des charges ni concernant la vulnérabilité particulière du prévenu.

En définitive, le résultat de l'arrêt commenté doit être approuvé, mais non son raisonnement. Une lecture attentive de la jurisprudence de la CourEDH révèle que toute défense d'office (obligatoire ou non selon le droit suisse) doit être effective et efficace sous peine de violer l'art. 6 § 3 c CEDH. Cela implique qu'une carence manifeste d'un défenseur, connue de l'État, nécessite son intervention, par exemple en nommant un nouveau défenseur ou, dans un cas similaire à celui qui est commenté, en restituant un délai.

Si en l'espèce le délai ne devait en effet pas être restitué, c'est parce que le défenseur fautif

était un défenseur privé. En pareil cas, il est juste de limiter la nécessité de restituer un délai aux cas de défense obligatoire, parce que l'État n'a pas lui-même nommé le défenseur et que, hors des cas de défense obligatoire, le prévenu peut valablement même renoncer à une assistance. Il n'incombe donc à l'État aucune obligation à l'égard du défenseur, ni dans sa nomination ni dans la qualité de son intervention (contrairement à l'opinion que nous avons précédemment soutenue, v. PERRIER DEPEURSINGE, op. cit., p. 1262 s.).

En résumé, lorsque le prévenu a le droit d'être assisté d'un défenseur et qu'il incombe à l'État de le lui fournir, les carences manifestes de l'avocat doivent être corrigées par ledit État. Lorsque le prévenu choisit lui-même son défenseur, seuls les cas de défense obligatoire imposent en cas de négligence grave un correctif étatique (comme la restitution d'un délai). Il n'y a là aucune insécurité du droit ; les situations visées sont clairement définies. Toutefois, les conclusions qui précèdent impliquent de favoriser le prévenu démuni face au prévenu fortuné, dont le défenseur (facultatif) ne peut pas commettre d'erreur grossière sans qu'elle ne soit imputée à son client et qu'ainsi ce dernier ne puisse prétendre à une seconde chance. Traiter de façon identique le prévenu bénéficiant d'une défense d'office et celui qui rémunère son défenseur impliquerait d'étendre encore la non-imputation de la faute de l'avocat à tous les cas remplissant les conditions de l'art. 132 al. 2 et 3 CPP, que le prévenu soit ou non indigent (ce pour quoi nous avons précédemment plaidé : PERRIER DEPEURSINGE, op. cit., p. 1262 s.). Eu égard à la nature particulière de la défense d'office, mission confiée par l'État à un avocat en faveur d'un prévenu, soit une relation de droit public qui implique non seulement l'avocat désigné et le prévenu mais également l'État (ATF 131 I 214, c. 2.4), un traitement différencié se justifie. En définitive, même si l'arrêt commenté le laisse penser, il ne s'agit pas uniquement de déterminer à quelles conditions la faute d'un avocat doit ou non être imputée à son client, mais bien d'examiner dans quelle mesure l'État doit intervenir.

Proposition de citation : Camille PERRIER DEPEURSINGE/Mathilde BOYER, Hormis les cas de défense obligatoire, la faute de l'avocat est imputée à son client, in : https://www.crimen.ch/180/ du 18 avril 2023