

kaum Varianten denkbar, die nicht zu einer Verurteilung führten, oder erweisen sich andere Sachverhaltsvarianten als nicht gleichwertig, sodass von einer Verurteilungsvariante von mind. 75 Prozent ausgegangen werden muss, liegt ein dringender Tatverdacht vor.

Wenn Gerichte in der Lage sind, sich z. B. im Rahmen der Strafzumessung festzulegen, ob von einem leichten,

einem mittleren oder einem schweren Verschulden auszugehen ist, darf entsprechend gefordert werden, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte auch Prognosen abgeben und begründen können, wie wahrscheinlich eine Verurteilung eines Tatverdächtigen im jeweiligen Verfahrensstand ist; ob wenig wahrscheinlich, mittel wahrscheinlich oder sehr wahrscheinlich.

## DÉFENSE D'OFFICE, DÉFENSE DE SECONDE CLASSE?

### LUDOVIC TIRELLI

Docteur en droit, Avocat spécialiste FSA en droit pénal, Freymond, Tschumy & Associés, Lausanne / Vevey

Mots-clés: défense d'office, défense de choix, rémunération du défenseur d'office, indépendance de l'avocat, conflit d'intérêts

La défense d'office est-elle une défense de seconde classe? C'est ce que l'on entend de plus en plus souvent de la part des défenseurs, où qu'ils pratiquent en Suisse. Au-delà du fait que l'institution de la défense d'office s'impose au prévenu et porte atteinte à sa liberté de choix, elle consacre une intrusion de l'autorité de poursuite pénale dans la relation entre le prévenu et son défenseur et dans l'activité de ce dernier, qui risque de porter atteinte à son indépendance et de le réduire à un auxiliaire de la justice dans le sens servile du terme.

### I. Le problème et ses sources

Le postulat énoncé dans ce titre fait froid dans le dos. Il traduit l'idée d'une justice à deux vitesses, une justice qui ne garantirait qu'un service minimum en termes de défense et qui s'accommoderait d'une inégalité de traitement de ses justiciables dans le procès pénal.

Bien entendu, ni le code de procédure pénale suisse et la Constitution fédérale d'une part, ni la Convention européenne des droits de l'homme et le pacte ONU II d'autre part, ne prévoient expressément une telle défense de castes; mais la tolèrent-ils pour autant? D'où vient ce sentiment, de plus en plus exprimé, selon lequel la défense d'office serait une défense de seconde classe?

Les sources de ce malaise sont multiples. Selon le point de vue de certains prévenus, l'avocat d'office serait un avocat de seconde classe car moins bien rémunéré qu'un avocat de choix. Ainsi, seuls les avocats débutants ou les avocats œuvrant dans de petites structures accepteraient encore des mandats d'office compatibles avec leurs modestes charges, les avocats chevronnés réservant

leurs services aux plus offrants. L'avocat d'office serait aussi un avocat de deuxième catégorie car souvent imposé dans l'urgence au prévenu auquel le choix éclairé de son mandataire n'est pas laissé et qui le perçoit dès lors comme «l'avocat du procureur et de la police»<sup>1</sup>. Du côté du défenseur, l'avocat d'office ne serait pas loin de devenir un avocat *low-cost* car, non intégralement rémunéré pour tout le travail effectué, il se bornera progressivement à fournir un service minimum dans le procès pénal<sup>2</sup>.

Certes, selon l'art. 12 LLCA, l'avocat doit exercer sa profession avec soin et diligence, en toute indépendance et en évitant les conflits d'intérêts. Ainsi, une défense d'office de seconde classe de la part d'un avocat qui respecterait

1 Arrêt de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal vaudois du 15. 8. 2018, Décision n° 661.

2 CHRISTOPHE PIGUET, Lettre ouverte d'un ancien Bâtonnier à un magistrat vaudois, qui exerça autrefois la profession d'avocat, *in* 24heures du 7. 2. 2018.

son devoir de diligence apparaîtrait peu vraisemblable. Dans ce sens, en 1983, le Tribunal fédéral posait le principe suivant lequel, quand bien même le taux horaire des honoraires de l'avocat d'office serait inférieur à celui d'un défenseur de choix, «*cela n'empêchera toutefois pas l'avocat respectueux de l'honneur que lui vaut sa profession et conscient des obligations qu'elle lui impose de remplir sa tâche le plus correctement possible*»<sup>3</sup>.

Soit, mais n'oublions pas qu'aussi noble et résolument désintéressée que puisse être l'œuvre du défenseur, l'avocat n'en exerce pas moins une activité professionnelle, à savoir une activité visant à lui procurer des revenus garantie par l'art. 27 Cst. Ce paramètre n'est pas étranger à la dilution annoncée de la qualité de la défense d'office. Nous y reviendrons.

Cela étant, le défenseur d'office comme le défenseur de choix doivent n'avoir à cœur que de défendre les intérêts de leurs clients. C'est notamment pour cela que l'on exige de l'avocat qu'il exerce sa profession avec soin et diligence, en toute indépendance et en évitant les conflits d'intérêts. En procédure pénale, ce principe est ancré à l'art. 128 CPP selon lequel le défenseur n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, *que par les intérêts du prévenu*.

Quels sont donc ces intérêts qui, dans une défense d'office, seraient moins bien défendus, et quels sont les devoirs qui incombent au défenseur?

## II. Intérêts du prévenu et devoirs du défenseur

Pour déterminer si la défense d'office est ou non une défense de seconde classe, il est nécessaire de rappeler le rôle du défenseur dans une procédure pénale. Et cela ne peut se faire sans revenir sur l'arrêt de principe rendu par la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral le 22. 2. 1980<sup>4</sup>. En 1979, un quartet d'héroïques avocats zurichois s'était vu interdire la pratique du Barreau dans le canton de Berne pour avoir défendu sans fioritures, soit avec assiduité et conscience professionnelle, deux prévenus rattachés à l'extrême gauche militante allemande. Cette affaire donna l'occasion au Tribunal fédéral de rappeler que l'avocat est certes un auxiliaire de justice (*Diener des Rechts/Mitarbeiter der Rechtspflege*), notion qui doit être entendue non pas dans une acception servile à l'égard des autorités de poursuite pénale, mais bien plutôt dans le sens où le défenseur «*assume une tâche sans laquelle le citoyen ne pourrait très souvent pas faire valoir ses prétentions juridiques et la réalisation de l'ordre juridique serait remise en question de façon toute générale, mais d'autre part et spécialement en matière pénale, l'avocat prend une importance particulière car si l'accusé n'est pas défendu dans les cas relativement graves, il manquerait une condition indispensable à un procès équitable et conforme aux exigences d'un État fondé sur le droit*»<sup>5</sup>. Le Tribunal fédéral allait cependant encore plus loin en cristallisant le principe suivant lequel: «*l'avocat n'est pas un organe étatique et pas non plus l'assistant du juge, mais bien le défenseur des intérêts d'une partie et à ce titre il agit unilatéralement en faveur de*

*son mandant. Tel est le cas notamment du défenseur d'un accusé dans un procès pénal. Il lui incombe de s'opposer à l'action pénale de l'État et de s'efforcer d'obtenir la libération de son client ou du moins un jugement qui soit le plus clément possible*»<sup>6</sup>. Et ce rôle de défenseur «*implique aussi son indépendance vis-à-vis de l'État. L'avocat doit régler son activité non pas en fonction de l'intérêt qu'a l'État à la poursuite pénale, mais en fonction de l'intérêt qu'a l'accusé à obtenir un acquittement ou un jugement aussi clément que possible; c'est pourquoi il faut qu'il puisse disposer d'une grande liberté de décision quant au choix des moyens de défense*»<sup>7</sup>.

Le défenseur doit donc 1) s'opposer à l'action pénale, 2) viser la libération de son client ou 3) le plus clément des jugements, car ce sont là à première vue les principaux intérêts du prévenu dans une procédure pénale<sup>8</sup>. Pour ce faire, le défenseur doit disposer d'une grande liberté de décision quant au choix des moyens de défense, sachant que le choix de la stratégie de défense lui appartient, d'entente avec le client<sup>9</sup>. Le défenseur aura ainsi le devoir de renseigner son client sur les faits qui lui sont reprochés, les conséquences juridiques de la «fixation» judiciaire de ces faits, les diverses réquisitions de preuve, moyens de procédure et voies de droit à disposition pour s'opposer à l'action pénale, contester les faits ou leur appréciation juridique probable par les autorités de poursuite pénale, ainsi que les chances de succès de ces interventions. Sur cette base il devra, en fonction du but que le prévenu souhaite atteindre, proposer à son client une ou plusieurs stratégies de défense réalistes et efficaces. Celui-ci y adhèrera en règle générale<sup>10</sup>, l'avocat étant nécessairement, en raison de ses compétences et de son expérience, mieux placé que son client pour juger de la pertinence et de l'efficacité d'une stratégie de défense dans une arène judiciaire qui lui est familière.

Ces bases étant posées, s'agissant du défenseur de choix, les limites à sa liberté de décision pourront revêtir deux formes. La première limite résidera dans la non-adhésion du client aux choix stratégiques recommandés par le défenseur et/ou aux moyens opérationnels suggérés pour atteindre les buts fixés. Les raisons d'une telle divergence de vues s'agissant des intérêts prépondérants devant être défendus dans la procédure pénale. En effet, comme vu plus haut, le défenseur devra viser la libération

<sup>3</sup> ATF 109 Ia 107, 111.

<sup>4</sup> ATF 106 Ia 100, JdT 1982 I 579.

<sup>5</sup> ATF 106 Ia 100, 104.

<sup>6</sup> ATF 106 Ia 100, 105.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Sur l'existence d'autres intérêts du prévenu dans une procédure pénale, voir WOLFGANG WOHLERS, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der Beschuldigten Person, in RPS 130/2012 p. 55 ss, spéc. p. 63 s.

<sup>9</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4. 7. 2013, 1B\_187/2013, in SJ 2014 I 205, 207.

<sup>10</sup> WOHLERS, *op. cit.*, p. 71.

de son client ou un jugement aussi clément que possible alors que son client pourrait donner la préférence à d'autres intérêts à ses yeux plus importants qu'un acquittement ou un jugement favorable. À titre d'exemple, on citera le cas du prévenu qui dispose d'un *alibi*, mais qui ne veut pas impliquer de tierces personnes dans la procédure et fait ainsi l'impasse sur la preuve de son *alibi*; la situation de celui qui, par peur de représailles dans le cas concret, renoncera à certaines mesures d'instruction pourtant utiles dans l'absolu et, encore, la configuration du prévenu qui, au moment des faits était irresponsable ou partiellement responsable, mais qui renonce en pleine connaissance de cause à demander une expertise psychiatrique par crainte d'ouvrir la boîte de pandore des mesures pénales<sup>11</sup>. La seconde limite à la liberté de décision du défenseur est en lien avec les moyens financiers du prévenu. En effet, chaque intervention du défenseur générant des frais et honoraires additionnels qu'il incombera au prévenu d'honorer, celui-ci renoncera parfois à mettre en œuvre certaines stratégies de défense faute de moyens financiers. En revanche, dès lors que le client accepte les conséquences tant juridiques que financières de la défense proposée, celle-ci pourra être mise en œuvre, quasiment sans limites, si ce ne sont celles découlant des règles déontologiques et légales auxquelles est soumis l'avocat<sup>12</sup>. Le défenseur de choix pourra alors consacrer tout le temps qu'il jugera nécessaire à l'étude du dossier, tant en fait et en droit, s'entretenir autant qu'il le faudra avec son client, mais aussi avec ses proches, mettre en œuvre des expertises privées, formuler toutes réquisitions potentiellement utiles et recourir contre les décisions de la direction de la procédure et de toutes autres autorités de poursuite pénale. Chacune de ces opérations sera discutée avec le client qui, en les acceptant, acceptera par là même les frais et honoraires en découlant. Et dans l'hypothèse où une divergence irréductible devait survenir entre le défenseur de choix et son client s'agissant de la stratégie de défense ou des moyens à mettre en œuvre, l'un et l'autre pourront librement mettre un terme au mandat, sous réserve des règles proscrivant la résiliation du mandat en temps inopportun<sup>13</sup>.

En irait-il autrement pour la défense d'office?

### III. Intérêts du prévenu et devoirs du défenseur en cas de défense d'office

Fondamentalement, les principes exposés ci-dessus valent tant pour la défense de choix que pour la défense d'office, qui devra encore et toujours fournir une «*défense compétente, assidue et efficace*»<sup>14</sup>. Aussi, en quoi la défense d'office se distinguerait-elle de la défense de choix (1)? Et en quoi ces spécificités de la défense d'office sont-elles susceptibles d'engendrer une défense de seconde classe (2)?

#### 1. Spécificités de la défense d'office

La défense d'office intervient dans deux hypothèses connues qu'il n'y a pas spécialement lieu d'étayer ici. Pre-

mièrement, elle est ordonnée en cas de *défense obligatoire*, soit lorsque le prévenu n'a pas constitué de défenseur dans des situations précises où la présence d'un défenseur est indispensable (132 al. 1 CPP)<sup>15</sup>. Deuxièmement, la défense d'office est également mise en œuvre lorsque l'assistance d'un défenseur est justifiée pour sauvegarder les intérêts du prévenu, mais que celui-ci ne dispose pas des moyens financiers nécessaires (132 al. 2 CPP). Dans ces deux hypothèses, mais de manière plus marquée en cas de défense obligatoire, la défense d'office se singularise notamment par les caractéristiques suivantes:

1) *Parties au contrat*: contrairement à ce qui est le cas en matière de défense de choix, le défenseur d'office n'est pas mandaté par le seul prévenu, mais investi d'une mission de droit public par l'État<sup>16</sup>, à tel point que, d'un point de vue fiscal, l'État est alors considéré comme le destinataire de la prestation du défenseur<sup>17</sup>. Le défenseur agit ainsi dans le cadre d'une relation triangulaire assimilable pour certains à une stipulation pour autrui<sup>18</sup> entre l'avocat d'office (le promettant), l'État (le stipulant) et le prévenu (le tiers)<sup>19</sup>. Contrairement à ce qui est le cas en matière de défense de choix, l'État participe ici à la relation contractuelle liant le prévenu à son défenseur et peut exercer une forme de droit de regard sur l'activité du défenseur. Il aura ainsi son mot à dire tant en ce qui concerne l'exécution du mandat du défenseur d'office, par exemple lorsqu'il lui apparaît que le défenseur néglige gravement les devoirs que lui imposent sa profession et sa fonction<sup>20</sup>, qu'en ce qui concerne l'examen de l'indemnité due au défenseur, dont le paiement lui incombe – à tout le moins provisoirement<sup>21</sup>.

*Libertés de choix*: contrairement à ce qui est la règle en matière de défense de choix, où la liberté contractuelle prévaut – et d'autant plus en matière de mandat où la confiance se situe au cœur de la relation contractuelle –, le défenseur d'office n'aura pas le droit de refuser ce «mandat» d'office que lui impose l'État<sup>22</sup>, ni le prévenu

<sup>11</sup> WOHLERS, *op. cit.*, p. 64.

<sup>12</sup> Arrêt de la Chambre des recours pénales du Tribunal cantonal vaudois du 22. 8. 2018, Décision n° 644.

<sup>13</sup> YVAN JEANNERET/SÉBASTIEN VOEGELI, Le prévenu défendu malgré lui, *in* Revue de l'Avocat 2014 p. 315; Wolfgang Wohlers, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der Beschuldigten Person, *in* RPS 130/2012 pp. 55 ss, spéc. p. 73.

<sup>14</sup> ATF 126 I 194, 198.

<sup>15</sup> JEANNERET/VOEGELI, *op. cit.*, p. 316.

<sup>16</sup> ATF 141 III 560, 562; ATF 131 I 217, 220; voir aussi en matière civile ATF 143 III 10, 11.

<sup>17</sup> ATF 141 IV 344, 345.

<sup>18</sup> ROMAIN JORDAN, Défense d'office: une institution à la croisée des chemins? *in* Forum pénale 4/2017 p. 245; ATF 141 III 560, 561.

<sup>19</sup> ATF 131 I 217, 220.

<sup>20</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4. 7. 2013, 1B\_187/2013, *in* SJ 2014 I 205, 207.

<sup>21</sup> LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, Frais de défense des parties et indemnisation de l'avocat d'office en procédure pénale – variations sur un thème à la lumière de la jurisprudence, *in* RPS 135/2017 p. 48, spéc. p. 49.

<sup>22</sup> JEANNERET/VOEGELI, *op. cit.*, p. 314; ATF 131 I 217, 220.

son défenseur<sup>23</sup>. De même, s'agissant de la fin de la relation contractuelle, ni l'un ni l'autre ne pourra mettre un terme au mandat librement<sup>24</sup>, mais désormais aux seules conditions très restrictives de l'art. 134 CPP.

Ces spécificités sont-elles le signe d'un déclasserement de la défense d'office par rapport à la défense de choix?

## 2. Ces spécificités qui déclasseraient la défense

On l'a vu, la défense d'office se démarque en raison de la liberté de choix réduite qui est donnée au défenseur ou au prévenu s'agissant de la conclusion du mandat ou de son terme (A). Elle s'en distingue également par l'intervention de l'État dans la relation unissant le prévenu à son défenseur (B). Il y a lieu d'examiner si ces caractéristiques risquent de diluer la qualité de la défense.

### A) Avocat d'office, à prendre ou à laisser... prendre!

La première question qui se pose est celle du choix de l'avocat d'office, de l'exécution de son mandat et de sa révocation.

S'agissant du *choix du défenseur*, en cas de défense obligatoire, la direction de la procédure en fournit un au prévenu qui n'a pas constitué d'avocat. Certes, la direction de la procédure doit-elle prendre en considération les souhaits du prévenu, mais seulement «dans la mesure du possible» (art. 133 al. 2 CPP)<sup>25</sup>. Lorsque le prévenu dispose de temps pour rechercher un défenseur et le proposer, son choix est généralement suivi<sup>26</sup>. Dans la pratique, la situation est toutefois différente, en particulier lorsque le prévenu n'a pas le temps de rechercher le défenseur idoine, notamment dans les cas d'arrestation provisoire. Le prévenu se voit bien entendu offrir la possibilité de désigner un défenseur de son choix, mais ne connaissant souvent pas d'avocat, n'ayant pas accès aux sources d'informations qui lui permettraient de choisir le défenseur le plus adapté à son cas (compétences spécifiques, langue, expérience, etc.), ni n'ayant le droit de communiquer avec des proches qui pourraient le faire pour lui, il se verra fournir un avocat de la permanence de la première heure. Changer d'avocat par la suite sera particulièrement compliqué<sup>27</sup>. À titre d'exemple, dans le canton de Vaud, une directive du Ministère public central prévoit que l'avocat de la première heure a la priorité pour être ensuite désigné comme avocat d'office<sup>28</sup>. Dans ce sens, la défense d'office est radicalement différente d'une défense de choix, où le prévenu peut véritablement choisir l'avocat auquel il confiera sa défense. Dans la plupart des cas, cette «imposition» de l'avocat au prévenu ne pose pas de problème, l'avocat de la première heure étant un avocat breveté qui, dans le canton de Vaud par exemple, doit compter dans ses domaines d'activité le droit pénal ou la procédure pénale. On comprendra toutefois aisément que, selon les faits qui sont reprochés au prévenu, celui-ci pourrait vouloir être défendu par un avocat disposant de compétences spécifiques. On pense notamment aux cas de criminalité informatique ou de criminalité économique, qui font appel à des connaissances spécifiques en droit de l'informatique

et des nouvelles technologies de l'information ou en droit pénal économique. Cela est d'autant plus vrai que, du côté des autorités de poursuite pénale, celles-ci tendent désormais à s'organiser en pôles de compétences selon ces domaines spécifiques. Tel est notamment le cas au Ministère public central du canton de Vaud, qui comprend une division des affaires spéciales (DIVAS) et une division des affaires économiques (DIVECO)<sup>29</sup>. Aussi, l'avocat d'office désigné suite à une intervention de la première heure et qui, face à des autorités de poursuite pénale spécialisées, ne dispose pas des mêmes connaissances spécifiques, risque effectivement de fournir une défense de moins bonne qualité qu'un avocat disposant des mêmes compétences que les représentants de l'État, à l'action publique desquels il doit s'opposer. La question pourrait alors se poser en termes d'égalité des armes selon les art. 6 § 1 et 32 al. 2 Cst, étant toutefois précisé qu'à ce jour pour la Cour EDH – sur la base de décisions de la Commission qui commencent à dater – le droit à disposer d'un défenseur d'office n'implique pas un droit à être défendu par un avocat disposant de compétences ou titres spécifiques<sup>30</sup>.

S'agissant de l'*exécution du mandat* en cas de défense d'office, des divergences significatives doivent être relevées. Dans une défense de choix, le prévenu et son défenseur décident ensemble de la stratégie à adopter et des mesures d'instruction à mettre en œuvre, le premier s'en remettant dans les faits souvent au second, qu'il aura librement choisi et en lequel il aura confiance, élément central en matière de contrat de mandat. Et en cas de désaccord irréductible sur l'une ou l'autre de ces questions, la solution sera une résiliation du mandat de la part du client ou de l'avocat. La solution est diamétralement opposée dans les cas de défense d'office, puisqu'en cas de désaccord entre le prévenu et son défenseur, s'agissant du choix de la stratégie et de la «conduite du procès», ce dernier aura le dernier mot. Le Tribunal fédéral adopte sur ce point

<sup>23</sup> ATF 131 I 217, 220.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Voir aussi la décision de la Commission européenne des droits de l'Homme du 12. 12. 1962, non publiée mais citée par THEO VOGLER, Internationaler Kommentar zur EMRK, art. 6 n° 535, et Karl JOSEPH PARTSCH, Die Rechte und Freiheiten des europäischen Menschenrechtskonvention in Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte I/1, 1966, p. 399.

<sup>26</sup> FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne, 2009, pp. 697 et 700.

<sup>27</sup> Pour le choix d'un avocat d'office dans le Canton de Vaud: Directive 3.1 du Procureur général du Canton de Vaud, adoptée le 1. 11. 2016, dernière modification le 24. 8. 2018, ch. 2.3; pour le choix d'un défenseur de choix en remplacement d'un avocat d'office: Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_394/2014, c. 2.2.2, SJ 2015 I 389.

<sup>28</sup> Directive 3.1 du Procureur général du Canton de Vaud, ch. 2.3.

<sup>29</sup> Directive 1.1 du Procureur général du Canton de Vaud, adoptée le 1. 11. 2016, dernière modification le 1. 3. 2018, ch. 2.1.

<sup>30</sup> Recueil de décisions Commission EDH, vol. 2, 1960, p. 4, requête no 509/59 c. RFA; Recueil de décisions Commission EDH, vol. 43-1, 1973, p. 13, requête no 4681/70 c. UK; décision du 12. 12. 1962 non publiée; décision de la Commission européenne des droits de l'Homme du 12. 12. 1962 non publiée mais citée par VOGLER, *op. cit.*, art. 6 n°535, et PARTSCH, *op. cit.*, p. 399.

une approche paternaliste de la défense – critiquable et critiquée<sup>31</sup> – et a souvent rappelé que le choix de la stratégie de défense appartient alors au seul défenseur, celui-ci n'étant pas simplement le porte-parole sans esprit critique de l'accusé<sup>32</sup>. Ces cas sont bien évidemment rares, mais lorsqu'ils se présentent, le prévenu se retrouve muselé et réduit à subir le cours de la procédure pénale selon la conception que son défenseur – à l'image d'un curateur – se fait de son intérêt dans cette procédure. Or, cette conception peut ne pas correspondre aux véritables intérêts du prévenu – on l'a vu. Ce type de défense devient alors de notre point de vue une défense technique et désincarnée, où les choix du prévenu et les intérêts manifestés ne sont plus considérés, et où le lien de confiance, pourtant central dans la relation entre l'avocat et son client, se trouve anéanti.

S'agissant enfin du *terme du mandat*, la défense d'office est également plus restrictive que la défense de choix. Dans celle-ci, en cas de désaccord entre la défense et le prévenu, ou de rupture du lien de confiance, le mandat peut être facilement résilié par l'une ou l'autre partie. Au contraire, en cas de défense d'office, la révocation du défenseur d'office n'est possible qu'en cas de grave perturbation du lien de confiance ou lorsqu'une défense efficace n'est plus assurée (art. 134 al. 2 CPP). Pour les autorités de poursuite pénale, cette disposition doit être interprétée de manière restrictive<sup>33</sup>. Seuls les cas particulièrement graves sont retenus. Ainsi, la défense efficace n'est plus assurée lorsque le défenseur s'endort lors de l'audition de son client<sup>34</sup>, refuse de se prévaloir en appel du fait que son client n'a pas pu participer aux auditions de ses coprévenus, alors que la jurisprudence fédérale a dans l'intervalle reconnu un tel droit au prévenu<sup>35</sup>, soutient devant l'autorité de jugement qu'il ne croit pas en l'innocence de son client<sup>36</sup>. En revanche, l'avocat qui refuse de recourir contre une décision car il estime les chances de succès du recours faibles ou l'avocat qui refuserait de suivre la stratégie demandée par son client ne saurait se voir reprocher une défense inefficace et sera maintenu dans sa mission de défenseur<sup>37</sup>. De même, une révocation du défenseur d'office fondée sur une rupture du lien de confiance est véritablement extraordinaire puisque la jurisprudence exige alors que la perturbation repose sur des *éléments objectifs concrets* qui permettent de conclure à l'absence de relation de confiance,<sup>38</sup> éléments qu'il faudra communiquer à la direction de la procédure. Or, la divulgation de ces informations sera doublement problématique. D'une part, relevant nécessairement de la relation confidentielle entre l'avocat et le prévenu, elle entrera souvent en conflit avec le secret professionnel de l'avocat. D'autre part, et corollairement, le dévoilement de ces informations sera le plus souvent contraire aux intérêts du prévenu dans la cadre de la procédure pénale. La révocation du défenseur d'office sur la base d'une rupture du lien de confiance est donc quasiment impraticable dans les faits.

Dans ce sens, la défense d'office est radicalement différente d'une défense de choix, où le prévenu peut véritablement choisir l'avocat auquel il confiera sa défense et où

tant le prévenu que son défenseur peuvent en tout temps résilier le mandat. Sachant que la relation de confiance se trouve au centre de la relation entre l'avocat et son client, la défense d'office qui imposerait un avocat à un «client» et un client à un avocat que l'un ou l'autre n'auraient ni choisi ni accepté (*Zwangverteidigung*) peut conduire à une cacophonie néfaste à la défense des intérêts du prévenu et dans ce cas à une défense de seconde classe.

#### B) *Avocat d'office, avocat sous contrôle judiciaire?*

Le défenseur devrait n'avoir de comptes à rendre qu'à son client. Tel est le cas de l'avocat de choix. L'avocat d'office, au contraire, doit non seulement composer avec son client, mais également répondre de son activité auprès de l'autorité de poursuite pénale. C'est probablement sur cette question que le défenseur d'office, compte tenu des contraintes qui lui sont imposées, est le plus exposé à fournir une défense minimaliste, voire servile à l'égard de l'autorité.

En cours de procédure, le défenseur d'office diligent formulera toutes les réquisitions de preuve qui lui paraîtront utiles à la défense du prévenu, comme le défenseur de choix, sous réserve toutefois des mesures d'instruction impliquant des avances de frais en cas d'expertise privée par exemple. Il passera le temps nécessaire à la préparation du dossier tant en fait qu'en droit, s'entretiendra avec son client chaque fois que cela sera nécessaire ou, en cas de détention, avec ses proches pour recueillir les moyens de preuve lui permettant d'atteindre le but visé. Ainsi, à première vue, le défenseur d'office est libre de procéder à toutes les opérations qu'il estime nécessaires à la défense des intérêts du prévenu.

À y regarder de plus près toutefois, une difficulté se manifestera au terme de la procédure, soit lorsque le défenseur d'office soumettra sa liste d'opérations à la direction de la procédure en vue du paiement de son indemnité d'office. C'est alors que, bien souvent<sup>39</sup> et dans toute la Suisse<sup>40</sup>, la direction de la procédure se livre à l'examen vétilleux des opérations du défenseur pour déterminer lesquelles correspondent à la réalité et au «temps nécessaire pour assumer le mandat avec la diligence requise» et lesquelles, sortant de ce cadre, ne doivent pas donner lieu à indemnisation<sup>41</sup>. C'est ainsi souvent le lieu de constater d'importantes réductions d'honoraires sur la base de la seule appréciation de la direction de la procédure, appré-

31 WOHLERS, *op. cit.*, pp. 68 ss.

32 Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_211/2014 du 23.7.2014; ATF 129 I 194, 199; ATF 116 Ia 102, 105; ATF 105 Ia 296, 304.

33 Directive 3.1 du Procureur général du Canton de Vaud, ch. 4.

34 Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_88/2018 du 1.3.2018.

35 Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_297/2015 du 7.10.2015.

36 ATF 138 IV 161, 167.

37 ATF 129 I 194, 199.

38 Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_397/2018 du 16.10.2018.

39 PIGUET, *op. cit.*

40 LORENZ ERNI, *Unabhängigkeit der Strafverteidigung*, in *forum poenale* 4/2018 pp. 280 ss.

41 Directive 3.3 du Procureur général du Canton de Vaud, adoptée le 1.11.2016, ch. 2.1.

ciation quasiment irréfragable puisque le Tribunal fédéral ne la reverra que sous l'angle aigu de l'arbitraire<sup>42</sup>. Certaines opérations effectuées par le défenseur d'office ne seront pas indemnisées. Ainsi, la réception et le traitement de courriers reçus<sup>43</sup>, les entretiens téléphoniques avec le prévenu et ses proches<sup>44</sup>, des recherches juridiques<sup>45</sup>, les études de dossier non «nécessaires»<sup>46</sup>, la préparation de l'audience au-delà du «nécessaire»<sup>47</sup>, certaines conférences non «nécessaires» avec le client<sup>48</sup>. Cette détermination *a posteriori* des opérations de défense «nécessaires» ou «raisonnables» par une direction de la procédure qui ignore les discussions entre l'avocat et le prévenu s'agissant des diverses questions, options et pistes devant être explorées pour la défense de ses intérêts, est critiquable et mériterait un examen à part entière.

Cela étant, ces réductions ont pour conséquence que certains défenseurs d'office, devant déjà composer avec un tarif horaire réduit, qui doivent déjà composer avec un tarif horaire réduit couvrant à peine les frais généraux de leur Étude<sup>49</sup>, risquent désormais de limiter leur défense aux seules réquisitions et actes qui trouveront à l'évidence grâce aux yeux de la direction de la procédure, celle-là même à l'encontre de l'action publique à laquelle le défenseur doit s'opposer.

Si cela devait arriver, le défenseur n'agirait plus dans le seul intérêt de son client, mais laisserait alors son propre intérêt – économique – interférer dans les opérations de défense: premier conflit d'intérêts.

Surtout, le défenseur perdrait de son indépendance vis-à-vis de l'autorité, puisque sa défense ne sera plus orientée vers le seul intérêt du client, mais infléchie par l'appréciation *a posteriori* de son travail par la direction de la procédure. Aussi, le défenseur d'office deviendrait d'une certaine manière dépendant de la direction de la procédure, cette dernière étant la garante de sa source de revenus: second conflit d'intérêts.

Ainsi, à partir du moment où le défenseur adapte son intervention en fonction de ses propres intérêts économiques, de la validation ultérieure de ses opérations de défense par la direction de la procédure et dès lors qu'il

renonce à certaines interventions par crainte de ne pas être rémunéré, il ne fournit plus la même défense que celle que fournirait un défenseur de choix.

#### IV. Conclusion

La défense d'office est déjà une défense qui vise à fournir au prévenu les garanties minimales de procédure. Le choix de l'avocat est restreint, la possibilité d'en changer limitée à des circonstances exceptionnelles et, en cas de désaccord s'agissant de la conduite du procès, la vision du défenseur primera celle du prévenu. Le fait que le défenseur d'office soit indemnisé par la direction de la procédure sur la base de son appréciation *a posteriori* des opérations de défense «nécessaires» risque de conduire certains défenseurs à ne fournir qu'un service minimum, les plaçant dans un conflit d'intérêts vis-à-vis de leurs clients, voire dans un rapport de dépendance vis-à-vis de la direction de la procédure. Pour l'heure, ce ne sont que d'obscurs augures dont on veut croire qu'ils n'empêcheront pas *«l'avocat respectueux de l'honneur que lui vaut sa profession et conscient des obligations qu'elle lui impose de remplir sa tâche le plus correctement possible»*<sup>50</sup>. Mais, si ces présages devaient devenir réalité, la défense d'office pourra alors être qualifiée de défense de seconde classe et l'avocat d'office d'avocat du procureur.

<sup>42</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 14.12.2017, 6B\_497/2017; Arrêt du Tribunal fédéral du 19.8.2014, 6B\_165/2014.

<sup>43</sup> Directive 3.3 du Procureur général du Canton de Vaud, adoptée le 1.11.2016, ch. 2.4.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> ERNI, *op. cit.*, p. 282.

<sup>46</sup> ERNI, *op. cit.*, p. 281.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> ATF 137 III 185, 190; ATF 132 I 201, 218.

<sup>50</sup> ATF 109 Ia 107, 111.