

# ENREGISTREMENT VIDÉO ET PRÉROGATIVES PROCÉDURALES DE L'AVOCAT: TF 1B\_445/2012 DU 8 NOVEMBRE 2012

FRANÇOIS BOHNET

Professeur à l'Université de Neuchâtel, LL. M. (Harvard), avocat

Mots-clés: avocat, enregistrement vidéo, droits de la défense, prérogatives procédurales de l'avocat, auxiliaire de la justice

En sa qualité de garant de l'Etat de droit, l'avocat dispose de certaines prérogatives procédurales. Il peut en particulier se voir délivrer le dossier pour une consultation à son cabinet. Ce principe vaut également pour la consultation de l'enregistrement vidéo de la déposition de la victime, pièce essentielle du dossier pénal, comme le retient l'arrêt 1B\_445/2012 du 8 novembre 2012. Le Tribunal fédéral encadre cependant strictement les modalités d'exercice de ce droit.

## I. Le contexte

Bien qu'il ne soit pas destiné à la publication au recueil officiel, l'arrêt 1B\_445/2012, consacré à la consultation par le prévenu et son avocat de l'enregistrement vidéo de la déposition de la victime, mérite quelques brefs développements. S'il s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence qui accorde à l'avocat un privilège en matière d'accès au dossier, compte tenu de la confiance placée en lui, cet arrêt pose des règles strictes en la matière.

## II. Les devoirs et privilèges de l'avocat

Depuis la célèbre jurisprudence du Tribunal fédéral consacrée au «procès de Porrentruy»<sup>1</sup>, la définition du rôle de l'avocat, en particulier en matière pénale, n'a plus varié: «L'avocat est »serviteur du droit« et »collaborateur de la justice« dans la mesure où il lui incombe de conseiller et de soutenir les justiciables dans la poursuite de leurs intérêts subjectifs juridiquement protégés. Il assume ainsi 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»<sup>2</sup>. L'avocat dispose de la faculté d'assister et de représenter les parties en justice en toute indépendance. Il garantit au citoyen un accès effectif à la justice et la possibilité pour lui d'obtenir la consécration de ses droits. Son rôle est essentiel dans la structure de tout Etat de droit.

### 1. Les devoirs

En d'autres termes, l'avocat n'est en aucun cas un organe étatique, ou un assistant du juge. Mais le respect de sa fonction de garant de l'Etat de droit<sup>3</sup> implique que l'avocat dispose d'une formation adéquate (art. 7 LLCA) et soit

soumis à diverses règles professionnelles, inscrites aux articles 12 et 13 LLCA et que l'on peut globalement rattacher aux devoirs de diligence et d'indépendance<sup>4</sup>. Le Tribunal fédéral a posé dans sa jurisprudence<sup>5</sup> que ces devoirs «limitent en quelque mesure sa liberté d'action. Il est tenu de maintenir la dignité de la profession et d'observer à cet égard les règles écrites et non écrites qui doivent assurer, dans l'intérêt des justiciables et du fonctionnement régulier des institutions, la confiance en sa personne et dans le barreau en général. A l'égard des autorités judiciaires, la confiance en l'avocat présuppose notamment que ce dernier conserve toute son indépendance vis-à-vis de ses clients; s'il vient à perdre cette indépendance, on ne peut plus être sûr qu'il exercera convenablement son activité, et qu'il n'utilisera pas sa position à des fins étrangères à la procédure»<sup>6</sup>.

- 1 ATF 106 Ia 100, JdT 1982 I 579 et ATF 108 Ia 316, JdT 1984 I 183. Ces deux arrêts s'inscrivent dans le cadre des procédures disciplinaires à l'encontre d'avocats zurichois ayant défendu devant les tribunaux bernois les terroristes allemands membres de la Fraction armée rouge (Bande à Baader) Gabriele Kröcher-Tiedemann et Christian Möller qui avaient blessé gravement deux douaniers suisses lors d'une fusillade à la douane de Fahy.
- 2 ATF 106 Ia 100, consid. 6b, JdT 1982 I 579.
- 3 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 3158 ss.
- 4 BOHNET/MARTENET, N 1104 ss.
- 5 ATF 106 Ia 100, JdT 1982 I 579; 103 Ia 426, JdT 1979 I 115; 98 Ia 56, JdT 1973 I 301.
- 6 TF, RDAF 1986 157.

## 2. Les privilèges

En contrepartie, l'avocat jouit d'un certain nombre de privilèges dans l'exercice de sa profession, qui lui permettent d'assurer pleinement sa fonction. En particulier, l'avocat peut se prévaloir du secret professionnel, a le droit de consulter le dossier à son étude et bénéficie d'une présomption de bonne foi dans ses déclarations<sup>7</sup>.

Concernant spécifiquement la *consultation du dossier*, la jurisprudence retient que l'avocat est en droit d'en prendre connaissance en dehors des greffes et de l'administration, compte tenu de la confiance placée en lui<sup>8</sup>. Il s'agit à notre avis d'un véritable droit qui peut se rattacher aux garanties générales de procédure, mais qui est susceptible de connaître des restrictions ou aménagements particuliers<sup>9</sup>. Il vaut d'une manière générale pour l'avocat inscrit au registre cantonal<sup>10</sup>. En matière pénale, le CPP va plus loin, puisqu'il prévoit que le conseil juridique des parties (art. 127 al. 4 et 5 CPP: il ne s'agit pas nécessairement d'un avocat pour le plaignant) peut se faire remettre le dossier (art. 102 al. 2 CPP), étant précisé que la direction de la procédure doit prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts légitimes au maintien du secret. Est plus discutée la question de savoir si l'avocat dispose d'un droit de se faire envoyer le dossier à son cabinet. Il convient en principe de l'admettre, pour des raisons pratiques évidentes. Un canton ne peut pas limiter l'envoi aux seuls avocats inscrits au registre de son canton sans violer le droit à la liberté économique dont l'avocat peut se prévaloir<sup>11</sup>. Relevons que selon la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas incompatible avec les droits de la défense garantis par l'article 6 § 3 CEDH de réserver exclusivement à l'avocat l'accès au dossier de l'accusé<sup>12</sup>. Le même principe vaudrait pour le plaignant, dont les droits sont garantis par l'article 6 § 1 CEDH<sup>13</sup>.

## III. Le cas particulier des enregistrements vidéo dans une affaire LAVI

### 1. Les principes

Comme pour tout élément du dossier, l'avocat peut en principe se faire délivrer les enregistrements vidéo versés au dossier et les visionner à son cabinet. Le Tribunal fédéral le relève au considérant 3.2 de l'arrêt commenté: le droit de consulter l'enregistrement vidéo de la déposition de la victime est un *élément essentiel* des droits de la défense garantis par les art. 6 par. 3 CEDH et 32 al. 2 Cst., dans la mesure où la procédure suivie à l'égard d'une victime LAVI, de surcroît mineure, déroge au principe de contradiction qui préside à l'administration des preuves (art. 147 CPP). Il s'agit donc d'une pièce déterminante et il convient de faire en sorte qu'elle puisse être examinée par le prévenu et son avocat. Les facilités nécessaires à la préparation de la défense justifient que la consultation puisse «être possible durant les jours précédant les débats, voire même alors que ceux-ci sont déjà ouverts, le cas échéant en dehors des heures d'ouverture des bureaux»<sup>14</sup>.

L'intérêt de la victime à éviter que l'enregistrement tombe dans de mauvaises mains et circule le cas échéant

sur Internet doit être pris en compte par la direction de la procédure au moment de définir les modalités de la consultation (art. 102 al. 1 CPP). Il s'agit là d'un principe général qui s'applique à toute procédure mettant en jeu des intérêts contradictoires. Il est manifestement possible de parer au risque de diffusion en remettant l'enregistrement à l'avocat exclusivement et en exigeant de lui qu'il n'en remette pas de copie à son client ou à toute autre personne. Le Tribunal fédéral, qui glisse de la notion de conseil juridique visée par l'art. 107 al. 2 CPP à celle d'avocat, retient que «ce statut privilégié repose sur la considération qu'en tant qu'auxiliaire de la justice, l'avocat professionnel doit exercer son mandat avec diligence et en toute indépendance et s'abstenir de tout procédé allant au-delà de ce qu'exige la défense de son client. Sur ce point, l'avocat professionnel bénéficie d'une présomption qui lui permet notamment de recevoir en mains propres et sous sa responsabilité les éléments du dossier, indépendamment des doutes qui pourraient exister à l'égard de son client»<sup>15</sup>. Ce passage de l'arrêt, s'il ne mentionne expressément aucun précédent, se fonde manifestement sur l'ATF 122 I 109 en matière de consultation du dossier et, en amont, sur l'ATF 106 la 100 sur le rôle de l'avocat en procédure.

Le Tribunal fédéral relève que l'avocat, rendu attentif au fait qu'il lui est strictement interdit de copier l'enregistrement vidéo d'une quelconque manière, ou de le laisser à disposition de son client ou de toute autre personne, devra en outre prendre toutes les précautions afin d'empêcher que le contenu de la vidéo ne puisse être repris et diffusé de quelque manière que ce soit, en particulier sur Internet. Il rappelle encore que, «en tant qu'avocat, l'intéressé ne peut ignorer les conséquences, en particulier civiles ou disciplinaires, qu'il pourrait encourir en cas d'infraction à ces prescriptions»<sup>16</sup>.

### 2. Les cautions supplémentaires imposées par le Tribunal fédéral

D'après la Haute cour, les mesures mentionnées au chiffre précédent doivent cependant être complétées. Ainsi, celle-ci retient que le visionnement de la vidéo ne pourra avoir lieu hors la présence de l'avocat, ou par d'autres personnes que le prévenu. De plus, la copie en possession de

l'avocat devra être restituée au Ministère public à l'issue de la procédure, l'ensemble de ces prescriptions devant aussi être respectées en cas de changement d'avocat.

Fallait-il aller au-delà des prescriptions de la Cour cantonale? L'interdiction du visionnement en dehors de la présence de l'avocat ou par d'autres personnes que le prévenu mérite d'être discutée. La première mesure visait apparemment à répondre à la crainte de la victime de voir le prévenu «profiter des heures durant des images de l'enfant et de la victime racontant les tourments qu'elle a subis»<sup>17</sup>. Peut-on exiger de l'avocat qu'il soit à côté du prévenu lors du visionnement? S'il s'agit par cette mesure d'éviter que le prévenu ne filme par exemple l'enregistrement avec son portable (et donc ne le diffuse ultérieure-

ment), il suffit, pour éviter ce risque, que l'avocat prévoie la présence de l'un de ses auxiliaires lors du visionnement. Sur ce point, la deuxième mesure doit donc être interprétée: elle ne devrait pas concerner les auxiliaires de l'avocat, en particulier ses stagiaires ou para-légaux, qui devraient pouvoir prendre connaissance de l'enregistrement pour la préparation du dossier. A trop vouloir encadrer l'avocat, ne remet-on pas en cause le fondement même du privilège qui lui est accordé en matière de consultation du dossier, à savoir la confiance placée en lui?

17 TF 1B\_445/2012, consid. 3.3.

7 Pour une liste plus complète des prérogatives de l'avocat, voir BOHNET/MARTENET, N 3283 ss.

8 TF (22.05.2008) 2C\_344/2007, consid. 2.1; ATF 122 I 109, consid. 2b; 108 la 5, consid. 3, JdT 1984 I 32. Sur l'étendue du droit à la consultation, voir ATF 133 I 100, RSPC 2007 238; TF (11.02.2008) 2C\_688/2007, RSPC 2008 242; ATF 129 IV 141, consid. 3.3.1.

9 BOHNET/MARTENET, N 3291.

10 Voir TF (15.03.2007) 1P.55/2007 et 1P.839/2006, RSPC 2007 263.

11 ATF 122 I 109, consid. 4. Voir aussi ATF 120 IV 242, JdT 1996 IV 175.

12 CourEDH, arrêt *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, Série A n° 68, § 88.

13 CourEDH, arrêt *Frangy c. France* du 1<sup>er</sup> février 2005, requête n° 42270/98.

14 TF 1B\_445/2012, consid. 3.2.

15 TF 1B\_445/2012, consid. 3.3.2.

16 TF 1B\_445/2012, consid. 3.3.2.