

## 7. Strafrecht/Droit pénal

### 7.6. Strafprozessrecht und Gerichtsorganisation/ Procédure pénale et organisation judiciaire

#### (2) TF 6B\_294/2016 : Défaillance, restitution de délai et faute de l'avocat

Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, Arrêt 6B\_294/2016 du 5 mai 2017 (destiné à publication), X. contre *Ministère public central du canton de Vaud*, Restitution de délai.



CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE\*

### I. Introduction

Dans un arrêt du 5 mai 2017, le Tribunal fédéral a admis la restitution, en faveur du prévenu, du délai d'appel que son avocat avait manqué d'observer. Le conseil avait été nommé d'office et il s'agissait d'un cas de défense obligatoire.

Cette affaire constitue le premier cas, depuis l'entrée en vigueur du CPP, dans lequel le Tribunal fédéral n'a pas imputé au prévenu la faute de son défenseur, tout en précisant les limites de cette exception. Après avoir résumé cette affaire, nous rappellerons les principes de base régissant la défaillance et l'imputation de la faute en pareil cas, avant d'exposer la portée concrète de cet arrêt.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. En fait

L'arrêt porte sur un appel déposé tardivement contre un jugement de première instance, condamnant le recourant pour infractions grave et simple à la LStup<sup>1</sup> à une peine privative de liberté de treize mois avec sursis et à une amende de CHF 700. Le recourant était assisté d'un défenseur d'office, étant précisé qu'il s'agissait d'un cas de défense obligatoire au sens de l'art. 130 let. b CPP.

L'annonce d'appel a été effectuée à temps, mais la déclaration d'appel n'a été déposée que le lendemain de l'échéance du délai de vingt jours de l'art. 399 al. 3 CPP.

Le défenseur d'office du recourant a déposé devant la Cour d'appel pénale une demande de restitution de délai en même temps que la déclaration d'appel tardive. Il y a

\* CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE. Dr en droit, avocate, St-Sulpice.

<sup>1</sup> Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup ; RS 812.121).

exposé qu'une confusion au sein de son secrétariat concernant la personne qui devait acheminer le courrier le jour de l'échéance était à l'origine de la défaillance.

La Cour d'appel pénale a rejeté cette requête et déclaré l'appel irrecevable, puisque tardif. Le conseil du recourant a donc déposé un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral, concluant à la restitution du délai en invoquant l'art. 6 par. 3 let. c CEDH et 94 CPP.

## B. En droit

L'arrêt se concentre sur les conditions d'application de l'art. 94 CPP et son articulation avec le droit à la défense nécessaire et efficace garanti par l'art. 6 par. 3 let. c CEDH, l'art. 14 par 3 let. d Pacte ONU II<sup>2</sup> et l'art. 32 al. 2 Cst.

Après avoir rappelé les conditions « formelles » d'application de l'art. 94 CPP, soit le dépôt d'une demande de restitution et de l'acte de procédure omis dans le délai de 30 jours en justifiant d'un préjudice important et irréparable (c. 1.2), le Tribunal fédéral se penche sur la condition matérielle de la restitution, soit que la partie ou son mandataire ai(en)t été empêché(s) d'agir *sans faute* dans le délai fixé. Il rappelle la jurisprudence (stricte) rendue en application de l'art. 94 CPP (c. 1.3). Si le justiciable ne commet lui-même aucune faute, le Tribunal fédéral a toujours jugé que, sauf erreur grossière, le comportement fautif de l'avocat lui était imputable<sup>3</sup>. La jurisprudence exige en effet du mandataire professionnel qu'il s'organise pour qu'un délai puisse être respecté indépendamment d'un éventuel empêchement de sa part<sup>4</sup>. Une défaillance dans l'organisation interne de l'avocat (problèmes informatiques, auxiliaire en charge du recours, absence du mandataire principal) ne constitue pas un empêchement non fautif justifiant une restitution du délai<sup>5</sup>.

La faute émanant en l'espèce du secrétariat du mandataire, le Tribunal fédéral commence par rappeler que l'avocat répond de la faute de ses auxiliaires (c. 2.1)<sup>6</sup>. Sous c. 2.2, le Tribunal fédéral se penche sur l'exception à la règle de l'imputation de la faute de l'avocat à son client en cas d'erreur grossière lorsqu'il s'agit d'un cas de défense obligatoire. Il rappelle les obligations qu'impliquent le droit

à l'assistance d'un avocat (garanti par l'art. 6 par. 3 let. c CEDH notamment) selon la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et le Tribunal fédéral (c. 2.2.1 et c. 2.2.2). En particulier, la CourEDH considère que la seule nomination d'un conseil n'assure pas l'effectivité de l'assistance d'un avocat procurée au prévenu<sup>7</sup>. L'art. 6 par. 3 let. c CEDH implique en sus des obligations positives à charge de l'Etat en cas de carences manifestes de la part du conseil d'office<sup>8</sup>. Selon le Tribunal fédéral, il faut assurer au prévenu une défense compétente, assidue et efficace. Dès lors, lorsque les autorités tolèrent à tort que le défenseur néglige gravement les devoirs que lui imposent sa profession et sa fonction au détriment du prévenu, une violation des devoirs de la défense peut être retenue<sup>9</sup>. Ne sont concernés que des comportements matériellement injustifiables ou manifestement fautifs (inobservation d'un délai ou d'un terme, par exemple) et dans la mesure où ils portent atteinte de manière substantielle aux droits de la défense du prévenu<sup>10</sup>.

Sous c. 2.2.3, le Tribunal fédéral applique ces principes à l'art. 94 CPP. Faisant siennes une partie des conditions d'application proposées par RIEDO<sup>11</sup>, il arrive à la conclusion qu'on ne peut pas imputer la faute de l'avocat à son client lorsque : (1) il s'agit d'un cas de défense obligatoire ; (2) le comportement relève de la négligence grave, est complètement faux ou totalement contraire aux règles de l'art et ; (3) le préjudice subi par le prévenu ne peut être réparé par une action en dommages-intérêts. Selon RIEDO, la réparation pécuniaire serait envisageable lorsque le prévenu n'a été condamné qu'à une amende ou à une peine pécuniaire, sans inscription dans le casier judiciaire<sup>12</sup>. Enfin, le prévenu

<sup>2</sup> Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 ; RS 0.103.2).

<sup>3</sup> TF, 6B\_673/2015, 19.10.2016, c. 2.1.2 ; 6B\_1074/2015, 19.11.2015, c. 3.2 ; 6B\_722/2014, 17.12.2014, c. 2.1 ; 1B\_250/2012, 31.7.2012, c. 2.3 ; 6B\_60/2010, 12.2.2010, c. 1 ; 1P.829/2005, 1.5.2006, c. 3.3, in : SJ 2006 I 449 ; 1P.485/1999, 18.10.1999, c. 4, in : SJ 2000 I 118.

<sup>4</sup> ATF 119 II 86 c. 2a.

<sup>5</sup> TF, 6B\_673/2015, 19.10.2016, c. 2.1.2 ; 6B\_1074/2015, 19.11.2015, c. 3.1.2.

<sup>6</sup> ATF 114 Ib 67 c. 2 ; TF, 6F\_15/2013, 29.10.2013, c. 2.3.

<sup>7</sup> CourEDH, *Sannino c. Italie*, Requête n° 30961/03, arrêt du 27 avril 2006, § 48 ; *Czekalla c. Portugal*, Requête n° 38830/97, arrêt du 10 octobre 2002, § 60 ; *Daud c. Portugal*, Requête n° 11/1997/795/997, arrêt du 21 avril 1998, § 38 ; *Imbrioscia c. Suisse*, Requête n° 13972/88, arrêt du 24 novembre 1993, § 38 ; *Goddi c. Italie*, Requête n° 8966/80, arrêt du 9 avril 1984, § 26.

<sup>8</sup> Inobservation d'une condition de forme dans un mémoire de recours rendant celui-ci irrecevable, obligation d'inviter à compléter ou corriger l'écriture (CourEDH, *Czekalla c. Portugal* [n. 7]) ; Inobservation, prétendument à cause d'un malentendu, par le conseil d'office du délai légal pour un appel devant une troisième instance, alors que l'accusé, condamné à neuf ans de prison, avait indiqué devant la deuxième instance son intention d'aller devant la Cour Suprême (CourEDH, *Andrejev c. Estonie*, Requête n° 48132/07, arrêt du 22 novembre 2011, §§ 69–78).

<sup>9</sup> ATF 138 IV 161 c. 2.4 ; 126 I 194 c. 3d.

<sup>10</sup> ATF 120 Ia 48 c. 2b/bb ; TF, 6B\_89/2014 1.5.2014 c. 1.5.

<sup>11</sup> BSK StPO-RIEDO, art. 94 N 57, in : MARCEL ALEXANDER NIGGLI/MARIANNE HEER/HANS WIPRÄCHTIGER (éds), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cit. BSK StPO-RIEDO).

<sup>12</sup> BSK StPO-RIEDO (n. 11), art. 94 N 57. Voir pourtant sur ce point un arrêt de la Cour de cassation de Zurich (KassGer ZH, AC080018, 2.10.2008, c. 5.3) qui souligne la nécessité de restituer un délai en cas de peine d'une certaine importance (« *Strafe von einigem Gewicht* »).

ne doit lui-même avoir commis aucune faute propre, qui exclurait l'application de l'art. 94 CPP – et rendrait superflu l'examen de l'imputabilité de la faute du conseil.

En appliquant ces conditions au cas d'espèce, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que l'imputation au recourant de la faute de son avocat violait le droit à une défense pénale effective au sens de l'art. 6 par. 3 let. c CEDH. Partant, le délai d'appel devait lui être restitué, de sorte que le recours a été admis et la cause renvoyée à la Cour d'appel pénale pour nouvelle décision.

### III. Commentaires et réflexions

#### A. La défaillance et la restitution de délai

##### 1. En général

Selon l'art. 93 CPP, une partie est défaillante si elle n'accomplit pas un acte de procédure à temps ou ne se présente pas à l'audience fixée.

L'observation des délais est visée à l'art. 91 CPP, qui prévoit que l'acte de procédure doit être accompli auprès de l'autorité compétente au plus tard le dernier jour du délai. En cas de dépôt d'un écrit, il doit être remis à cette date à un office de Poste suisse pour être considéré comme accompli à temps (art. 91 al. 2 CPP)<sup>13</sup>. En cas de transmission par voie électronique, le système informatique de l'autorité doit accuser réception de l'acte le dernier jour du délai (art. 92 al. 3 CPP).

La partie qui ne se présente pas à une audience ne sera défaillante que si elle est absente sans excuse<sup>14</sup> et sans avoir été dispensée de comparaître personnellement. Constitue par exemple une excuse valable le fait de ne pas avoir été régulièrement cité à comparaître<sup>15</sup> ou le fait de se trouver à l'hôpital le jour de l'audience, quand bien même le prévenu n'aurait pas informé le tribunal suffisamment à l'avance<sup>16</sup>.

En cas de défaut selon l'art. 93 CPP, la partie ou son mandataire peut déposer une demande de restitution de délai selon les règles posées à l'art. 94 CPP. La partie défaillante doit ainsi (1) dans les trente jours à compter de celui

où l'empêchement a cessé ; (2) demander la restitution et accomplir l'acte de procédure omis ; (3) justifier d'un préjudice important et irréparable et, enfin ; (4) rendre vraisemblable qu'aucune faute ne lui est imputable<sup>17</sup>. Les deux premières conditions formelles appellent peu de commentaires, si ce n'est que le délai reste de trente jours, même lorsque le délai manqué était plus court<sup>18</sup>.

#### 2. Le préjudice important et irréparable

La doctrine considère la condition du préjudice important et irréparable essentiellement sous l'angle procédural. Ainsi, un tel préjudice est présent lorsque la défaillance empêche définitivement la partie de faire valoir ses droits, y compris à un stade ultérieur de la procédure<sup>19</sup>.

La jurisprudence semble quant à elle plutôt se référer à l'enjeu matériel de la procédure pour le défaillant<sup>20</sup>. En particulier, elle admet un tel préjudice à l'égard de celui qui est condamné à une peine privative de liberté de 180 jours, avec sursis, et à une amende de CHF 3'000<sup>21</sup>, ou de celui qui est condamné à une peine pécuniaire ferme<sup>22</sup>. Dans l'arrêt 6B\_294/2016, le Tribunal examine, pour la nier, la possibilité pour le prévenu d'obtenir la réparation de son préjudice par une action en dommages-intérêts (c. 2.2.3 *in fine*).

A notre avis, les deux aspects du préjudice doivent être invoqués : la perte définitive de la possibilité de faire valoir un droit, de même que l'effet concret de ce préjudice. Sur ce dernier point, l'existence d'un préjudice important et irréparable ne doit pas être examinée trop restrictivement, étant donné qu'il s'agit d'une procédure pénale. Ainsi, le seul fait de risquer une condamnation lorsque l'on plaideait l'acquiescement nous semble suffisant, sans qu'il soit indispensable de se référer à la quotité de la sanction. L'inscription au casier judiciaire constitue également un préjudice important et irréparable (*cf.* art. 366 al. 2 CP et art. 3 Ordonnance VOSTRA<sup>23</sup>) – à tout le moins lorsque le casier du prévenu

Restitution refusée en l'espèce car aucun préjudice important ne menaçait le condamné (« *keine schwerwiegenden Folgen* »), le délai d'épreuve de la peine avec sursis (trente jours de peine privative de liberté et CHF 500 d'amende) ayant déjà été dépassé au moment où la demande de restitution était jugée.

<sup>13</sup> Cette disposition prévoit des règles particulières en cas d'envoi depuis l'étranger (écrit remis à une représentation consulaire ou diplomatique suisse) ou depuis un établissement carcéral (acte de procédure remis à la direction de la prison).

<sup>14</sup> Ainsi que le précise le texte légal dans les dispositions topiques : *cf.* les art. 336 al. 4, 355 al. 2, 368 al. 3, 369 al. 4, 407 al. 1 let. a, al. 2 et al. 3 CPP.

<sup>15</sup> TF, 6B\_652/2013, 26.11.2013, c. 1.4.1 et 1.4.3.

<sup>16</sup> TF, 6B\_530/2016, 26.7.2017, c. 2.4.

<sup>17</sup> TF, 1B\_41/2016, 24.2.2016, c. 4.1.1 et 4.1.2.

<sup>18</sup> JO PITTELOUD, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/St-Gall 2012, N 216.

<sup>19</sup> CR CPP-STOLL, art. 94 N 9, in : ANDRÉ KUHN/YVAN JEANNERET (éds), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle 2010 (cit. CR CPP-STOLL) ; BSK StPO-RIEDO (n. 11), art. 94 N 26 ss ; CHRISTOF RIEDO/GERHARD FIOKA/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Bâle 2011, N 739 ; PITTELOUD (n. 18), N 217.

<sup>20</sup> *Cf.* l'arrêt déjà cité (n. 12) de la Cour de cassation de Zurich qui se réfère à une peine d'une certaine importance (« *Strafe von einigem Gewicht* »).

<sup>21</sup> Absence à l'audience fixée après opposition à une ordonnance pénale, fiction de retrait de l'opposition (TF, 6B\_1092/2014, 14.12.2015, c. 2.3).

<sup>22</sup> TF, 6B\_1074/2015, 19.11.2015, c. 3.

<sup>23</sup> Ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire (Ordonnance VOSTRA ; RS 331).

était vierge ou que les inscriptions précédentes n'étaient (bientôt) plus visibles sur l'extrait destiné aux particuliers selon l'art. 371 CP. Une inscription au casier judiciaire empêche en effet l'accès à de nombreuses professions, voire, de plus en plus fréquemment, à la possibilité de louer un appartement. En revanche, celui qui n'entendait contester que la question de la répartition des frais et manque le délai d'appel, par exemple, ne nous paraît exposé à un préjudice ni important ni irréparable, de même que celui qui ne conteste qu'une partie des infractions qui lui sont reprochées, lesquelles n'auraient qu'une infime influence sur la quotité de la sanction.

### 3. La vraisemblance de l'absence de faute

La condition de l'absence de faute a toujours été examinée sous un angle sévère par la jurisprudence. Même une faute légère de la partie défaillante suffit à exclure la restitution<sup>24</sup>. La partie doit ainsi rendre vraisemblable qu'elle était objectivement ou subjectivement dans l'impossibilité d'agir par elle-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom dans le délai, par exemple en cas de maladie ou d'accident<sup>25</sup>. A cet égard, la jurisprudence examine le moment auquel l'accident ou la maladie sont survenus ainsi que l'importance de l'atteinte à la santé<sup>26</sup>. Il doit s'agir de circonstances importantes : la restitution n'est accordée que lorsqu'il y a clairement absence de faute du justiciable ou de son mandataire<sup>27</sup>.

Le justiciable absent doit selon la jurisprudence prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde d'un éventuel délai qui pourrait lui être imparti pour autant qu'il doive s'attendre à recevoir des communications officielles<sup>28</sup>, ce qui est le cas dès qu'il sait qu'une procédure est ouverte et pendant toute la durée de celle-ci<sup>29</sup>. A contrario, il n'y a pas de faute de la part du justiciable absent qui ne devait pas s'attendre à une communication officielle<sup>30</sup>.

Il n'y aura pas non plus de faute en cas d'indication inexacte des voies de droit, pour autant que l'erreur ne soit pas aisément reconnaissable pour le justiciable ou son conseil, par une simple lecture de la législation applicable.

La jurisprudence n'exige pas qu'outre les textes de loi, ils consultent la jurisprudence ou la doctrine y relatives. Déterminer si la négligence commise est grossière au point qu'elle exclue la protection de la bonne foi s'apprécie selon les circonstances concrètes et les connaissances juridiques de la personne en cause. La jurisprudence est plus exigeante à l'égard des avocats et attend de ces derniers qu'ils procèdent à un contrôle sommaire des indications données<sup>31</sup>.

Celui qui ne comprend pas une décision et laisse s'écouler un délai parce qu'il ne parle pas suffisamment la langue ou n'a pas les connaissances nécessaires pour évaluer correctement la portée d'une décision agit de façon fautive<sup>32</sup>. Il appartient au justiciable de se renseigner auprès d'un homme de loi ou de requérir à temps les services d'un traducteur.

### B. L'imputation de la faute

Comme déjà relevé, même une faute légère du justiciable suffit à exclure la restitution de délai. Lorsque la faute émane d'un tiers, la question est de savoir dans quelle mesure elle peut être imputée au prévenu, qu'il s'agisse d'une faute de l'avocat ou des auxiliaires de celui-ci.

#### 1. L'imputation à l'avocat de la faute de ses auxiliaires

La jurisprudence admet que l'avocat répond toujours de la faute de ses auxiliaires, qu'il s'agisse de ses employés (stagiaires ou secrétaires) ou d'une banque dans le cas du versement d'une avance de frais<sup>33</sup>. Est imputable à l'avocat la faute du secrétaire qui part sans vérifier que la requête de prolongation de délai, formée le dernier jour utile, ait bien été signée par l'avocat ou l'un de ses associés<sup>34</sup>, celle du comptable qui omet de faire virer le montant de l'avance de frais<sup>35</sup> et celle du secrétaire qui perd la notification du jugement (pli qui a glissé derrière une pile de cartons)<sup>36</sup>.

L'avocat ne peut donc jamais invoquer utilement en faveur de son client que la faute ne vient pas de lui-même.

#### 2. L'imputation au prévenu de la faute de son avocat

S'agissant de l'imputation au prévenu de la faute de l'avocat (directe ou émanant de ses auxiliaires), le Tribunal fédéral a toujours été particulièrement sévère. Ainsi, bien qu'il ait répété que, « sauf erreur grossière », la faute du conseil était imputable au client, il a imputé à ce dernier dans de

<sup>24</sup> LAURENT MOREILLON/AUDE PAREIN-REYMOND, *Petit Commentaire CPP*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, art. 94 N 4 ; NIKLAUS SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, Praxiskommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/St-Gall 2013, art. 94 CPP N 3.

<sup>25</sup> TF, 6B\_360/2013, 3.10.2013 c. 3.1 ; 6B\_158/2012, 27.7.2012, c. 3.2.

<sup>26</sup> ATF 119 II 86 c. 2a ; 112 V 255 c. 2a ; TF, 1B\_741/2012, 14.1.2013, c. 3 ; 8C\_767/2008, 12.1.2009, in : SVR 2009 UV n° 25 p. 90.

<sup>27</sup> TF, 6B\_125/2011, 7.7.2011, c. 1 ; 6P.154/2003, 26.2.2004, c. 2.1.

<sup>28</sup> Pour un exemple récent : TF, 6B\_1187/2016, 6.7.17, c. 1.2 et 1.4 ; 1B\_519/2011, 21.10.2011, c. 3 qui se réfère à l'ATF 130 III 396 c. 1.2.3, relatif à la fiction de notification.

<sup>29</sup> TF, 6B\_314/2012, 18.2.2013, c. 1.3.1 ; ATF 130 III 396 c. 1.2.3.

<sup>30</sup> ATF 107 V 190 c. 2.

<sup>31</sup> ATF 138 I 49 c. 8.3.2 ; 135 III 374 c. 1.2.2.2 ; TF, 5A\_401/2007, 29.8.2007, c. 4.2 et les réf. citées.

<sup>32</sup> TF, 1C\_147/2011, 11.1.2012 c. 2.3, in : SJ 2012 I 197 ; 1P.232/2006, 3.7.2006, c. 3.3 ; ATF 93 II 433.

<sup>33</sup> ATF 114 Ib 67 c. 2 ; 107 Ia 168 c. 2a et les arrêts cités.

<sup>34</sup> TF, 2C.1/1999, 5.11.1999.

<sup>35</sup> TF, 1P.588/1988, 30.11.1988.

<sup>36</sup> TF, 1P.151/2002, 28.5.2002.

nombreux cas des fautes pourtant particulièrement graves. Ont par exemple été imputées au prévenu :

- la faute de l'avocat qui, pour cause de réorganisation de son étude, avait omis de transmettre à son client une convocation à l'audience de première instance fixée après une opposition à une ordonnance pénale<sup>37</sup> ;
- l'erreur de calcul du délai de recours au Tribunal fédéral, alors que l'avocat, malade du cœur et souffrant de perte de concentration, avait admis à tort que les fêtes s'appliquaient (arrêt rendu sous l'ancien droit)<sup>38</sup> ;
- l'erreur dans l'inscription de la date et de l'heure d'une audience<sup>39</sup> ;
- l'erreur de calcul du délai d'opposition à une ordonnance pénale (tout en précisant qu'il ne s'agissait pas d'un cas de défense obligatoire, ni de défense d'office)<sup>40</sup>.

L'arrêt 6B\_294/2016 constitue l'unique affaire, à tout le moins depuis l'entrée en vigueur du CPP, dans laquelle le Tribunal fédéral a admis que la faute grave de l'avocat ne pouvait être imputée à son client. Les conditions posées à cette exception sont pourtant restrictives, le TF ayant visiblement cherché à restreindre autant que possible la portée de cet arrêt.

## C. Portée de l'arrêt

### 1. Les conditions de l'exception de l'imputation

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral pose trois conditions pour exclure l'imputation de la faute de l'avocat au prévenu : (1) il s'agit d'un cas de défense obligatoire ; (2) le comportement relève de la négligence grave, est complètement faux ou totalement contraire aux règles de l'art et ; (3) le préjudice subi par le prévenu ne peut être réparé par une action en dommages-intérêts.

En réalité, le fait pour un avocat de rater un délai constitue toujours l'exemple cité par le Tribunal fédéral comme le cas d'école de la négligence grave, tout comme le fait d'être absent à une audition importante ou de mal s'y préparer<sup>41</sup>. Ainsi, si l'avocat doit demander la restitution d'un délai en application de l'art. 94 CPP et ne peut pas exclure sa propre faute<sup>42</sup>, le tribunal peut s'abstenir d'examiner si

la négligence peut être qualifiée de grave. Cela étant, on ne voit pas que l'on restitue un délai au prévenu dont l'avocat a commis une erreur grossière et qu'on refuserait ce droit à celui dont le conseil n'a commis qu'une faute légère, ce qui équivaldrait à récompenser l'importance de l'erreur<sup>43</sup>.

La troisième condition, comme le relève le Tribunal fédéral lui-même, est incluse dans l'exigence de l'art. 94 CPP qui suppose pour le prévenu de justifier d'un préjudice important et irréparable. Comme déjà relevé<sup>44</sup>, cette condition ne devrait pas être examinée trop restrictivement.

Ainsi, concrètement, celui qui est défaillant et invoque l'art. 94 CPP pour demander la restitution doit remplir les conditions suivantes :

- déposer la demande et l'acte de procédure omis dans un délai de trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé ;
- faire valoir un préjudice important et irréparable, tant au niveau matériel que procédural ;
- rendre vraisemblable qu'il n'a lui-même commis aucune faute ;
- s'il a un avocat et que la faute émane de son conseil, invoquer qu'il s'agit d'un cas de défense obligatoire.

### 2. Les cas de défense obligatoire

Le Tribunal fédéral entend réserver l'exception de l'imputation de la faute aux cas de défense obligatoire selon l'art. 130 CPP.

La défense obligatoire signifie que le prévenu est tenu d'avoir un défenseur pour des motifs qui relèvent de la gravité de la peine encourue (plus d'une année de privation de liberté ou une mesure privative de liberté, art. 130 let. b CPP), de la personne du prévenu (art. 130 let. c CPP) ou de la situation dans laquelle celui-ci se trouve au regard de la procédure (art. 130 let. a, d et e CPP)<sup>45</sup>.

Pour autant qu'il y ait une situation de défense obligatoire au sens de l'art. 130 CPP, le prévenu doit être pourvu d'un avocat jusqu'au prononcé du jugement entré en force, y compris, donc, pendant une procédure de recours. Doctrine et jurisprudence s'accordent sur le fait qu'il s'agit non seulement de sauvegarder les intérêts du prévenu, mais également ceux de la justice en général en assurant un procès équitable<sup>46</sup>. Le choix du Tribunal fédéral d'assurer au pré-

<sup>37</sup> TF, 6B\_673/2015, 19.10.2016.

<sup>38</sup> TF, 6S.54/2006, 2.11.2006.

<sup>39</sup> TF, 6B\_652/2013, 26.11.2013.

<sup>40</sup> TF, 6B\_1074/2015, 19.11.2015.

<sup>41</sup> TF, 6B\_89/2014 1.5.2014, c. 1.5.1 ainsi que l'arrêt commenté, au c. 2.2.2. La doctrine approuve, indiquant également que ne pas respecter un délai constitue une « faute grossière » (GÉRARD PIQUEREZ/ALAIN MACALUSO, Procédure pénale suisse, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2011, N 842).

<sup>42</sup> Ce qui pourrait être le cas en cas d'indication erronée des voies de droit; cf. *supra* III.A.3.

<sup>43</sup> Cette exigence quant à la gravité de la faute vient en réalité de la jurisprudence relative au droit de demander le remplacement du défenseur d'office (cf. par exemple l'ATF 138 IV 161 c. 2.4 et 2.5 ; TF, 1B\_22/2013, 29.7.2013 ; ATF 135 I 261 c. 1.2)

<sup>44</sup> Cf. *supra* III.A.2.

<sup>45</sup> TF, 1B\_76/2013, 8.5.2013, c. 2.1.

<sup>46</sup> ATF 129 I 281 c. 4.3 ; PIQUEREZ/MACALUSO (n. 41), N 822 ; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, N 435.

venu la restitution d'un délai manqué en tel cas est matériellement justifié ; vu l'enjeu pour le prévenu et le choix du législateur d'imposer la présence d'un défenseur, il en découle nécessairement que l'avocat, considéré comme indispensable, doit défendre le prévenu de façon « compétente, assidue et efficace » selon les termes de la jurisprudence<sup>47</sup>. Partant, en cas de manquement à ces devoirs, les autorités pénales devront agir pour sauvegarder les droits du prévenu, notamment en restituant le délai manqué.

Le cas de défense obligatoire le plus fréquent est celui où le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus d'un an ou d'une mesure privative de liberté (art. 130 let. b CPP). Cela peut mettre le défenseur dans la situation délicate de devoir plaider la gravité de la sanction (et donc de la faute de son client) pour obtenir la restitution du délai manqué.

Un cas particulier est celui de l'art. 130 let. a CPP, soit le cas de défense obligatoire justifié par la durée de la détention provisoire (supérieure à dix jours). La doctrine considère qu'il n'y a plus de cas de défense obligatoire lorsque le prévenu est libéré – pour autant qu'aucun autre motif ne soit réalisé selon les lettres b à e de l'art. 130 CPP<sup>48</sup>. Ainsi, le prévenu pourvu d'un défenseur après dix jours de détention qui est libéré, mais ne risque pas une privation de liberté de plus d'un an ou une mesure privative de liberté, n'est plus dans un cas de défense obligatoire. L'exception au principe de l'imputation de la faute de son avocat ne lui serait dès lors pas applicable.

### 3. L'application aux cas de défense d'office « simple »

Le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur l'application de cette exception aux cas de défense d'office, visés par les art. 132 et 133 CPP, qui ne seraient par hypothèse pas des cas de défense obligatoire.

L'art. 132 al. 1 let. b CPP donne le droit au prévenu d'être pourvu d'un défenseur d'office s'il ne dispose pas des moyens nécessaires et pour autant que l'assistance d'un défenseur soit justifiée pour sauvegarder ses intérêts. Tel est le cas si l'affaire présente des difficultés en fait et en droit que le prévenu ne peut surmonter seul et qu'elle n'est pas de peu de gravité (art. 132 al. 2 CPP). Selon le code, le cas n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus de quatre mois, d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou d'un travail d'intérêt général de plus de 480 heures (art. 132 al. 3 CPP). Le Tribunal fédéral a plusieurs fois rappelé

que les art. 132 et 133 CPP codifiaient la jurisprudence en matière d'assistance judiciaire rendue en application des art. 29 al. 3 Cst. et 6 par. 3 let. c CEDH<sup>49</sup>.

L'art. 6 par. 3 let. c CEDH donne à chaque accusé le droit « de se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ». Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, les intérêts de la justice exigent en règle générale la nomination d'un défenseur d'office lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté<sup>50</sup>. Dans l'arrêt *Benham c. Royaume-Uni*, la Cour a en particulier considéré qu'une peine privative de liberté de trois mois donnait déjà à l'accusé le droit à la nomination d'un défenseur d'office – la cause présentant en outre des difficultés que le prévenu ne pouvait surmonter seul<sup>51</sup>.

La jurisprudence de Strasbourg ne distingue pas la défense « obligatoire » de la défense d'office. Dans tous les cas, la défense doit être « concrète et effective »<sup>52</sup>. Les obligations positives de l'Etat en cas de manquement du défenseur s'y imposent dans la même mesure. La jurisprudence commentée ici doit donc nécessairement être étendue aux cas de défense d'office « simple ». L'art. 6 par. 3 let. c CEDH et la jurisprudence de Strasbourg, telle qu'elle a été traduite par le Tribunal fédéral en application de l'art. 94 CPP, commandent que la faute du conseil d'office, même hors cas de défense obligatoire, ne soit pas imputée au prévenu, sous peine de violer les droits de la défense<sup>53</sup>. Ce résultat se justifie également dans ses effets. Comment justifier qu'un délai soit restitué au prévenu qui risque une peine privative de liberté de treize mois, mais que la restitution soit refusée lorsqu'il ne risque « que » huit mois de prison, par exemple ?

### 4. Quid en cas de défense privée non obligatoire ?

Les raisonnements qui précèdent pourraient conduire au résultat choquant que, hors cas de défense obligatoire, celui qui bénéficie d'un conseil d'office soit dans une situation

<sup>47</sup> ATF 138 IV 161 c. 2.4 ; 126 I 194 c. 3d.

<sup>48</sup> VIKTOR LIEBER, in : ANDREAS DONATSCH/THOMAS HANSJAKOB/VIKTOR LIEBER (éds), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, art. 130 N 14a et les auteurs cités.

<sup>49</sup> ATF 139 IV 113 c. 4.3 ; 128 I 225 c. 2.5.2. Voir également à cet égard le Message du Conseil fédéral relatif au CPP (FF 2006 1159) dans lequel il est admis que « la pratique actuelle [...] situe à trois mois et jusqu'à cinq mois de privation de liberté la limite au-delà de laquelle on peut considérer que l'affaire n'est pas une bagatelle ».

<sup>50</sup> CourEDH, *Quaranta c. Suisse*, Requête n° 12744/87, arrêt du 24 mai 1991, §§ 32–38 ; *Benham c. Royaume-Uni*, Requête n° 19380/92, arrêt (Grande Chambre) du 10 juin 1996, §§ 60–64.

<sup>51</sup> CourEDH (GC), *Benham c. Royaume-Uni* (n. 50), §§ 60–64.

<sup>52</sup> CourEDH, *Sannino c. Italie* (n. 7), § 48 ; *Czekalla c. Portugal* (n. 7), § 60 ; *Daud c. Portugal* (n. 7), § 38 ; *Imbrioscia c. Suisse* (n. B), § 38 ; *Goddi c. Italie* (n. 7), § 26.

<sup>53</sup> Conclusion à laquelle arrive également la doctrine : PIQUERREZ/MACALUSO (n. 41), N 842 ; SCHMID (n. 24), art. 94 CPP N 5.

plus favorable que celui qui a les moyens de rémunérer son avocat. Dès lors, à notre sens et pour autant qu'à l'exception de la question des moyens financiers, les conditions de l'art. 132 al. 1 let. b CPP soient réalisées, la faute du défendeur ne devrait pas être imputée au prévenu, que le conseil soit un conseil d'office ou un conseil privé.

#### IV. Conclusion

Le Tribunal fédéral ouvre ici une brèche bienvenue dans la règle sévère de l'imputation de la faute de l'avocat à son client. Bien que la Haute Cour tente de restreindre cette exception aux cas de défense obligatoire, le fondement du raisonnement sur l'art. 6 par. 3 let. c CEDH tend à étendre l'exception aux cas de défense d'office, voire de défense privée. Le résultat doit être approuvé. Dans le cadre d'une procédure pénale, l'enjeu est souvent capital et impose d'assurer au prévenu un droit à une défense effective *et* efficace, sans lui faire supporter les conséquences de l'erreur d'un tiers.