

Directive publique n° 3.1

Intervention des avocats de la 1^{ère} heure, mise en œuvre de la défense obligatoire et désignation des défenseurs d'office

Table des matières

1	Question préliminaire	1
2	Procédure d'investigation policière	2
	2.1 Demande d'un défenseur d'office	2
	2.2 Demande d'être assisté d'un avocat de la 1 ^{ère} heure	2
	2.2.1 Avocat déjà connu du prévenu et indiqué par lui	3
	2.2.2 Nécessité de faire appel à la permanence des défenseurs	3
	2.3 Suite de la procédure après l'audition de police	3
3	Phase d'instruction par le procureur	4
	3.1 Cas de défense obligatoire	4
	3.1.1 Mise en œuvre d'une défense obligatoire de choix	5
	3.1.2 Mise en œuvre d'une défense obligatoire d'office	5
	3.2 Absence de cas de défense obligatoire	6
	3.2.1 Le prévenu ne demande pas de défenseur	6
	3.2.2 Le prévenu mandate un avocat de choix	7
	3.2.3 Le prévenu demande un défenseur d'office	7
	3.3 Utilisation de l'outil de nomination de l'OAV	9
4	Changement de défenseur d'office	9
5	Indemnisation du défenseur d'office	9

1 Question préliminaire

L'examen des questions traitées dans la présente directive exige que soit déterminée à titre préliminaire la phase de la procédure dans laquelle se présente la problématique :

- Procédure d'investigation policière (cf. ch. 2 ci-après) ou
- Phase d'instruction par le procureur (cf. ch. 3 ci-après).

2 Procédure d'investigation policière

Le procureur n'a pas encore été avisé ou a décidé qu'il n'y avait pas matière à ouverture d'instruction (cela signifie en particulier que l'on ne se trouve pas en présence d'une infraction grave ou d'un événement sérieux imposant l'avis au Ministère public et l'ouverture d'une instruction selon les articles 307 alinéa 1^{er} et 309 alinéa 1^{er} lettre a CPP).

Avisé de ses droits lors de son audition par la police, le prévenu peut faire deux types de demande, soit demander à se faire assister d'un avocat de la 1^{ère} heure et/ou demander la désignation d'un défenseur d'office.

2.1 Demande d'un défenseur d'office

Le prévenu peut demander la désignation d'un défenseur d'office à tous les stades de la procédure, y compris durant la phase des investigations policières sans devoir attendre l'ouverture formelle d'une instruction pénale par le Ministère public (cf. ATF 1B_401/2018 c. 2).

Même si à ce stade de la procédure, aucun procureur n'est saisi, il appartient au Ministère public de statuer sur cette requête. Pour ce faire, Le Ministère public ouvre un dossier « PX » (affaire de passage) s'il n'existe pas encore. Une copie de la décision rendue est conservée dans le dossier « PX » et l'original est transmis à la police pour être joint aux documents de la cause.

Si une défense d'office est accordée, le défenseur de permanence intervenu comme avocat de la 1^{ère} heure devant la police aura la priorité pour être désigné d'office. Dans ce dernier cas – et seulement dans ce cas – la désignation d'office rétroagira à la 1^{ère} intervention du défenseur qui pourra donc être indemnisé pour l'entier de son activité (CREP 193/2014 c. 2d et CREP 289/2012, c. 2b). En revanche, si le défenseur de permanence intervenu comme avocat de la 1^{ère} heure n'est pas désigné comme défenseur d'office, il ne sera pas indemnisé par l'autorité pénale.

Au terme des investigations policières, la police retourne au Ministère public un rapport de police avec les annexes, parmi lesquelles la décision rendue au sujet de la défense d'office.

2.2 Demande d'être assisté d'un avocat de la 1^{ère} heure

Le prévenu peut demander que l'on appelle un avocat qu'il connaît. Si celui-ci ne peut être atteint, refuse d'intervenir ou ne peut se présenter dans un délai raisonnable, il faudra faire appel à la permanence des défenseurs. Il y a donc deux cas de figure :

2.2.1 Avocat déjà connu du prévenu et indiqué par lui

Cet avocat est contacté par la police. S'il peut être atteint, accepte le mandat et peut venir assister à l'audition dans un délai raisonnable, il intervient sans autre comme avocat de choix (et de la 1^{ère} heure). Il est aussi envisageable qu'il s'entretienne par téléphone avec son client et convienne avec lui de renoncer à l'assistance d'un avocat de la 1^{ère} heure lors de l'audition par la police.

2.2.2 Nécessité de faire appel à la permanence des défenseurs

Si un avocat de choix ne peut être désigné et mandaté directement par le prévenu (avocat pas atteignable, pas disponible, pas disposé ou le prévenu n'en connaît pas), la police devra faire appel à la permanence et procéder comme suit :

- téléphone de la police au coordinateur de la permanence des défenseurs ;
- brèves explications par la police au coordinateur de la situation, du type d'infraction reprochée et de la demande formulée par le prévenu ;
- la police invite le coordinateur à parler directement au prévenu par téléphone ;
- le coordinateur décide s'il envoie un défenseur comme avocat de choix ;
- si un avocat est envoyé par la permanence, il se présente à la police dans les meilleurs délais en tant que défenseur de choix ;
- il n'est en aucun cas considéré que le prévenu s'est vu octroyer et désigner un défenseur par la police qui n'en a de toute façon pas les compétences.

2.3 Suite de la procédure après l'audition de police

Lorsque le procureur est saisi par la police, cas échéant dans le délai de 24 heures en cas d'arrestation provisoire, il décide s'il ouvre une instruction et statue sur une éventuelle demande de défenseur d'office qui n'aurait pas déjà été traitée (cf. ch. 2.1 ci-dessus).

Si le procureur, au moment où il est saisi par la police, décide d'ouvrir une instruction et identifie un cas de défense obligatoire selon l'article 130 CPP, il devra mettre en œuvre cette défense obligatoire conformément aux articles 131 alinéa 1 et 132 alinéa 1 lettre a chiffre 1 CPP (cf. point 3.1 ci-après). En principe, aucune audition du prévenu par le procureur ne se déroulera alors sans la présence d'un défenseur, qu'il soit d'office ou de choix, à moins que ce dernier y renonce expressément (cf. JdT 2014 III 176 et ATF 6B_1080/2013 c. 1.2).

3 Phase d'instruction par le procureur

On se trouve dans la situation où le procureur a ouvert une instruction ou est sur le point de le faire, qu'il soit directement saisi par une plainte ou par la police.

Ce sera notamment le cas lorsque le Ministère public est avisé d'une infraction grave ou d'un autre événement sérieux qui impose l'ouverture d'une instruction (art. 307 al. 1^{er} et 309 al. 1^{er} let. a CPP). Dans ce cas, le CPP prescrit en principe au Ministère public de conduire lui-même, dans la mesure du possible, les premières auditions importantes dont fait partie celle du prévenu (art. 307 al. 2 CPP).

Une délégation spéciale de certaines auditions à la police reste néanmoins possible, auditions au cours desquelles les participants à la procédure jouissent des mêmes droits que si les auditions étaient effectuées par le Ministère public (art. 312 CPP). C'est donc au procureur qu'il revient d'assumer pleinement à ce stade la responsabilité de régler la question de la défense du prévenu. Même si la première audition du prévenu est déléguée à la police, il n'est pas question de laisser celle-ci trancher les questions relatives au défenseur.

Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre avant la première audition exécutée par le ministère public ou, en son nom, par la police (art. 131 al. 2 CPP), c'est-à-dire après ouverture d'instruction (art. 309 CPP). Il n'existe en revanche pas de défense obligatoire de la première heure lors des investigations policières (ATF 6B _322/2021 du 02.03.22). Lors de l'examen, s'il apparaît d'emblée que la détention provisoire durera plus de 10 jours, il convient de considérer sans attendre qu'il s'agit d'un cas de défense obligatoire.

3.1 Cas de défense obligatoire

La défense obligatoire devant être immédiatement mise en œuvre par la direction de la procédure (art. 131 al. 1 CPP), il appartient au procureur de veiller à ce que dans les opérations préalables à sa première audition dans le cadre de l'instruction, le prévenu soit invité à désigner un défenseur privé, faute de quoi un défenseur d'office lui est désigné sans attendre, cela même si cette audition est faite par la police (art. 131 al. 2 CPP).

Il faut rappeler qu'une audition faite avant qu'un défenseur soit désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, sera en principe inexploitable, dès lors

qu'il ne faut pas compter que le prévenu acceptera d'en répéter l'administration (art. 131 al. 3 CPP ; cf. not. CREP 247/2016 ou CREP 124/2016).

Il convient donc que le procureur (ou la police sur délégation du procureur mais en précisant alors bien agir au nom de ce dernier) procède de la façon suivante :

3.1.1 Mise en œuvre d'une défense obligatoire de choix

- Avant l'audition et s'il y a lieu en donnant connaissance des droits de l'article 158 CPP, le prévenu, informé que le procureur considère qu'une défense est obligatoire, est invité à dire s'il veut mandater un défenseur de son choix. Si le prévenu dit vouloir mandater un défenseur de son choix dont il indique le nom, cet avocat est contacté et intervient immédiatement aux côtés de son client, pour autant qu'il puisse être atteint, accepte le mandat et puisse se présenter dans un délai raisonnable.
- L'audition débute dès que le défenseur de choix se présente et après qu'il a pu s'entretenir avec son client.

3.1.2 Mise en œuvre d'une défense obligatoire d'office

- Si une défense de choix n'a pas pu être mise en œuvre comme indiqué ci-dessus (ch. 3.1.1), un défenseur d'office doit immédiatement être désigné.
- Si une audition doit débiter rapidement, elle ne peut pas être faite sans un défenseur et il faut contacter la permanence pour que soit envoyé un avocat, en précisant au coordinateur qu'il s'agit d'un cas de défense obligatoire et que l'avocat interviendra en tant que défenseur d'office.
- S'agissant d'un cas de défense obligatoire, un défenseur d'office doit être désigné même si le prévenu n'est pas indigent et aurait clairement les moyens de rétribuer un avocat de son choix (CREP 97/2016 c. 2.2). L'indemnisation de l'avocat dans un tel cas de figure suit les règles ordinaires décrites dans la Directive n° 3.3 et l'indemnité sera mise sans réserve à la charge du prévenu condamné.
- Même en l'absence de décision écrite du procureur et notamment si l'audition du prévenu a été déléguée à la police, il est important que l'avocat qui intervient sache tout de suite, avant l'audition et même avant de s'entretenir avec son client, qu'il agit comme défenseur d'office désigné par le procureur.
- Dans le cadre de l'instruction et en présence d'un cas de défense obligatoire identifié par le procureur, un avocat envoyé par la permanence sans avoir été choisi par le prévenu doit nécessairement et automatiquement être considéré comme un défenseur d'office.

- La notion d'avocat de la 1^{ère} heure n'a aucun intérêt ou aucune incidence dans une telle situation, à supposer qu'elle puisse être utilisée pour une première audition par la police faite dans le cadre de l'instruction sur délégation spéciale du procureur.
- Un défenseur obligatoire intervenant lors d'une audition durant l'instruction est nécessairement un avocat de choix ou d'office et il n'y a pas de place pour un autre statut intermédiaire.
- Dès qu'un avocat doit être considéré comme étant désigné d'office, même en l'absence d'une décision écrite, dans le cadre de la mise en œuvre d'une défense obligatoire, cela signifie qu'a déjà été faite l'invitation au prévenu de désigner un défenseur privé selon l'article 132 alinéa 1 lettre a chiffre 1 CPP, fut-ce implicitement par la police lors de l'avis des droits qui n'a pas débouché sur un mandat de choix.
- Lors de son audition par le procureur, il est opportun de s'assurer que le prévenu accepte que l'avocat de permanence soit désigné comme son défenseur d'office. Cela ne prive en revanche en rien le prévenu de son droit de mandater par la suite un défenseur privé de son choix, qui interviendra alors à ses frais (cf. cependant ci-dessous, ch. 4).
- Un avocat de permanence intervenu dans un tel contexte ne peut en principe pas refuser d'être désigné d'office dès lors qu'il est précisément intervenu comme défenseur d'office. Il pourra tout au plus demander ensuite à être relevé de son mandat pour des motifs qu'il lui appartiendra de justifier (cf. ch. 4 ci-dessous).

3.2 Absence de cas de défense obligatoire

En l'absence d'un cas de défense obligatoire, l'importance de la question du défenseur peut paraître moindre au procureur. Dès lors que l'on se trouve dans le cadre de l'instruction, il appartiendra néanmoins au procureur de jouer pleinement son rôle de direction de la procédure, y compris en cas de délégation à la police des auditions, dont celle du prévenu.

Il faut au demeurant rappeler que la question de la défense n'est pas un processus figé appelant une réponse unique et définitive. Si le prévenu n'est pas assisté, il conviendra au contraire de se demander régulièrement, au fil de la procédure, si un cas de défense obligatoire est apparu ou si une défense d'office refusée doit par la suite être acceptée.

3.2.1 Le prévenu ne demande pas de défenseur

Il n'y a en principe pas de problème particulier et le prévenu est interrogé sans l'assistance d'un avocat.

A noter que certains auteurs imaginent des situations dans lesquelles il faudrait désigner un défenseur d'office même si le prévenu n'en a pas fait la demande et qu'aucun cas de défense obligatoire n'est réalisé. On peut imaginer que dans certaines situations, proches notamment d'un cas de défense obligatoire, le procureur pourrait avoir intérêt à disposer d'un représentant du prévenu comme interlocuteur, par exemple dans des procédures pour violences conjugales avec des menaces de mort.

3.2.2 Le prévenu mandate un avocat de choix

Il n'y a pas non plus de difficulté, pour autant que l'avocat choisi soit atteignable, accepte son mandat et puisse intervenir, lui-même ou en déléguant quelqu'un de son étude, dans un délai qui ne retarde pas la procédure.

Si le prévenu, faute de connaître un avocat ou parce que celui qu'il désigne n'est pas atteignable ou disponible, désire mandater l'un des avocats de la permanence, il faut alors procéder comme indiqué au chiffre 2.2 ci-dessus, que le contact avec la permanence soit le fait de la police ou du Ministère public. L'autorité n'est alors qu'un intermédiaire entre le prévenu et l'avocat, ce dernier étant mandaté en tant que défenseur privé, de choix, dont les honoraires seront à charge du prévenu à l'exclusion de toute indemnisation par l'Etat.

3.2.3 Le prévenu demande un défenseur d'office

Si le prévenu à entendre sur délégation demande un défenseur d'office à la police, celle-ci ne peut pas débiter l'audition sans avoir informé le procureur qui doit décider si un défenseur d'office est désigné d'urgence pour assister à l'interrogatoire, si la décision peut être remise à plus tard ou si une défense d'office doit quoi qu'il en soit être refusée à ce stade. Une mention devrait figurer au procès-verbal des opérations sur l'avis de la police et la décision même orale du procureur.

On rappelle qu'une désignation d'office dans un cas de défense « non obligatoire » suppose la réalisation des trois conditions cumulatives suivantes :

- a) une affaire qui n'est pas de peu de gravité, soit en particulier si la peine prévisible pourrait excéder 4 mois de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou un travail d'intérêt général de plus de 480 heures (art. 132 al. 1^{er} let. b, al. 2 et 3 CPP) ;
- b) une affaire qui présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait pas surmonter (art. 132 al. 1^{er} let. b et al. 2 CPP) ;

Ces deux premières conditions sont à comprendre à la lumière de la jurisprudence existante du TF qu'elles sont censées codifier. Il n'est donc pas possible de se montrer trop restrictif (cf. p. ex. CREP 259/2016 ou CREP 251/2016).

- c) le prévenu est indigent, soit qu'il ne dispose pas des moyens nécessaires (art. 132 al. 1^{er} let. b CPP).

C'est au prévenu d'établir son indigence, mais l'autorité doit cas échéant l'interpeller pour éclaircir sa situation (cf. ATF 1B_389/2015 c. 5.4, CREP 214/2016, CREP 559/2015, CREP 79/2011 c. 4c). Est considérée comme sans ressources suffisantes la personne qui n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille ; pour déterminer s'il y a indigence, il faut prendre en considération l'ensemble de la situation financière du requérant au moment où la demande est présentée (ATF 4A_34/2012, c. 2.1 ; ATF 135 I 221 c. 5.1). La situation financière du requérant doit être analysée au moment du dépôt de la requête, à partir de données individuelles et globales (ibidem). Il est d'usage de calculer le minimum indispensable au sens du droit des poursuites et d'augmenter celui-ci de 25% (ATF 4A_34/2012, c. 2.1 ; ATF 124 I 1 c. 2a). Lorsque le disponible a été établi, il faut se demander si le requérant disposerait des fonds nécessaires en temps utile pour mener la procédure, étant précisé que le disponible doit permettre d'amortir les frais judiciaires et d'avocat en une année pour les affaires relativement simples, et en deux ans pour les autres (ATF 4A_34/2012, c. 2.1 ; ATF 1B_428/2010, c. 3 ; ATF 135 I 221 c. 5.1).

En revanche, si l'absence de moyens du prévenu paraît évidente, il n'est pas admissible de refuser la désignation d'un défenseur d'office en attendant que le prévenu ait fourni des pièces prouvant son indigence (cf. CREP 559/2014 ou CREP 179/2014).

Considérant l'importance des premières mesures d'instruction, il est souhaitable qu'il soit donné suite le plus rapidement possible à une demande de défenseur d'office dont les conditions sont clairement réalisées. Cela vaut en particulier lorsqu'une demande de mise en détention provisoire est déposée au TMC.

Si le Ministère public donne une suite favorable à une demande de défenseur d'office alors qu'un avocat de permanence est déjà intervenu aux côtés du prévenu durant la phase d'investigation policière au titre d'avocat de la 1^{ère} heure, cet avocat aura, comme convenu avec l'OAV, une priorité pour être désigné d'office. Cette désignation rétroagira, du point de vue de l'indemnisation du défenseur d'office, à la première intervention de l'avocat, pour autant que la désignation soit intervenue juste après et non pas après des mois d'instruction pendant lesquels une défense d'office ne paraissait pas nécessaire (CREP 193/2014 c. 2d

et CREP 289/2012 c. 2b). Si l'avocat de permanence intervenu précédemment devait refuser sa désignation d'office, il n'aura droit à aucune indemnisation de l'Etat. Dans tous les autres cas, l'octroi de l'assistance judiciaire rétroagit en principe au jour de la demande (cf. CREP 28/2016 c. 4.1).

Sous la réserve du cas évoqué au paragraphe précédent, le procureur pourra tenir compte dans sa désignation du défenseur, d'un éventuel souhait exprimé par le prévenu. Sinon, le défenseur sera désigné au moyen du choix automatique de l'outil de nomination de l'OAV, tout en tenant compte d'éventuelles incompatibilités de mandats.

3.3 Utilisation de l'outil de nomination de l'OAV

Toutes les décisions de nomination d'un défenseur d'office doivent être introduites sur la plateforme de nomination de l'OAV, accessible à l'adresse :

<https://www.nominations-avocats-oav.ch>

4 Changement de défenseur d'office

Un changement de défenseur d'office n'est en principe possible qu'aux conditions de l'article 134 alinéa 2 CPP (relation de confiance gravement perturbée ou défense efficace plus assurée pour d'autres raisons). Il convient de se montrer strict et de refuser qu'un prévenu pourvu d'un défenseur d'office puisse en changer à sa guise en prenant un défenseur de choix qui demanderait ensuite, juste ou peu après, sa désignation comme avocat d'office.

En cas de demande de cette nature, il appartient au procureur de s'assurer que le prévenu sera en mesure de supporter les frais de son avocat de choix au moins jusqu'à la clôture de la procédure de première instance (ATF 1B_394/2014, c. 2.2.2, SJ 2015 I 389).

5 Indemnisation du défenseur d'office

Le calcul de l'indemnité est réglé par la Directive publique n° 3.3.

Le Collège des procureurs