AUDITION D'UN TÉMOIN PAR L'AVOCAT COMMENTAIRE DE L'ATF 136 II 5511

Me Jean-Marc Carnicé Me Alexandre Moeri

I. Résumé des faits à l'origine de l'arrêt

En 2007, l'avocat X a été désigné d'office à la défense de A dans le canton de Saint-Gall. A était accusé de viol et tentative de meurtre contre B, qu'il aurait tenté d'écraser avec sa voiture. Me X a demandé sans succès l'audition de C, parce qu'il le soupçonnait d'avoir conduit la voiture de A et d'avoir rencontré B au moment des faits. Me X a alors pris l'initiative de convier C dans son étude pour un entretien en privé. Si le contenu exact des discussions n'a pas pu être déterminé, il est établi que Me X a interrogé C afin de savoir s'il se trouvait au volant de la voiture au moment des faits reprochés à A. et s'il avait rencontré B.

Pour ces faits, Me X a été condamné à une amende disciplinaire pour violation de l'art. 12 let. a LLCA par la Chambre des avocats du canton de Saint-Gall, décision confirmée par le Tribunal cantonal saint-gallois, puis le Tribunal fédéral.

II. Les règles posées par l'ATF 136 II 551

1. Le principe: pas de contact avec les témoins

Pour le Tribunal fédéral, le principe de base qui doit être respecté en toute situation est que l'avocat doit s'abstenir de tout comportement propre à influencer un témoin. Cette obligation est rattachée à l'obligation générale d'exercer la profession avec soin et diligence au sens de l'art. 12 let. a LLCA. Afin d'étayer sa thèse, le Tribunal fédéral rappelle avec justesse l'art. 7 du Code suisse de déontologie qui interdit aux avocats d'influencer les témoins et les experts.

Toutefois, le raisonnement de notre Haute Cour ne s'arrête pas là et un pas supplémentaire est franchi. Se fondant sur des normes de déontologies zurichoises, le Tribunal fédéral conclut que tout contact avec un témoin potentiel comporte le risque abstrait d'une influence.

L'avocat doit certes s'abstenir d'influencer les témoins comme cela est déjà prévu à l'art. 7 du Code suisse de déontologie, mais cette jurisprudence pose en plus une interdiction de principe d'entrer en contact avec les témoins potentiels.

2. L'exception et ses modalités

Se fondant sur la doctrine, le Tribunal fédéral ménage toutefois une exception à cette règle. En cas de nécessité objective, un avocat est autorisé à entendre un témoin potentiel en privé. Un cas de nécessité objective existe notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer les chances de succès d'un acte de procédure, par exemple l'introduction ou le retrait d'un recours ou une requête de mesures probatoires.

Si une telle nécessité est donnée, l'avocat doit alors s'entourer de toutes les précautions:

- Solliciter un entretien avec le témoin par courrier, dans lequel l'avocat précisera au témoin qu'il n'est pas tenu de se présenter ou de déposer et indiquera le nom de son mandant;
- Tenir l'entretien dans ses locaux professionnels et sans la présence de son client;
- S'assurer de la présence d'un tiers lors de l'entretien, qui pourra témoigner de son déroulement;
- N'influencer le témoin d'aucune manière, soit ne pas l'induire à une déclaration, ni le menacer, ni même poser de questions suggestives, qui pourraient interférer avec l'établissement a posteriori des faits par l'autorité;
- Agir dans l'intérêt de son client.

1 JdT 2010 I 604

N° 54 - décembre 2011 | ORDRE DES AVOCATS | DE GENÈVE | 24

Dans cette configuration, on comprend qu'il appartient à l'avocat de tout d'abord évaluer s'il existe ou non une nécessité objective justifiant l'audition en privé d'un témoin potentiel. Si un tel motif est donné, l'audition à l'Etude est alors admissible pour autant que les précautions mentionnées ci-dessus soient respectées.

3. Les particularités du cas d'espèce

Il sied de préciser que le Tribunal fédéral a établi ces règles de manière générale, sans se référer à un type particulier de procédure. En effet, que la procédure soit civile, pénale, administrative, voire même arbitrale, les principes établis par cet arrêt auraient vocation à s'appliquer. Toutefois, au moment d'appliquer le droit au fait, le Tribunal fédéral se réfère constamment aux règles de procédures pénales pour justifier le caractère inadmissible de l'audition effectuée par l'avocat X: possibilité offerte par les règles de procédure applicables de renouveler son offre d'audition du témoin devant l'autorité, problématique liée au fait que le témoin était aussi un suspect, etc.

III. La critique virulente de la doctrine

L'arrêt qui nous intéresse a été commenté par deux confrères alémaniques dans un article paru récemment.²

Pour résumer en quelques lignes leur position, ces deux auteurs s'opposent totalement à la vision du Tribunal fédéral et cantonnent le débat à la seule procédure civile. Selon eux, l'arrêt concerné reprend certes des références doctrinales et des décisions d'autorité de surveillance pertinentes, mais les généralise en contradiction avec les principes de la procédure civile et le libre exercice de la profession d'avocat.

Se fondant sur l'art. 55 al. 1 (maxime des débats) et 171 al. 1 CPC (exhortation du témoin à répondre

conformément à la vérité), ils retournent l'assertion de base du Tribunal fédéral et écrivent que, pour exercer sa profession avec soin et diligence selon l'art. 12 let. a LLCA, l'avocat doit par principe être autorisé à interroger de manière privée les témoins. Selon eux, la seule limite qui se pose est celle de l'art. 307 CP, au terme duquel l'avocat pourrait se rendre coupable d'instigation à faux-témoignage.

Les mesures de prudence posées par le Tribunal fédéral que doit prendre l'avocat avant et pendant l'audition ne devraient pas conditionner la validité d'une telle audition. Le Tribunal fédéral aurait dû plutôt insister sur tous les autres facteurs psychologiques qui peuvent avoir un impact sur ladite audition, laissant une plus grande liberté à l'avocat quant aux mesures qui lui paraissent adéquates.

Si la position de nos confrères zurichois est intéressante, elle ne peut assurément pas être suivie telle quelle pour les raisons que nous allons exposer cidessous.

IV. Synthèse au regard des règles de déontologie genevoises

Nous commencerons par rappeler les règles en vigueur dans notre barreau et la jurisprudence y relatives.

L'art. 11 de nos Us et Coutumes contient la disposition suivante:

«L'avocat doit s'interdire d'influencer un témoin au sujet de sa déposition future. Lorsque la préparation des enquêtes ou les règles de procédure applicables rendent nécessaire un entretien préalable avec le témoin, par exemple si celui-ci est l'organe, l'auxiliaire ou un proche du client, l'avocat attirera l'attention du témoin sur son devoir de vérité.»

² Peter HAFNER / Peter REICHART - Private Zeugenbefragung durch den Anwalt im Zivilprozess, in SJZ 107/2011, p. 201 ss.

Trois décisions de la Commission du Barreau ont été rendues dans ce cadre. Leur intérêt réside dans le fait qu'elles dénotent une certaine évolution sur la question:

- Une décision du 9 novembre 2000³, rendue sous l'égide des anciens Us et Coutumes, interdit totalement l'audition d'un témoin par l'avocat, car cette prérogative était «du ressort exclusif du juge»;
- Une décision du 29 mars 2001⁴ souligne que les contacts avec les témoins potentiels doivent être exceptionnels et être marqués de la discrétion la plus absolue;
- Une décision plus récente, du 7 novembre 2005⁵, est quant à elle beaucoup plus favorable à l'audition privée: elle rappelle que seule l'influence d'un témoin quant à sa déposition future est proscrite. Dans le cas d'espèce, la rencontre n'avait été que fortuite et il était établi que l'avocat n'avait pas cherché à influencer les témoins.

Il apparaît dès lors que la jurisprudence de la Commission du barreau a évolué vers une position plus libérale.

La question se pose maintenant de la conformité de ces règles genevoises au regard de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral.

Nous examinerons d'abord l'admissibilité de l'audition privée d'un témoin, puis les modalités d'une telle audition lorsqu'elle est possible et enfin l'influence des règles de procédure.

Concernant l'admissibilité de l'audition privée

d'un témoin, il convient de rappeler la primauté des règles déontologiques fédérales sur les règles cantonales suite à l'adoption de la LLCA et surtout suite à l'ATF 130 II 270°. C'est sous l'angle de cette primauté qu'intervient la première critique de l'arrêt du Tribunal fédéral que nous examinons: c'est en se fondant sur des règles cantonales - en l'occurrence zurichoises - que le Tribunal fédéral établit une interdiction de principe d'interroger les témoins. Il faut bien distinguer le fait d'influencer concrètement les témoins et une interdiction toute générale de prendre contact avec de potentiels témoins. Si le Code suisse de déontologie se positionne sur le critère de l'influence, le Tribunal fédéral érige une interdiction. Dès lors, les règles cantonales de déontologie en la matière ne sont pas unanimes et ne reflètent pas un consensus fédéral. Elles n'auraient ainsi pas dû être maniées par le Tribunal fédéral avec si peu d'égard.

Il apparaît toutefois que la conception genevoise de la problématique est très proche de celle du Tribunal fédéral. L'interdiction formelle d'influencer un témoin est une règle déontologique admise largement tant au niveau genevois que fédéral. Elle est d'ailleurs sanctionnée par l'art. 307 CP. De plus, l'art. 11 des Us et Coutumes contient aussi cet élément de nécessité objective dégagé par le Tribunal fédéral. Là où les deux conceptions se différencient, c'est justement sur la question de l'interdiction de principe posée à l'audition privée de témoin qui ne ressort pas des dernières décisions de la Commission du Barreau, ni du texte de l'art. 11 des Us et Coutumes. Cependant, tomber dans l'extrême inverse et obliger comme le préconisent nos confrères zurichois les avocats à entendre en privé des témoins afin de respecter notre devoir de soin et de diligence aurait

Cause 28/00, citée in Michel VALTICOS / Laura JACQUEMOUD-ROSSARI - La jurisprudence de la Commission du Barreau 1998-2002, in SJ 2003 II p. 261.

Citée par le Bâtonnier Alec REYMOND, in Lettre du Conseil de juin 2001, p. 52.

³ Cause 72/05, citée in Michel VALTICOS / Laura JACQUEMOUD-ROSSARI - La jurisprudence de la Commission du Barreau 2002-2006, in SJ 2007 II p. 272.

Commenté par Jean-Cédric MICHEL, in Lettre du Conseil de novembre 2004.

pour effet de modifier radicalement la conception que nous connaissons des rôles de l'avocat et du juge dans l'interrogatoire des parties⁷.

Quant aux modalités d'audition, les prescriptions émises par le Tribunal fédéral devraient bien entendu être suivies dans la mesure du possible. On ne saurait jamais s'entourer de trop de précautions. Une telle lourdeur risque toutefois de compromettre le bon déroulement d'un entretien avec le potentiel témoin. L'exigence de convier un tiers neutre à l'entretien met à mal les règles relatives au secret professionnel, puisqu'il faudra trouver un tiers soumis aux mêmes exigences de secret que l'avocat, mais suffisamment indépendant pour que son témoignage compte en cas de procédure disciplinaire. Si nos confrères zurichois cités plus haut invitent les avocats à s'entourer des mesures qui leur paraissent les plus adéquates, cette attitude comporte de grands risques. Les autorités disciplinaires, examinant a posteriori la nécessité d'une audition privée, ne manqueront pas de juger avec beaucoup plus de sévérité l'avocat qui certes croyait à la légitimité d'une telle audition de bonne foi, mais qui a fait preuve de désinvolture dans son organisation. C'est pourquoi il est salutaire selon de nous de poser des critères permettant de guider les avocats.

Enfin, et c'est là pour nous la plus grande critique à l'encontre de la position prise par le Tribunal fédéral, les règles établies l'ont été de manière générale sans égard aucun pour le type de procédure concernée. Les règles admises en procédure d'arbitrage sont l'exemple le plus frappant d'une exception qui aurait dû être réservée par le Tribunal fédéral et qui ressort d'ailleurs expressément du texte de l'art. 7 du Code suisse de déontologie. Pour rappel, les procédures d'arbitrage autorisent de manière très large l'audition privée de témoin par les avocats⁸. Or, cette réserve

n'a pas du tout été prévue par le Tribunal fédéral. Assurément, cette omission est à mettre sur le compte d'un oubli: le Tribunal fédéral n'entend pas modifier cette règle bien établie. Cependant, il aurait été plus productif de rappeler, comme le fait d'ailleurs de manière indirecte l'art. 11 des Us et Coutumes, que les règles de procédure en cause influencent grandement l'admissibilité d'une audition privée. Une situation survenant dans le cadre d'une procédure pénale ne peut en aucun cas être traitée de manière similaire à celle intervenant dans le cadre d'une procédure civile ou arbitrale. A ce titre, le Tribunal fédéral aurait pu s'inspirer avec sagesse des règles de notre Ordre.

V. Conclusion

Si l'arrêt du Tribunal fédéral que nous avons examiné comporte des défauts, il a au moins le mérite d'apporter des repères dans un domaine où nous ressentons souvent la plus grande incertitude. Une zone d'ombre subsiste néanmoins dans le système mis en place par le Tribunal fédéral et que rien ne permet d'éclairer. L'avocat, au moment de prendre la décision d'entendre un témoin à l'Etude, doit juger de la nécessité objective d'une telle audition. Or. c'est justement l'audition elle-même qui permettra souvent de déterminer si une nécessité objective d'entendre le témoin existait ou non. L'autorité de surveillance des avocats ne se gênera sans doute pas pour procéder à un examen complet a posteriori de ce qu'aurait dû savoir l'avocat au moment de convier le témoin. Il faut donc inviter nos confrères à respecter scrupuleusement les prescriptions posées par le Tribunal fédéral, mais nous nous devons aussi de rappeler qu'il est du devoir de l'avocat, en tant que partenaire de la justice et défenseur des intérêts de son client, de savoir parfois s'éloigner de conceptions rigides et automatiques pour privilégier une défense efficace et respectueuse des intérêts de tous.

8 Idem, N 1185.

N° 54 - décembre 2011 ORDRE DES AVOCATS
DE GENÈVE 27

⁷ François BOHNET / Vincent MARTENET - Droit de la profession d'avocat, 2009, N 1184.