

# **NE\_GERICHTE ARMP.2022.21 vom 7. Januar 2019**

NE Tribunal cantonal, 2019-01-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_ARMP.2022.21\\_d20190107](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ARMP.2022.21_d20190107)

FR: NE\_GERICHTE ARMP.2022.21 du 7 janvier 2019

IT: NE\_GERICHTE ARMP.2022.21 del 7 gennaio 2019

## **Regeste**

Défense obligatoire, mise en œuvre de celle-ci et exploitation des preuves. Ouverture d'une instruction par le Ministère public.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Le recours a été déposé dans les formes légales (art. 396 al. 1 CPP). b) Le recours doit être déposé dans les 10 jours dès la décision entreprise (art. 396 al. 1 CPP). En l'espèce, il a été déposé dans ce délai, après réception de la décision du 16 mars 2022. On peut se demander si le recourant n'aurait en fait pas dû agir plus tôt, soit déjà dès réception du courrier du Ministère public du 28 septembre 2021, qui, en réponse à une lettre du mandataire du prévenu du 22 mars 2021, demandant que le procureur indique quels éléments étaient inexploitable et devraient être retranchés du dossier, disait que l'exploitation des auditions de police du 7 mai 2020 était licite. Le courrier du 28 septembre 2021 ne mentionnait pas qu'il constituait une décision et n'indiquait pas de voies de recours. Il est vrai que la lettre du 22 mars 2021 n'était pas formulée comme une requête expresse, puisqu'elle ne contenait pas de conclusions et pouvait à la rigueur apparaître comme une demande de renseignements ( « Je vous saurais donc gré de bien vouloir m'indiquer quels éléments du dossier officiel sont inexploitable et devront être purement et simplement retranchés du dossier » ). Cela étant, on renoncera à d'autres considérations sur la question de la recevabilité, le recours devant de toute manière être rejeté sur le fond, comme on le verra ci-après.

### **E. 2**

a) Selon l'article 130 let. b CPP, le prévenu doit avoir un défenseur notamment lorsqu'il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion. b) Il n'y a pas lieu de partir de la sanction possible abstraitement la plus haute mais bien de la peine qui est raisonnablement susceptible de menacer le prévenu dans le cas concret ( ATF 143 I 164 cons. 2.4.3). S'agissant de l'éventualité d'une expulsion, la défense s'impose quand on se trouve dans un cas d'expulsion obligatoire, soit si l'infraction reprochée au prévenu figure dans le catalogue de l'article 66a al. 1 CP, sauf peut-être s'il est d'emblée clair que le prévenu devrait bénéficier d'une exception à l'expulsion, au sens de la clause de rigueur de l'article 66a al. 2 CP (cf. Harari/Jakob/Santamaria, in : CR CPP, 2 e éd., n. 24 ad art. 130). c) En l'espèce, la contrainte sexuelle, réprimée par l'article 189 CP, constitue un cas d'expulsion obligatoire (art. 66a let. h CP) et le Ministère public envisage sérieusement de requérir l'expulsion, puisqu'il a évoqué cette possibilité avec le prévenu lors de l'interrogatoire de celui-ci du 7 septembre 2020. On se trouve donc bien dans un cas de défense obligatoire. Au vu des déclarations faites par la plaignante le 7 mai 2020, qui allaient clairement dans le sens d'une

infraction à l'article 189 CP, infraction pour laquelle la plainte était précisément déposée, le cas de défense obligatoire était reconnaissable dès ce moment-là.

### **E. 3**

a) Aux termes de l'article 131 CPP, en cas de défense obligatoire, la direction de la procédure pourvoit à ce que le prévenu soit assisté aussitôt d'un défenseur (al. 1). 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 après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction (al. 2). Les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration (al. 3). b) Selon la jurisprudence, la décision finale quant à l'exploitabilité de la preuve doit appartenir au juge du fond ; une décision sur recours durant l'instruction ne saurait anticiper, voire empêcher son jugement ; au stade du recours, il convient de faire preuve de retenue et de ne constater l'inexploitabilité d'une preuve que dans des cas manifestes ( ATF 143 IV 387 cons. 4 ; TPF 2013 72 cons. 2.1 ; arrêts de l'Autorité de céans du 28.05.2019 [ ARMP.2019.23 ] cons. 2.2 et du 05.09.2018 [ ARMP.2018.89 ] cons. 2a, publié in RJN 2018 p. 619 ). S'agissant en particulier de la question de l'exploitabilité du procès-verbal relatif à l'audition du prévenu, c'est en principe au tribunal appelé à juger la cause au fond qu'il appartient de faire abstraction de certaines déclarations, s'il estime que celles-ci doivent être écartées du dossier (arrêt du TF du 17.06.2015 [1B\_84/2015] cons. 1.3 ; voir aussi arrêt du TF du 17.02.2014 [6B\_883/2013] cons. 2.3). Sauf inexploitable manifeste, l'autorité de recours n'a pas à rendre sur ce point une décision qui lierait les juridictions appelées à juger le fond de la cause (arrêt de l'Autorité de céans du 28.05.2019 [ ARMP.2019.23 ] cons. 2.2). c) En l'espèce, l'inexploitable des procès-verbaux d'interrogatoire du recourant des 7 mai et 7 septembre 2020 n'est en tout cas pas manifeste.

#### **E. 3.1**

a) La jurisprudence fédérale retient (arrêt du TF du 02.03.2022 [6B\_322/2021] cons. 1.3) que le CPP ne prévoit pas de défense obligatoire lors du premier interrogatoire dans le cadre de l'investigation policière (c'est-à-dire avant l'ouverture de l'instruction pénale). La défense obligatoire ne commence qu'après l'enquête préliminaire de la police (art. 131 al. 2 CPP), même si celle-ci vise une infraction pour laquelle un défenseur obligatoire doit en principe être désigné. Il existe certes un droit à un avocat de la première heure (cf. art. 129, art. 132 al. 1 let. b, art. 158 al. 1 let. c et art. 159 CPP), mais pas à une défense obligatoire de la première heure. b) Il existe une controverse sur le moment à partir duquel le prévenu doit être assisté d'un avocat dans le cadre de la procédure préliminaire. Toutefois, l'ensemble de la doctrine s'accorde à dire que, si les conditions pour une défense obligatoire sont remplies, le ministère public doit veiller à ce que le prévenu soit assisté d'un avocat à tout le moins au moment où il rend son ordonnance d'ouverture d'instruction au sens de l'article 309 al. 3 CPP (arrêt du TF du 17.02.2014 [6B\_883/2013] cons. 2 à 2.1.2). c) Selon l'article 309 al. 3 CPP, le ministère public ouvre l'instruction par une ordonnance dans laquelle il désigne le prévenu et l'infraction qui lui est imputée. L'ordonnance n'a pas à être motivée ni notifiée. Elle n'est pas sujette à recours. d) Aux termes de l'article 309 al. 1 CPP, le ministère public ouvre une instruction lorsqu'il ressort du rapport de police, des dénonciations ou de ses propres constatations des soupçons suffisants laissant présumer qu'une infraction a été commise (let. a) ; lorsqu'il ordonne des mesures de contrainte (let. b) ; lorsqu'il est informé

par la police conformément à l'article 307 al. 1 CPP (let. c). e) Il serait contraire à l'article 12 al. 2 CPP, qui charge le ministère public – et non la police – de conduire la procédure préliminaire que la police, par l'information prévue à l'article 307 al. 1 let. c CPP, puisse contraindre le ministère public à ouvrir une instruction ; même avisé par la police, le ministère public conserve ainsi la faculté d'apprécier lui-même la nécessité d'ouvrir une instruction ; la situation peut justifier que le ministère public diffère la décision d'ouverture jusqu'à plus ample informé, afin que les investigations policières puissent être menées à bien ; le ministère public doit cependant ouvrir immédiatement une instruction lorsqu'il ordonne des actes de contrainte relevant de sa compétence ( Grodecki/Cornu , in : CR CPP, 2 e éd., n. 17 et 17a ad art. 309). L'instruction doit être considérée comme ouverte dès que le ministère public s'occupe de l'affaire – « sich mit der Sache befasst » – et elle est en tout cas ouverte quand le procureur ordonne lui-même des mesures de contrainte ( ATF 141 IV 20 cons. 1.1.4). f) En l'espèce, le Ministère public a certes été avisé par la police, par téléphone du 7 mai 2020 vers 17h00, de l'audition de la plaignante. Il ne ressort pas du rapport de police que le procureur de permanence ait alors donné des instructions quelconques et il faut considérer qu'il a simplement été avisé de la situation, conformément à l'article 307 al. 1 let. c CPP. Il ne s'est donc pas saisi ou occupé de l'affaire à ce moment-là. La police avait d'ailleurs le pouvoir de procéder, dans le cadre de ses propres investigations, à l'arrestation provisoire du recourant, celui-ci étant soupçonné d'avoir commis une infraction d'une certaine gravité, ceci sur la base de l'audition de la plaignante, dont les déclarations devaient être considérées comme assez fiables, a priori , pour justifier une telle mesure (art. 217 al. 2 CPP). Dans la mesure où l'interpellation du recourant à son lieu de travail, seul acte d'enquête urgent encore à effectuer, était au surplus imminente au moment de l'appel de la police au procureur de permanence – appel à 17h00, interpellation à 17h30 –, le Ministère public n'avait pas de motif d'ouvrir immédiatement une instruction au moment de cet appel et pouvait, pour statuer à ce sujet, attendre de connaître le résultat de l'interrogatoire du recourant. On ne peut dès lors pas considérer, comme le voudrait le recourant, que l'instruction a en fait été ouverte ou aurait dû l'être le 7 mai 2020 à 17h00 déjà. L'interrogatoire du recourant a été effectué dans le cadre de l'enquête policière et, en fonction de la jurisprudence fédérale rappelée plus haut, la mise en œuvre d'une défense obligatoire n'était pas nécessaire à ce stade. Le recourant pouvait – et non devait – se faire assister pour cet interrogatoire ; il en a été dûment avisé et y a renoncé. Rien ne paraît ainsi d'opposer à l'exploitation du procès-verbal de l'interrogatoire. En tout cas, il n'est pas manifeste que ce procès-verbal serait inexploitable, ce qui entraîne que l'inexploitabilité du procès-verbal de l'interrogatoire du 7 septembre 2020 ne paraît pas l'être non plus. Le recours est mal fondé.

### **E. 3.2**

a) Le recours doit être rejeté pour un autre motif également. b) Comme déjà dit, les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration (art. 131 al. 3 CPP ). c) La doctrine est divisée sur la question de savoir si on peut considérer que le prévenu a renoncé à la répétition de la preuve quand son mandataire, désigné ultérieurement, ne la demande pas en temps utile (principe de la bonne foi) ou si, au contraire, un acte positif de renonciation est nécessaire, le ministère public devant, à défaut, répéter l'acte d'office ou interpellé le prévenu pour qu'il se détermine (sur cette controverse, cf. Harari/Jakob/Santamaria , in : CR CPP, 2 e éd., n. 19 ad art. 131). L'Autorité de céans estime qu'en tout cas, le prévenu doit être réputé avoir –

valablement – renoncé à la répétition de la preuve quand, alors qu’il est assisté par un mandataire, il procède dans la durée sans soulever le moyen. Il serait en effet absurde que le prévenu puisse obtenir en fin de procédure l’annulation de tous les actes de procédure, auxquels son mandataire a participé sans réserves, pour le motif qu’il n’était pas assisté lors de son premier interrogatoire et que des éléments tirés du procès-verbal de cet interrogatoire ont été utilisés au cours des opérations ultérieures ; dans le même cas de figure, l’inexploitabilité du premier interrogatoire n’aurait en outre guère de sens, puisque précisément des éléments tirés du procès-verbal correspondant ont déjà été abondamment utilisés dans la suite de la procédure, sans soulever d’objections de la part du prévenu. d) En l’espèce, le premier interrogatoire du recourant a eu lieu le 7 mai 2020. La police a ensuite obtenu quelques renseignements médicaux au sujet de la plaignante et des informations sur la situation du prévenu envers les autorités françaises, puis entendu, le 4 juin 2020, B. \_\_\_\_\_, qui l’avait contactée. Elle a ensuite établi le rapport du 9 juin 2020. Le 29 juin 2020, le Ministère public a invité le prévenu à se faire assister d’un défenseur, dans le cadre d’une défense obligatoire et, en même temps, il a décidé l’ouverture d’une instruction. Le 6 juillet 2020, la première mandataire du prévenu a annoncé son mandat (elle demandait la consultation du dossier et on peut présumer qu’elle l’a obtenue). Elle a participé à l’audition du prévenu du 7 septembre 2020, au cours de laquelle, à plusieurs reprises, des déclarations faites lors du premier interrogatoire ont été rappelées au recourant ; à cette occasion, la mandataire n’a soulevé aucune objection quant à l’utilisation de ces premières déclarations. La même mandataire a ensuite procédé le 17 septembre 2020, écrivant au procureur pour lui donner des renseignements en rapport avec la situation de son client, là aussi sans soulever d’objections au sujet de l’exploitation du procès-verbal du 7 mai 2020. Elle a encore participé le 16 novembre 2020 à l’audition de Y. \_\_\_\_\_, toujours sans évoquer la question aujourd’hui litigieuse. Enfin, s’agissant de la première mandataire, elle a fait savoir le 2 décembre 2020 au procureur, suite à l’avis de prochaine clôture, que son client n’avait aucune requête d’instruction complémentaire à formuler. Un nouveau mandataire a été annoncé le 11 février 2021 et ce n’est que le 22 mars 2021 que ce nouveau mandataire a fait valoir que les déclarations faites par le prévenu devant la police seraient inexploitables. e) On peut se demander si la lettre du 2 décembre 2020 ne constituait pas, en elle-même, une renonciation expresse à la répétition d’actes de procédure, puisque la mandataire du recourant y indiquait en substance que son client ne demandait pas l’administration de preuves complémentaires. Cette question peut rester incertaine, car il faut de toute manière retenir qu’en participant, sans soulever aucune objection, à la procédure dans la durée, notamment à l’interrogatoire du prévenu du 7 septembre 2020, au cours duquel des éléments tirés de la première audition ont été exploités, la première mandataire du recourant a valablement renoncé à la répétition de cette première audition, au sens de l’article 131 al. 3 CPP, et que l’acte en question est ainsi exploitable. À tout le moins, il faut considérer que l’inexploitabilité des preuves ici contestées n’est pas manifeste.

#### **E. 4**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, aux frais du recourant (art. 428 al. 1 CPP), qui n’a pas droit à une indemnité de dépens.