

NE_GERICHTE CPEN.2013.49 vom 23. September 2013

NE Tribunal cantonal, 2013-09-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CPEN.2013.49

FR: NE_GERICHTE CPEN.2013.49 du 23 septembre 2013

IT: NE_GERICHTE CPEN.2013.49 del 23 settembre 2013

Erwägungen

E. 2

En premier lieu, X. fait valoir une violation du principe de célérité, désormais ancré à l'article 5 CPP. Ce moyen est fondé. L'article 84 al. 4 CPP dispose que lorsque, comme en l'espèce dès lors que la demande en avait été expressément faite, un jugement doit être motivé par écrit, le tribunal notifie le jugement écrit entièrement motivé dans les 60 jours, exceptionnellement les 90 jours, qui suivent le jour du prononcé oral du jugement. Or il s'est écoulé plus de 5 mois entre le prononcé du jugement, le 8 novembre 2012, et la notification de sa motivation écrite, le 12 avril 2013. Si les délais précités restent des délais d'ordre, il n'en reste pas moins qu'ils doivent en principe être respectés. En l'occurrence, la cause ne présentait pas de difficultés particulières, elle ne concernait qu'un seul prévenu, pour un nombre limité de préventions d'un type on ne peut plus usuel. Rien n'explique ni ne justifie donc le temps particulièrement long que l'autorité de première instance a mis pour motiver son jugement, qui a eu pour conséquence de retarder d'autant l'ouverture concrète de la procédure d'appel. On rappelle par ailleurs que par ordonnance du 8 mai 2013, il a été constaté que la détention de X., du 8 novembre 2012 au 8 mai 2013, ne reposait sur aucun titre valable, pour la raison que le prononcé du 8 novembre 2012 n'avait pas été motivé avant le 8 mai 2013, les conséquences de cette situation restant réservées jusqu'à fin de cause.

E. 3

X. conteste toute validité aux déclarations de A., au motif que les premières que celui-ci a faites ont été recueillies par la police, prétendument dans le cadre d'investigations policières, alors qu'en réalité, il s'agissait d'un témoin à charge qui était entendu dans le cadre de l'instruction ouverte contre l'appelant. Son défenseur n'ayant pas été invité à participer à cette audition, celle-ci aurait eu lieu en violation des droits de la défense découlant de l'article 147 al. 1 CPP. Conformément à l'article 147 al. 4 CPP, il s'agirait là de preuves non exploitables à charge de l'appelant, qui ne seraient en aucun cas exploitables, selon l'article 141 al. 1 2 e phrase CPP. L'article 194 CPP ne pourrait être invoqué pour réparer le vice et, par effet de cascade, les déclarations suivantes de A., faites cette fois-ci en présence du défenseur de l'appelant, ne seraient pas non plus exploitables. a) X. a été interpellé à son domicile le 8 mars 2012 à 7 h 45 et conduit dans les locaux de la police, où il a tout d'abord été entendu dans le cadre d'investigations policières, en qualité de prévenu qui a accepté de répondre à des questions sans l'assistance d'un avocat. Ont été avisés le Ministère public à 10 h 05 et un avocat à 10 h 45, une audition de l'intéressé par le Ministère public étant fixée le même jour à 14 h. La décision d'ouverture d'une instruction contre X. datée du 8 mars 2012 doit donc avoir été prise en cours de matinée ou, au plus tard, en début d'après-midi. De son côté, A. a été entendu le même jour dès 13 h 25 par la police, sur convocation, en qualité de prévenu, toujours dans le cadre d'investigations

policières. Les questions ont porté sur sa consommation de stupéfiants et, plus particulièrement, sur les contacts qu'il avait entretenus avec X. b) Il est vrai que l'interpellation de X. et l'audition de A., le même jour, le deuxième ayant été convoqué, ne peuvent pas être dues au hasard mais résultent au contraire d'opérations concertées. Plus précisément, l'audition par la police de A. est intervenue alors que l'instruction contre X. avait déjà été ouverte, puisqu'elle s'est passée pratiquement au moment même où X. était entendu pour la première fois par le Ministère public, qui avait annoncé une probable arrestation (audience tenue dans le cadre de l'article 224 CPP). La troisième question posée à A., après deux questions générales sur sa situation personnelle et sa consommation de stupéfiants : « quels ont été vos contacts avec X. dont nous vous présentons la photo (...) ? » confirme l'absence de toute coïncidence, de même que les explications fournies par le Ministère public durant l'instruction, d'après lesquelles celui-ci avait décidé de « ne pas mandater formellement la police en vue de l'audition des clients présumés du prévenu », par quoi on ne peut que comprendre que ces auditions avaient lieu sur la base d'un « mandat informel ». c) Contrairement aux juges de première instance, la Cour de céans ne conçoit pas que, à partir du moment où une instruction est ouverte contre un prévenu et sous réserve de la découverte véritablement fortuite d'informations par la police pouvant intéresser l'instruction en cours, puisse subsister en parallèle un pouvoir autonome d'investigation de la police au sens de l'article 306 CPP qui lui permettrait en particulier de procéder d'elle-même à des auditions de personnes en lien direct avec l'instruction menée par le Ministère public, dont le protocole des déclarations serait ensuite versé au dossier d'instruction en application de l'article 194 CPP. Les droits des parties à la procédure ne sont précisément pas les mêmes, suivant que l'on se trouve au stade de l'investigation policière ou à celui de l'instruction. Dans le premier cas, seule la personne entendue en qualité de prévenue a le droit d'être assistée d'un défenseur (art. 159 CPP), qui ne peut participer à d'autres auditions que celle de son client. Dans le deuxième cas, la règle est que les parties, avec cas échéant leurs défenseurs, sont autorisées à participer à l'administration des preuves (art. 147 CPP). Conçu comme un contrepoids au renforcement des pouvoirs du Ministère public tel qu'il découle du nouveau code de procédure, le droit des parties à participer à l'administration des preuves est large ; il ne peut être limité qu'à certaines conditions bien particulières (voir à ce sujet ATF 139 IV 25). En l'occurrence, aucune de ces conditions n'était remplie. Dès lors que l'appelant était arrêté le jour même de son interpellation et détenu depuis lors à titre provisoire pour 3 mois, il n'existait pas de risque de collusion avec les personnes pouvant lui avoir acheté de la drogue. Il n'y avait donc aucune urgence à les entendre immédiatement, toutes ou quelques-unes d'entre elles seulement. Preuve en est que d'autres consommateurs de stupéfiants, susceptibles d'en avoir acheté à l'appelant, ont été entendus, par la police toujours, plus d'un mois plus tard. Rien n'empêchait donc d'entendre ces personnes dans le cadre de l'instruction ouverte à l'encontre de l'appelant, les auditions étant conduites soit par le Ministère public, soit par la police sur délégation du Ministère public, le défenseur de l'appelant étant invité à y participer dans le premier cas en application de l'article 147 al. 1 CPP et dans le deuxième en application de l'article 312 al. 2 CPP. Admettre la possibilité d'investigations policières en parallèle à une instruction dûment ouverte, comme l'ont fait les premiers juges, a pour conséquence – le cas d'espèce en est une claire illustration – de contourner les règles relatives aux droits de la défense durant l'instruction d'une cause, ce qui n'est pas admissible, sauf à considérer les situations exceptionnelles où l'exigence que le procès pénal repose sur la manifestation de la vérité l'emporte sur le respect des droits des parties

(ATF 139 précité), circonstance non réalisée dans le cas d'espèce. L'indication formelle, sur le procès-verbal d'audition, que celle-ci a lieu dans le cadre d'investigations policières ne peut suffire à lui attribuer la qualité attendue, qui a pour conséquence – on l'a vu – l'impossibilité pour le défenseur du prévenu sujet d'une instruction conduite par le Ministère public de participer à l'opération. L'investigation policière doit non seulement exister formellement, mais aussi matériellement. Or, dans un cas de figure tel que celui de la présente espèce, la compétence autonome d'investiguer de la police doit s'effacer devant celle du Ministère public d'instruire, qui peut cas échéant déléguer certaines opérations à la police. d) Contrairement à ce que soutient le Ministère public, l'article 147 al. 3 CPP ne peut pas être invoqué pour servir de correctif à ce qui reste une irrégularité de procédure. Cette disposition s'inscrit dans la suite de la règle initiale qui prévoit que les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves (art. 147 al. 1 CPP), droit qui n'est toutefois pas absolu. L'article 147 al. 2 CPP dispose en effet que celui qui fait valoir son droit de participer à la procédure ne peut exiger que l'administration des preuves soit ajournée. Le troisième alinéa de l'article 147 CPP règle les cas où, nonobstant la règle de l'alinéa 1 et dans le contexte de l'alinéa 2, une partie n'a pas pu être présente lors de l'administration des preuves. Le tout s'inscrit dans une phase d'instruction, soit préliminaire par le Ministère public (au sens des articles 308ss CPP), soit lors des débats par une autorité de jugement. L'alinéa 3 de l'article 147 CPP vise ainsi à régler les cas où un droit de participation à l'administration des preuves est reconnu mais n'a pas pu être exercé en raison d'un empêchement lié aux circonstances et aux modalités de l'administration des preuves. Les règles qu'il contient ne peuvent s'appliquer à un cas, comme celui de la présente espèce, où il s'agit de dire si A. pouvait ou non être valablement entendu par la police dans le cadre de ses investigations, en l'absence du défenseur de l'appelant, alors que ce dernier faisait déjà l'objet d'une instruction. La seule possibilité de renouveler l'opération, aux conditions posées par l'article 147 al. 3 CPP, ne peut suffire à valider une audition qui ne pouvait plus avoir lieu dans le cadre d'une investigation policière puisqu'une instruction avait été ouverte. Où cesse l'investigation policière pour céder la place à l'instruction (a) et la répétition d'actes d'administration des preuves dans le cadre d'une instruction (b) sont deux questions différentes. L'article 147 al. 3 CPP, règle de procédure qui vise à apporter une solution à un problème surgi dans le cadre de l'instruction (situation b), ne peut pas éclairer le débat et servir de guide pour répondre à la première question (situation a).

E. 4

Quelles sont les conséquences qui découlent d'une irrégularité telle que celle qui vient d'être relevée ? a) L'article 147 al. 4 CPP dispose que les preuves administrées en violation du présent article – ce qui est le cas des déclarations de A. faites devant la police, qui ont donc été recueillies en violation des droits de l'appelant découlant de l'article 147 al. 1 CPP – sont inexploitables à la charge de l'appelant. Elles le sont de manière absolue, au sens de l'article 141 al. 1 2 e phrase CPP. L'article 141 al. 4 CPP prescrit en outre que si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'alinéa 2 du même article, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve. Alors que le projet de nouveau code de procédure du Conseil fédéral ne prévoyait pas de traiter différemment les preuves absolument inexploitables de l'alinéa 1 de celles relativement inexploitables de l'alinéa 2 (art. 139 du projet de CPP), ce sont les Chambres fédérales qui ont expressément introduit la distinction (voir à ce sujet *Bénédict/Treccani*, CR-CPP, n. 39 ad art. 141) et réservé la possibilité d'exploiter tout de même, à certaines conditions, les preuves qui découleraient de preuves

inexploitables à la seule catégorie des preuves relativement inexploitable. Il s'ensuivrait donc qu'en présence de preuves initiales absolument inexploitable, les preuves en découlant, même recueillies de manière parfaitement conformes à la procédure, seraient elles aussi (absolument) inexploitable, l'alinéa 4 de l'article 141 CPP qui aurait permis, sous conditions, de les exploiter n'étant pas applicable. Le Tribunal fédéral a mis en évidence la controverse existant à ce sujet dans un arrêt du 12 juillet 2012 (ATF 138 IV 169 , JT 2013 IV 82, consid.3.2) mais n'a pas tranché la question. b) La situation du cas d'espèce n'est toutefois pas exactement celle visée par l'article 141 al. 4 CPP. Cette dernière disposition envisage en effet l'existence de deux moyens de preuve, le deuxième découlant et ayant pu être découvert au moyen du premier, supposé quant à lui obtenu de manière illicite. On peut penser, par exemple, au cas d'écoutes téléphoniques irrégulières qui permettent aux enquêteurs la découverte de nouveaux témoins à charge. Dans le cas de A., il s'agit des déclarations du même témoin, enregistrées dans un premier temps de manière irrégulière, puis dans un deuxième en respectant les droits de la défense, soit en quelque sorte de l'administration du même moyen de preuve – plutôt que de deux moyens distincts, le second découlant du premier – selon des modalités différentes. Des écoutes téléphoniques irrégulières, quant à elles, ne peuvent être régularisées après coup, elles ont eu lieu – irrégulièrement – une fois pour toutes et il s'agit de savoir si et dans quelle mesure ce qu'elles ont permis d'apprendre peut ou non être exploité dans une instruction. Réentendre dans les formes une personne déjà entendue de façon irrégulière reste en revanche toujours possible; c'est d'ailleurs ce qui a précisément été fait dans la présente procédure. Est-ce à dire que l'audition irrégulière d'un participant à une procédure peut toujours être suivie d'une nouvelle audition conforme à la procédure, sans autre conséquence qu'une première opération sans valeur et donc inutile ? c) Il paraît clair que la police et le Ministère public disposaient d'informations suffisantes, découlant d'investigations générales ordinaires de la police ou de renseignements recueillis dans le cadre d'autres instructions, pour supposer l'existence de liens entre l'appelant, potentiel fournisseur de stupéfiants, et A., consommateur connu. Preuve en est la démarche concertée qui a été mise sur pied et qui a débouché sur l'audition simultanée de l'appelant et de A., le premier par le Ministère public, le deuxième par la police. Ces informations auraient suffi à justifier d'emblée une audition dans les règles – par le Ministère public ou la police sur délégation formelle du Ministère public, avec invitation au défenseur de l'appelant à y participer – de A., qui aurait vraisemblablement fait des déclarations analogues à celles que l'on trouve dans le dossier. Il n'en demeure pas moins qu'il a fait ses premières déclarations au cours d'une audition ne respectant pas les règles de procédure, singulièrement les droits attachés à la défense de l'appelant. Nul ne peut dire aujourd'hui si ses déclarations initiales auraient été les mêmes, si le défenseur de l'appelant avait été présent. Une fois des premières déclarations faites, il est assez naturel et humain – même si le contraire se voit aussi, notamment dans des affaires d'infractions à la loi sur les stupéfiants – de s'en tenir là et de se borner à les confirmer, avec plus ou moins de détail, dans les phases ultérieures d'une procédure, plutôt que de les modifier plus ou moins fondamentalement. On sait par ailleurs le poids qui est attaché aux premières déclarations des participants à une procédure, faites avant qu'ils n'aient encore nécessairement mesuré toutes les conséquences possibles de leurs dires, et le doute qui accompagne les rétractations qui suivent des déclarations complètes et détaillées. C'est dire toute l'importance qui est accordée aux premières déclarations et la nécessité que celles-ci soient faites dans les formes. Le procédé suivi en l'espèce par l'accusation jette une ombre sur la fairness de la procédure, dès lors qu'il

permet le soupçon – fondé ou non – que l'accusation espère, de la sorte, que la police puisse recueillir des informations que la personne entendue ne livrerait pas, si elle savait que se trouvait dans la même pièce qu'elle le défenseur d'une autre personne prévenue. d) L'article 3 al. 2 let. a et c CPP impose aux autorités pénales l'obligation de se conformer au principe de la bonne foi et de garantir aux participants à la procédure un traitement équitable. Force est de constater que ce principe et cette garantie ne sont pas respectés lorsque des auditions ont lieu en violation des droits de la défense, ce qui doit entraîner une correction des effets de la loi (ATF 120 IV 107 consid. 2c). Cette correction ne peut pas être obtenue par la seule répétition de l'opération viciée, conduite cette fois-ci en conformité des règles de procédure. En rester à cette unique conséquence, sinon encouragerait, du moins ne mettrait pas un frein à une pratique qui, contraire aux règles de procédure, n'est pas acceptable et doit être abandonnée. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation estime que la violation du principe exigeant un procès équitable (art. 3 CPP) doit en pareil cas être sanctionnée d'une manière analogue à la violation du principe de célérité : diminution de la sanction, exemption de peine, voire classement de la procédure, dans les cas les plus extrêmes (voir PC-CPP 2013, n. 13 et 14 ad art. 5 CPP).

E. 12

avril 2013. Si les délais précités restent des délais d'ordre, il n'en reste pas moins qu'ils doivent en principe être respectés. En l'occurrence, la cause ne présentait pas de difficultés particulières, elle ne concernait qu'un seul prévenu, pour un nombre limité de préventions d'un type on ne peut plus usuel. Rien n'explique ni ne justifie donc le temps particulièrement long que l'autorité de première instance a mis pour motiver son jugement, qui a eu pour conséquence de retarder d'autant l'ouverture concrète de la procédure d'appel.

On rappelle par ailleurs que par ordonnance du 8 mai 2013, il a été constaté que la détention de X., du 8 novembre 2012 au 8 mai 2013, ne reposait sur aucun titre valable, pour la raison que le prononcé du 8 novembre 2012 n'avait pas été motivé avant le 8 mai 2013, les conséquences de cette situation restant réservées jusqu'à fin de cause.

3.X. conteste toute validité aux déclarations de A., au motif que les premières que celui-ci a faites ont été recueillies par la police, prétendument dans le cadre d'investigations policières, alors qu'en réalité, il s'agissait d'un témoin à charge qui était entendu dans le cadre de l'instruction ouverte contre l'appelant. Son défenseur n'ayant pas été invité à participer à cette audition, celle-ci aurait eu lieu en violation des droits de la défense découlant de l'article 147 al. 1 CPP. Conformément à l'article 147 al. 4 CPP, il s'agirait là de preuves non exploitables à charge de l'appelant, qui ne seraient en aucun cas exploitables, selon l'article 141 al. 1 2^e phrase CPP. L'article 194 CPP ne pourrait être invoqué pour réparer le vice et, par effet de cascade, les déclarations suivantes de A., faites cette fois-ci en présence du défenseur de l'appelant, ne seraient pas non plus exploitables.

a) X. a été interpellé à son domicile le 8 mars 2012 à 7 h 45 et conduit dans les locaux de la police, où il a tout d'abord été entendu dans le cadre d'investigations policières, en qualité de prévenu qui a accepté de répondre à des questions sans l'assistance d'un avocat. Ont été avisés le Ministère public à 10 h 05 et un avocat à 10 h 45, une audition de l'intéressé par le Ministère public étant fixée le même jour à 14 h. La décision d'ouverture d'une instruction contre X. datée du 8 mars 2012 doit donc avoir été prise en cours de matinée ou, au plus tard, en début d'après-midi.

De son côté, A. a été entendu le même jour dès 13 h 25 par la police, sur convocation, en qualité de prévenu, toujours dans le cadre d'investigations policières. Les questions ont porté sur sa consommation de stupéfiants et, plus particulièrement, sur les contacts qu'il avait entretenus avec X.

b) Il est vrai que l'interpellation de X. et l'audition de A., le même jour, le deuxième ayant été convoqué, ne peuvent pas être dues au hasard mais résultent au contraire d'opérations concertées. Plus précisément, l'audition par la police de A. est intervenue alors que l'instruction contre X. avait déjà été ouverte, puisqu'elle s'est passée pratiquement au moment même où X. était entendu pour la première fois par le Ministère public, qui avait annoncé une probable arrestation (audience tenue dans le cadre de l'article 224 CPP). La troisième question posée à A., après deux questions générales sur sa situation personnelle et sa consommation de stupéfiants : « quels ont été vos contacts avec X. dont nous vous présentons la photo () ? » confirme l'absence de toute coïncidence, de même que les explications fournies par le Ministère public durant l'instruction, d'après lesquelles celui-ci avait décidé de « ne pas mandater formellement la police en vue de l'audition des clients présumés du prévenu », par quoi on ne peut que comprendre que ces auditions avaient lieu sur la base d'un « mandat informel ».

c) Contrairement aux juges de première instance, la Cour de cassation ne conçoit pas que, à partir du moment où une instruction est ouverte contre un prévenu et sous réserve de la découverte véritablement fortuite d'informations par la police pouvant intéresser l'instruction en cours, puisse subsister en parallèle un pouvoir autonome d'investigation de la police au sens de l'article 306 CPP qui lui permettrait en particulier de procéder elle-même à des auditions de personnes en lien direct avec l'instruction menée par le Ministère public, dont le protocole des déclarations serait ensuite versé au dossier d'instruction en application de l'article 194 CPP. Les droits des parties à la procédure ne sont précisément pas les mêmes, suivant que l'on se trouve au stade de l'investigation policière ou à celui de l'instruction. Dans le premier cas, seule la personne entendue en qualité de prévenue a le droit d'être assistée d'un défenseur (art. 159 CPP), qui ne peut participer à d'autres auditions que celle de son client. Dans le deuxième cas, la règle est que les parties, avec cas échéant leurs défenseurs, sont autorisées à participer à l'administration des preuves (art. 147 CPP). Conçu comme un contrepois au renforcement des pouvoirs du Ministère public tel qu'il découle du nouveau code de procédure, le droit des parties à participer à l'administration des preuves est large ; il ne peut être limité qu'à certaines conditions bien particulières (voir à ce sujet ATF139 IV 25). En l'occurrence, aucune de ces conditions n'était remplie. Dès lors que l'appelant était arrêté le jour même de son interpellation et détenu depuis lors à titre provisoire pour 3 mois, il n'existait pas de risque de collusion avec les personnes pouvant lui avoir acheté de la drogue. Il n'y avait donc aucune urgence à les entendre immédiatement, toutes ou quelques-unes d'entre elles seulement. Preuve en est que d'autres consommateurs de stupéfiants, susceptibles d'en avoir acheté à l'appelant, ont été entendus, par la police toujours, plus d'un mois plus tard. Rien n'empêchait donc d'entendre ces personnes dans le cadre de l'instruction ouverte à l'encontre de l'appelant, les auditions étant conduites soit par le Ministère public, soit par la police sur délégation du Ministère public, le défenseur de l'appelant étant invité à y participer dans le premier cas en application de l'article 147 al. 1 CPP et dans le deuxième en application de l'article 312 al. 2 CPP.

Admettre la possibilité d'investigations policières en parallèle à une instruction dûment ouverte, comme l'ont fait les premiers juges, a pour conséquence le cas d'espèce en est une claire illustration de contourner les règles relatives aux droits de la défense durant l'instruction d'une cause, ce qui n'est pas admissible, sauf à considérer les situations exceptionnelles où l'exigence que le procès pénal repose sur la manifestation de la vérité l'emporte sur le respect des droits des parties (ATF 139 précité), circonstance non réalisée dans le cas d'espèce. L'indication formelle, sur le procès-verbal d'audition, que celle-ci a lieu dans le cadre d'investigations policières ne peut suffire à lui attribuer la qualité attendue, qui a pour conséquence on l'a vu l'impossibilité pour le défendeur du prévenu sujet d'une instruction conduite par le Ministère public de participer à l'opération. L'investigation policière doit non seulement exister formellement, mais aussi matériellement. Or, dans un cas de figure tel que celui de la présente espèce, la compétence autonome d'investiguer de la police doit s'effacer devant celle du Ministère public d'instruire, qui peut cas échéant déléguer certaines opérations à la police.

d) Contrairement à ce que soutient le Ministère public, l'article 147 al. 3 CPP ne peut pas être invoqué pour servir de correctif à ce qui reste une irrégularité de procédure. Cette disposition s'inscrit dans la suite de la règle initiale qui prévoit que les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves (art. 147 al. 1 CPP), droit qui n'est toutefois pas absolu. L'article 147 al. 2 CPP dispose en effet que celui qui fait valoir son droit de participer à la procédure ne peut exiger que l'administration des preuves soit ajournée. Le troisième alinéa de l'article 147 CPP règle les cas où, nonobstant la règle de l'alinéa 1 et dans le contexte de l'alinéa 2, une partie n'a pas pu être présente lors de l'administration des preuves. Le tout s'inscrit dans une phase d'instruction, soit préliminaire par le Ministère public (au sens des articles 308ss CPP), soit lors des débats par une autorité de jugement. L'alinéa 3 de l'article 147 CPP vise ainsi à régler les cas où un droit de participation à l'administration des preuves est reconnu mais n'a pas pu être exercé en raison d'un empêchement lié aux circonstances et aux modalités de l'administration des preuves. Les règles qu'il contient ne peuvent s'appliquer à un cas, comme celui de la présente espèce, où il s'agit de dire si A. pouvait ou non être valablement entendu par la police dans le cadre de ses investigations, en l'absence du défendeur de l'appelant, alors que ce dernier faisait déjà l'objet d'une instruction. La seule possibilité de renouveler l'opération, aux conditions posées par l'article 147 al. 3 CPP, ne peut suffire à valider une audition qui ne pouvait plus avoir lieu dans le cadre d'une investigation policière puisqu'une instruction avait été ouverte. Où cesse l'investigation policière pour céder la place à l'instruction (a) et la répétition d'actes d'administration des preuves dans le cadre d'une instruction (b) sont deux questions différentes. L'article 147 al. 3 CPP, règle de procédure qui vise à apporter une solution à un problème surgi dans le cadre de l'instruction (situation b), ne peut pas éclairer le débat et servir de guide pour répondre à la première question (situation a).

4. Quelles sont les conséquences qui découlent d'une irrégularité telle que celle qui vient d'être relevée ?

a) L'article 147 al. 4 CPP dispose que les preuves administrées en violation du présent article ce qui est le cas des déclarations de A. faites devant la police, qui ont donc été recueillies en violation des droits de l'appelant découlant de l'article 147 al. 1 CPP sont inexploitables à la charge de l'appelant. Elles le sont de manière absolue, au sens de l'article 141 al. 1 2^e phrase CPP.

L'article 141 al. 4 CPP prescrit en outre que si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'alinéa 2 du même article, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve. Alors que le projet de nouveau code de procédure du Conseil fédéral ne prévoyait pas de traiter différemment les preuves absolument inexploitables de l'alinéa 1 de celles relativement inexploitables de l'alinéa 2 (art. 139 du projet de CPP), ce sont les Chambres fédérales qui ont expressément introduit la distinction (voir à ce sujet Bénédicte/Treccani, CR-CPP, n. 39 ad art. 141) et réservé la possibilité d'exploiter tout de même, à certaines conditions, les preuves qui découleraient de preuves inexploitables à la seule catégorie des preuves relativement inexploitables. Il s'ensuivrait donc qu'en présence de preuves initiales absolument inexploitables, les preuves en découlant, même recueillies de manière parfaitement conformes à la procédure, seraient elles aussi (absolument) inexploitables, l'alinéa 4 de l'article 141 CPP qui aurait permis, sous conditions, de les exploiter n'étant pas applicable. Le Tribunal fédéral a mis en évidence la controverse existant à ce sujet dans un arrêt du 12 juillet 2012 (ATF 138 IV 169, JT 2013 IV 82, consid. 3.2) mais n'a pas tranché la question.

b) La situation du cas d'espèce n'est toutefois pas exactement celle visée par l'article 141 al. 4 CPP. Cette dernière disposition envisage en effet l'existence de deux moyens de preuve, le deuxième découlant et ayant pu être découvert au moyen du premier, supposé quant à lui obtenu de manière illicite. On peut penser, par exemple, au cas d'écoutes téléphoniques irrégulières qui permettent aux enquêteurs la découverte de nouveaux témoins à charge. Dans le cas de A., il s'agit des déclarations du même témoin, enregistrées dans un premier temps de manière irrégulière, puis dans un deuxième en respectant les droits de la défense, soit en quelque sorte de l'administration du même moyen de preuve ■ plutôt que de deux moyens distincts, le second découlant du premier ■ selon des modalités différentes. Des écoutes téléphoniques irrégulières, quant à elles, ne peuvent être régularisées après coup, elles ont eu lieu ■ irrégulièrement ■ une fois pour toutes et il s'agit de savoir si et dans quelle mesure ce qu'elles ont permis d'apprendre peut ou non être exploité dans une instruction. Réentendre dans les formes une personne déjà entendue de façon irrégulière reste en revanche toujours possible; c'est d'ailleurs ce qui a précisément été fait dans la présente procédure. Est-ce à dire que l'audition irrégulière d'un participant à une procédure peut toujours être suivie d'une nouvelle audition conforme à la procédure, sans autre conséquence qu'une première opération sans valeur et donc inutile ?

c) Il paraît clair que la police et le Ministère public disposaient d'informations suffisantes, découlant d'investigations générales ordinaires de la police ou de renseignements recueillis dans le cadre d'autres instructions, pour supposer l'existence de liens entre l'appelant, potentiel fournisseur de stupéfiants, et A., consommateur connu. Preuve en est la démarche concertée qui a été mise sur pied et qui a débouché sur l'audition simultanée de l'appelant et de A., le premier par le Ministère public, le deuxième par la police. Ces informations auraient suffi à justifier d'emblée une audition dans les règles ■ par le Ministère public ou la police sur délégation formelle du Ministère public, avec invitation au défenseur de l'appelant à y participer ■ de A., qui aurait vraisemblablement fait des déclarations analogues à celles que l'on trouve dans le dossier. Il n'en demeure pas moins qu'il a fait ses premières déclarations au cours d'une audition ne respectant pas les règles de procédure, singulièrement les droits attachés à la défense de l'appelant. Nul ne peut dire aujourd'hui si ses déclarations initiales auraient été les mêmes, si le défenseur de

l'appelant avait été présent. Une fois des premières déclarations faites, il est assez naturel et humain ■ même si le contraire se voit aussi, notamment dans des affaires d'infractions à la loi sur les stupéfiants ■ de s'en tenir là et de se borner à les confirmer, avec plus ou moins de détail, dans les phases ultérieures d'une procédure, plutôt que de les modifier plus ou moins fondamentalement. On sait par ailleurs le poids qui est attaché aux premières déclarations des participants à une procédure, faites avant qu'ils n'aient encore nécessairement mesuré toutes les conséquences possibles de leurs dires, et le doute qui accompagne les rétractations qui suivent des déclarations complètes et détaillées. C'est dire toute l'importance qui est accordée aux premières déclarations et la nécessité que celles-ci soient faites dans les formes. Le procédé suivi en l'espèce par l'accusation jette une ombre sur la fairness de la procédure, dès lors qu'il permet le soupçon ■ fondé ou non ■ que l'accusation espère, de la sorte, que la police puisse recueillir des informations que la personne entendue ne livrerait pas, si elle savait que se trouvait dans la même pièce qu'elle le défenseur d'une autre personne prévenue.

d) L'article 3 al. 2 let. a et c CPP impose aux autorités pénales l'obligation de se conformer au principe de la bonne foi et de garantir aux participants à la procédure un traitement équitable. Force est de constater que ce principe et cette garantie ne sont pas respectés lorsque des auditions ont lieu en violation des droits de la défense, ce qui doit entraîner une correction des effets de la loi (ATF 120 IV 107 consid. 2c). Cette correction ne peut pas être obtenue par la seule répétition de l'opération viciée, conduite cette fois-ci en conformité des règles de procédure. En rester à cette unique conséquence, sinon encouragerait, du moins ne mettrait pas un frein à une pratique qui, contraire aux règles de procédure, n'est pas acceptable et doit être abandonnée. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation estime que la violation du principe exigeant un procès équitable (art. 3 CPP) doit en pareil cas être sanctionnée d'une manière analogue à la violation du principe de célérité : diminution de la sanction, exemption de peine, voire classement de la procédure, dans les cas les plus extrêmes (voir PC-CPP 2013, n. 13 et 14 ad art. 5 CPP).

Par ces motifs, LA COUR PENALE

Vu les articles 19 al. 1 et 2 LStup, 42, 46, 47, 49 CP, 3, 5, 141, 147 CPP,

1. Admet partiellement l'appel et l'appel joint, au sens des considérants.

Neuchâtel, le 23 septembre 2013

1 Les autorités pénales respectent la dignité des personnes impliquées dans la procédure, à tous les stades de celle-ci.

2 Elles se conforment notamment:

a.

au principe de la bonne foi;

b.

à l'interdiction de l'abus de droit;

c.

à la maxime voulant qu'un traitement équitable et le droit d'être entendu soient garantis à toutes les personnes touchées par la procédure;

d.

à l'interdiction d'appliquer des méthodes d'enquête qui sont attentatoires à la dignité humaine.

1 Les autorités pénales engagent les procédures pénales sans délai et les mènent à terme sans retard injustifié.

2 Lorsqu'un prévenu est placé en détention, la procédure doit être conduite en priorité.

1 Les preuves administrées en violation de l'art. 140 ne sont en aucun cas exploitables. Il en va de même lorsque le présent code dispose qu'une preuve n'est pas exploitable.

2 Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves.

3 Les preuves qui ont été administrées en violation de prescriptions d'ordre sont exploitables.

4 Si un moyen de preuve est recueilli grâce à une preuve non exploitable au sens de l'al. 2, il n'est pas exploitable lorsqu'il n'aurait pas pu être recueilli sans l'administration de la première preuve.

5 Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites.

1 Les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves par le ministère public et les tribunaux et de poser des questions aux comparants. La présence des défenseurs lors des interrogatoires de police est régie par l'art. 159.

2 Celui qui fait valoir son droit de participer à la procédure ne peut exiger que l'administration des preuves soit ajournée.

3 Une partie ou son conseil juridique peuvent demander que l'administration des preuves soit répétée lorsque, pour des motifs impérieux, le conseil juridique ou la partie non représentée n'a pas pu y prendre part. Il peut être renoncé à cette répétition lorsqu'elle entraînerait des frais et démarches disproportionnés et que le droit des parties d'être entendues, en particulier celui de poser des questions aux comparants, peut être satisfait d'une autre manière.

4 Les preuves administrées en violation du présent article ne sont pas exploitables à la charge de la partie qui n'était pas présente.

1 Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire:

a.

celui qui, sans droit, cultive, fabrique ou produit de toute autre manière des stupéfiants;

b.

celui qui, sans droit, entrepose, expédie, transporte, importe, exporte des stupéfiants ou les passe en transit;

c.

celui qui, sans droit, aliène ou prescrit des stupéfiants, en procure de toute autre manière à un tiers ou en met dans le commerce;

d.

celui qui, sans droit, possède, détient ou acquiert des stupéfiants ou s'en procure de toute autre manière;

e.

celui qui finance le trafic illicite de stupéfiants ou sert d'intermédiaire pour son financement;

f.

celui qui, publiquement, incite à la consommation de stupéfiants ou révèle des possibilités de s'en procurer ou d'en consommer;

g.

celui qui prend des mesures aux fins de commettre une des infractions visées aux let. a à f.

2L'auteur de l'infraction est puni d'une peine privative de liberté d'un an au moins, cette sanction pouvant être cumulée avec une peine pécuniaire:

a.2

s'il sait ou ne peut ignorer que l'infraction peut directement ou indirectement mettre en danger la santé de nombreuses personnes;

b.

s'il agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au trafic illicite de stupéfiants;

c.

s'il se livre au trafic par métier et réalise ainsi un chiffre d'affaires ou un gain important;

d.

si, par métier, il propose, cède ou permet de toute autre manière à des tiers d'avoir accès à des stupéfiants dans les lieux de formation principalement réservés aux mineurs ou dans leur périmètre immédiat.

3Le tribunal peut atténuer librement la peine:

a.

dans le cas d'une infraction visée à l'al. 1, let. g;

b.

dans le cas d'une infraction visée à l'al. 2, si l'auteur est dépendant et que cette infraction aurait dû servir au financement de sa propre consommation de stupéfiants.

4Est également punissable en vertu des al. 1 et 2 celui qui commet l'acte à l'étranger, se trouve en Suisse et n'est pas extradé, pour autant que l'acte soit également punissable dans le pays où il a été commis. La législation de ce dernier est applicable si elle est plus favorable à l'auteur. L'art. 6 du code pénal³est applicable.

1Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 20 mars 2008, en vigueur depuis le 1erjuil. 2011 (RO20092623,20112559;FF200681418211).2RO201131473RS311.0

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.