

NE_GERICHTE CPEN.2021.42 vom 5. April 2022

NE Tribunal cantonal, 2022-04-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CPEN.2021.42

FR: NE_GERICHTE CPEN.2021.42 du 5 avril 2022

IT: NE_GERICHTE CPEN.2021.42 del 5 aprile 2022

Erwägungen

E. 13

novembre 2020, le tribunal de police a interrogé le prévenu. Celui-ci a notamment déclaré ceci : « Le jeudi 19 mars 2020, j'étais en congé mais tous mes collaborateurs étaient informés que s'il y avait une information ou une visite des autorités, il fallait l'exécuter sur le champ. La police est passée le jeudi quand j'étais absent et ont vu que la zone non-food n'était pas fermée et ont demandé de la fermer. Mes assistants et les collaborateurs se sont mis au travail sur le champ pour fermer cette zone. Un de mes collaborateurs m'a appelé pour m'avertir et j'ai vu avec eux par téléphone s'ils étaient en train d'exécuter les demandes de la police. Ils ont commencé à le faire quand les policiers étaient encore sur place et ont mis la police en contact avec le service juridique de A._____. Quelques heures après, je suis venu sur place pour vérifier que tout avait été fait correctement, ce qui était le cas ». Selon lui, le policier qui avait passé le lendemain lui avait dit que tout était en ordre et que ni lui, ni le magasin, ni le personnel n'auraient de problèmes. Le prévenu avait été présent au magasin le mercredi 18 mars 2020, depuis le matin et jusque vers 15h00 ou 16h00. « Vous me demandez pourquoi je n'ai rien fait par rapport aux mesures ce jour-là. Parce que personnellement je n'avais reçu aucune information de ce qu'il fallait faire. J'attendais une information de A._____. Toutes les informations sont transmises à la filiale. Vu que je ne suis pas gérant franchisé, je suis gérant de filiale, les informations passent par le siège central à la filiale. Toutes les informations nous parviennent par e-mail sur l'ordinateur ». Les jours en question, il y avait un flux énorme de clients, qu'il fallait essayer de gérer, notamment pour éviter qu'ils se regroupent. C'était quelque chose d'exceptionnel. « Je précise que pour moi, ce n'était pas clair qu'il fallait fermer certains rayons ». Le prévenu avait reçu de A._____ des informations sur un plan concernant les règles d'hygiène et « [t]outes ces directives avaient été mises en place. Je ne me souviens pas très bien mais ce devait être avant la visite de la police ».

b) Le juge a indiqué que si la recevabilité de l'opposition devait être admise, des témoins seraient nécessaires. Il a invité la mandataire du prévenu à plaider uniquement sur cette question.

c) La mandataire a plaidé et conclu au constat de la validité de l'opposition, à l'annulation de l'ordonnance pénale et à l'acquiescement du prévenu, les frais et une indemnité en faveur du prévenu pour ses frais de défense devant être mis à la charge de l'État. Elle a indiqué qu'elle déposerait sa plaidoirie.

d) Les notes de plaidoirie de l'avocate ont été déposées ultérieurement, mais on peut déjà mentionner qu'elles contenaient des développements en rapport avec la situation en mars 2020 (flou juridique ; le procureur général avait lui-même fait des erreurs évidentes dans les

seulement neuf lignes de l'ordonnance pénale, notamment en retenant l'art.10f de l'Ordonnance 2 Covid-19, qui n'était entré en vigueur que le 26 mars 2020 ; le procureur confondait la notion de « produits de première nécessité », absente de l'ordonnance, et celle de « biens de consommation courante », que l'on y trouvait ; si même le procureur général ne s'y retrouvait pas, on ne voyait pas comment le prévenu aurait pu le faire), la nullité de l'ordonnance pénale (absence de clarté et de précision de l'ordonnance pénale, ainsi que d'une base légale formelle et de définition de la portée de l'art.6 de l'Ordonnance 2 Covid-19; référence à un art.10f qui n'était pas en vigueur au moment des faits), la validité de l'opposition (cf. plus loin), une violation de la maxime d'accusation (description insuffisante et en partie erronée, dans l'ordonnance pénale, des faits constitutifs de l'infraction), une violation, par l'ordonnance pénale, du principe de la légalité (art.10f pas en vigueur au moment des faits ; notion de « biens de consommation courante » qui nécessitait une interprétation ; absence de loi au sens formel), l'absence des éléments constitutifs de l'infraction (le prévenu n'avait toujours vendu que des « biens de consommation courante » ; absence d'intention ; congé le jour du constat ; absence de connaissance au 19 mars 2020, par le prévenu, de la nouvelle interprétation de la notion de « biens de consommation courante », ainsi que du courriel du SCAV du jour précédent) et une violation du principe de proportionnalité (au lieu de dénoncer le prévenu, on aurait pu, dans la situation particulière, lui fixer un délai raisonnable pour mettre les choses en ordre).

H.a) Par courrier du

E. 17

novembre 2020, le tribunal de police a admis la validité de l'opposition. Il a retenu, en bref, qu'il convenait d'appliquer par analogie l'article 385 al. 2 CPP à la situation dans laquelle une requête n'était pas signée, en vertu de la prohibition du formalisme excessif, lorsque l'informalité était le résultat d'une omission involontaire. Dans le cas d'espèce, le fait que l'opposition était signée par des responsables de A. _____ n'entraînait pas l'irrecevabilité de celle-ci, mais l'obligation de la rectifier ; cette rectification était intervenue le 14 mai 2020, à supposer que l'on ne tienne pas déjà la signature de la procuration, déposée avec l'opposition, comme une ratification de cette dernière. Le juge ajoutait que la question de la validité de l'ordonnance pénale serait examinée avec le fond, étant déjà constaté que cette ordonnance émanait d'une autorité compétente pour la rendre et que la peine prononcée ne dépassait pas les compétences de celle-ci (art. 352 CPP). Il précisait qu'il entendait d'ores et déjà étendre la prévention à l'article 10d de l'Ordonnance 2 Covid-19 dans sa version au moment des faits.

b) Le 30 novembre 2020, le prévenu a déposé quelques pièces, notamment son rapport de travail pour la semaine du 16 au 21 mars 2020, dont il ressortait qu'il était en congé le 19 mars 2020, des photographies dont il disait qu'elles avaient été prises dans le magasin les 17 et 20 mars 2020 et un concept de protection élaborée par A. _____. Il confirmait qu'un concept de protection avait été établi par A. _____, mais précisait qu'au 19 mars 2020, rien ne lui avait encore été transmis, le concept « étant en cours d'élaboration à cette date et n'ayant pas encore été transmis aux filiales ». Il demandait l'audition, comme témoins, de son assistant C. _____, qui l'avait représenté le 19 mars 2020, de B. _____, responsable du service juridique de A. _____ AG, et de D. _____, collaboratrice de A. _____ Z. _____. Il déposait les notes de plaidoirie de son avocate pour l'audience du 13 novembre 2020, notes dont le contenu a déjà été résumé plus haut.

I.a) À l'audience du 12 mars 2021, le tribunal de police a repris les débats.

b) Le prévenu a été réinterrogé. Il a notamment déclaré ceci : « Au mois de mars [i.e. 2020], j'étais informé des mesures par la centrale de distribution de A. _____ et recevais les informations par courriel, soit à partir de quel moment on devait fermer les rayons et de quels articles. C'est la centrale de A. _____ qui suit tout ce qu'ils ont le droit de vendre ou non. Je reçois les informations et je les exécute sur la filiale ». Quand le juge lui a demandé comment il expliquait que A. _____ W. _____ ait pris des mesures la veille [i.e. la veille du 19 mars 2020], il a répondu : « Je ne sais pas comment mais je pense qu'à W. _____ ils ont eu la visite des autorités sur la filiale ». Le juge lui a fait remarquer qu'à W. _____, les mesures étaient déjà prises quand la police avait passé. Le prévenu a dit : « Si je me souviens bien, c'est après le passage de la police que les rayons ont été fermés sur la filiale de W. _____. Je suis le responsable uniquement sur la filiale de Z. _____ et W. _____ a une autre gérante ». Il n'était pas sûr que des banderoles aient été en place dans le magasin de W. _____, le matin du 18 mars 2020. « Toutes les filiales reçoivent les informations en même temps ». Ils avaient reçu une information de A. _____, disant qu'il fallait mettre une banderole rouge sur les produits non alimentaires ; cela avait été fait dans toute la Suisse, mais le canton de Neuchâtel avait exigé que les rayons soient complètement fermés ; le 18 mars 2020, il n'y avait encore aucune instruction de mettre quoi que ce soit » ; sauf erreur, les banderoles rouges avaient été reçues le 20 ou le 21 mars 2020. Dans l'après-midi du 19 mars 2020, il avait passé à son magasin et ils avaient mis des sacs plastique par-dessus les rayons, pour les fermer.

c) Entendu en qualité de témoin, C. _____ a déclaré, en résumé, que, le 19 mars 2020, c'était lui qui avait le rôle de gérant du magasin de Z. _____, en l'absence du prévenu. Un policier avait passé au magasin en début d'après-midi. Le témoin avait alors appelé le service juridique de A. _____, conformément à la procédure pour ce genre de cas. « S'agissant des mesures, on avait mis du gel hydroalcoolique et il y avait des autocollants par terre pour la distance. On avait tout mis en place à l'entrée du magasin. Cela avait été fait avant l'arrivée de la police ». La période de mars 2020 avait été intense. « On avait beaucoup d'informations qu'on a réussi à suivre, les clients à gérer c'était plus compliqué ». Les mesures changeaient beaucoup et il en était informé par la centrale. Le personnel avait bien fait son travail pour les règles de distanciation des clients et la présence de gel. Le témoin n'avait pas eu connaissance du courriel du SCAV du 18 mars 2020. Il n'avait pas non plus connaissance de l'ordonnance du Conseil fédéral, le 19 mars 2020. Lors du contrôle de police, c'était la vente de « non-food » qui avait été critiquée. Tout le personnel avait alors arrêté ce qu'il était en train de faire, « pour respecter les mesures ».

d) Également entendue en qualité de témoin, E. _____, gérante du magasin A. _____ de W. _____ en mars 2020, ce qu'elle était encore au moment de l'audition, a déclaré que le SCAV avait passé le matin du 18 mars 2020 dans son magasin et lui avait dit quelles étaient les mesures à prendre ; elle l'avait fait tout de suite et en avait informé son chef (G. _____, responsable régional) ; le SCAV avait à nouveau passé, le même jour, constaté que le nécessaire avait été fait et ensuite envoyé un courriel, qu'elle avait reçu sur sa boîte privée, puis transféré au responsable régional. À W. _____, des bandes rouges (i.e. pour interdire l'accès au « non-food ») avaient déjà été mises avant le 18 mars 2020 ; lors de sa première visite du matin de ce jour-là, le SCAV lui avait dit qu'on ne pouvait pas laisser ça ainsi, « car les clients prenaient quand même ». « S'agissant de quels éléments de

l'étalage devaient être fermés, c'est notre employeur qui nous l'a dit. Le

E. 18

Le 15 mars 2022, la mandataire du prévenu sollicite des rectifications sur deux procès-verbaux dressés le 15 mars 2022. Selon la jurisprudence, la demande doit être faite immédiatement après la lecture du procès-verbal, sous peine de forclusion (arrêt du TF du 25.04.2013 [6B_682/2012] cons. 1.4.2, cité in Macaluso/Toffel, in CR CPP, 2^e éd. 2019, n. 3 ad art. 79 ; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3^e éd. 2017, n. 2 ad art. 79). Il ne peut dès lors être donné suite à la requête du 18 mars 2022, effectuée trois jours après l'audience du 15 mars 2022 (au cours de laquelle tant le prévenu que le témoin ont eu l'occasion de relire leurs déclarations et de requérir des modifications).

La mandataire du prévenu mentionne également une « Nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » et la « Jurisprudence et doctrine citée lors de la plaidoirie du 15 mars 2022 ». Il n'y a pas lieu de rouvrir les débats. Les informations envoyées n'ont aucune portée pratique, puisque les membres de la Cour pénale avaient pris note des références citées par la défense (celles-ci ne leur étant d'ailleurs pas inconnues) et la Cour pénale appliquant le droit d'office.

5. Validité de l'ordonnance pénale

a) Dans ses notes de plaidoirie pour l'audience du 13 novembre 2020, l'appelant invoquait la nullité de l'ordonnance pénale, en raison de l'absence de clarté et de précision de celle-ci, ainsi que d'une base légale formelle et d'une définition de la portée de l'art. 6 de l'Ordonnance 2 Covid-19; la contestation se fondait en outre sur le fait que l'ordonnance pénale faisait référence à un article 10f de l'Ordonnance 2 Covid-19 qui n'était pas en vigueur au moment des faits. L'appelant n'a rien développé à ce sujet dans la « MOTIVATION SOMMAIRE » de sa déclaration d'appel, du 10 mai 2021, même s'il concluait au constat de la nullité de l'ordonnance pénale, respectivement à son annulation.

b) L'appelant ne conteste pas que l'ordonnance pénale contient les éléments prescrits à l'article 353 al. 1 CPP, ni qu'elle prononce une peine qui entre dans le cadre de l'article 352 al. 1 CPP. Au sens de cette dernière disposition, les faits pouvaient paraître suffisamment établis, comme ils peuvent l'être après une simple enquête de police ; l'appelant ne soutient en tout cas pas le contraire. Une erreur dans la qualification juridique des faits ne peut pas entraîner la nullité ou l'annulabilité d'une ordonnance pénale ; on peut d'ailleurs relever que le procureur général a visé l'article 10f de l'Ordonnance 2 Covid-19, au lieu de l'article 10d, mais que le prévenu, assisté d'un mandataire, a fort bien compris qu'il s'agissait d'une inadvertance, causée par le fait que c'était l'article 10f qui, dans une version postérieure, sanctionnait les comportements qui étaient réprimés par l'article 10d au moment des faits incriminés. On peut noter au passage que le tribunal de police, dans son courrier du 17 novembre 2020, a étendu la qualification juridique à l'article 10d de l'Ordonnance 2 Covid-19, dans sa version en vigueur au moment des faits, ce qu'il avait la compétence de faire (art. 344 CPP). Quant à la précision de la description, dans l'ordonnance pénale, des faits reprochés au prévenu, on retiendra qu'en se sachant accusé d'avoir « laiss[é] un libre accès aux articles qui n'étaient pas de première nécessité », le prévenu pouvait très bien comprendre de quoi il s'agissait et se défendre en conséquence, même s'il est vrai qu'il aurait peut-être été préférable de mentionner que le prévenu avait « laiss[é] un libre accès aux articles qui n'étaient pas des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante », afin de mieux coller au

texte légal. Les deux notions sont d'ailleurs très voisines, pour ne pas dire qu'elles peuvent tout à fait se comprendre de la même manière. Le prévenu a d'ailleurs présenté une défense correspondant au grief qui lui était fait. Dans ces conditions, il faut retenir que l'ordonnance pénale n'est ni nulle, ni annulable. Le bien-fondé de la condamnation de l'appelant est évidemment une autre question.

6. Validité de l'opposition à l'ordonnance pénale

Le tribunal de police a retenu que l'opposition à l'ordonnance pénale était recevable, pour des motifs que la Cour pénale peut faire siens et que le ministère public ne conteste d'ailleurs pas.

7. Fondement constitutionnel/légal de l'Ordonnance 2 Covid-19

7.1.a) Le tribunal de police a retenu, en se référant à un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, que l'Ordonnance 2 Covid-19, adoptée par le Conseil fédéral le 13 mars 2020 (et abrogée le 22 juin 2020), était initialement fondée sur les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. féd., et donc sur le droit d'urgence. À partir du 17 mars 2020, le Conseil fédéral avait modifié le préambule, pour baser l'ordonnance sur l'article 7 LEp. Dès cette date, les versions successives ne mentionnaient plus la référence à l'article 185 al. 3 Cst. féd. Les rapports explicatifs ne fournissaient pas d'indications sur les motifs de ce changement. Cela étant, une modification du préambule ne changeait pas le rattachement aux articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. féd. L'article 10d de l'ordonnance pouvait se fonder sur l'article 185 al. 3 Cst. féd., car la situation prévalant en mars 2020 était extraordinaire et le Conseil fédéral devait prendre des mesures pour protéger la santé publique et assurer le respect des mesures prises à ces fins. Il était indispensable de prévoir des sanctions pénales suffisamment dissuasives à cet effet, de simples amendes n'y suffisant pas. On pourrait d'ailleurs considérer que la modification du préambule, intervenue le 17 mars 2020, devait se lire comme l'ajout d'une référence supplémentaire au préambule et aurait donc été mal reportée dans les compilations ultérieures.

b) L'appelant soutient que l'Ordonnance 2 Covid-19, dans son état au 17 mars 2020, n'avait pas une base légale suffisante, en tant qu'elle se fondait sur l'article 7 LEp. Certes, elle se référait à l'origine aux articles 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. féd., ainsi qu'aux articles 6 al. 2 let. b, 41 al. 1 et 77 al. 3 LEp, mais la version révisée du 17 mars 2020 ne se basait plus et ceci explicitement que sur l'article 7 LEp ; on ne pouvait pas retenir un rattachement qui ne figurait pas dans la loi. Même si elle était basée sur l'article 185 Cst. féd., l'ordonnance ne suffirait pas aux exigences de l'article 1er CP : le Conseil fédéral ne pouvait, dans une ordonnance, ériger en tant qu'infractions que des comportements passibles d'une contravention, faute de clause de délégation dans une loi. L'article 7 LEp autorise le Conseil fédéral, si une situation extraordinaire l'exige, à prendre les mesures nécessaires ; l'article 185 Cst. féd. permet au même d'édicter des ordonnances pour parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Dans un tel contexte, le Conseil fédéral pouvait ordonner des mesures, soit en particulier la fermeture d'un magasin, l'ouverture de celui-ci pouvant représenter un danger imminent, mais le prononcé d'une peine contre un gérant de magasin n'est pas apte à écarter un danger imminent, ceci même pas de manière indirecte, par l'effet de prévention supposé d'une sanction. Au surplus, une ordonnance ne peut pas déroger à une loi, soit à la LEp dans le cas d'espèce.

c) Le procureur général observe qu'à son point de vue, la question de savoir si l'ordonnance s'appuyait sur la Constitution fédérale ou plutôt sur la loi fédérale sur les épidémies est sans importance : dès lors que l'une de ces bases est suffisante, il importe peu que l'autre ne le soit pas, même si c'est celle qui est invoquée, puisque le Conseil fédéral ne peut évidemment pas se voir privé d'une compétence que l'ordre juridique lui accorde pour le motif qu'il aurait invoqué une autre disposition. Au demeurant, le ministère public considère que les deux dispositions constituaient une base juridique valable pour permettre au Conseil fédéral de prendre les mesures qu'il a prises. À supposer d'ailleurs que, techniquement, les ordonnances prises par le Conseil fédéral ne soient pas à l'abri de toute critique (ce que le ministère public conteste), on doit se demander si, même dans un État de droit, il appartient au pouvoir judiciaire de battre en brèche les décisions du gouvernement dont la nécessité s'est imposée d'emblée à toute personne raisonnable, qui ont été prises dans l'urgence pour une période limitée et qui ont fait l'objet d'une publicité accrue.

7.2. Plusieurs dispositions, d'un niveau hiérarchique différent, sont discutées dans le présent litige.

a) Selon l'article 185 Cst. féd., le Conseil fédéral prend des mesures pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse (al. 1). Il prend des mesures pour préserver la sécurité intérieure (al. 2). Il peut s'appuyer directement sur cette disposition pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure ; ces ordonnances doivent être limitées dans le temps (al. 3).

b) L'article 7 LEp prévoit que si une situation extraordinaire l'exige, le Conseil fédéral peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays.

c) Selon l'article 10d al. 1 de l'Ordonnance 2 Covid-19, devenu article 10fle 26 mars 2020 (RO 2020 786 ; RO 2020 1067), en vigueur au moment des faits, quiconque, intentionnellement, s'oppose aux mesures visées à l'article 6, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins qu'il n'ait commis une infraction plus grave au sens du code pénal. Cette disposition est entrée en vigueur le 17 mars 2020 et l'est restée jusqu'à l'abrogation de l'ordonnance, le 22 juin 2020.

Dans sa teneur au moment des faits, l'article 6 de la même ordonnance prévoyait que les établissements publics – notamment les magasins et les marchés – étaient fermés (al. 2 let. a), mais que la fermeture ne s'appliquait pas aux « magasins d'alimentation et autres magasins (p. ex. kiosques, shops de stations-service), pour autant qu'ils vendent des denrées alimentaires ou des biens de consommation courante » (al. 3 let. a).

7.3. Dans les versions successives de l'Ordonnance 2 Covid-19, le préambule se référait d'abord à l'article 185 Cst. féd., puis – et c'était la version en vigueur au moment des faits reprochés à l'appelant – à l'article 7 LEp. Il convient d'emblée de rappeler qu'il n'y a pas lieu d'accorder trop de poids au contenu de ce préambule, celui-ci n'ayant aucun effet contraignant (ATF 144 II 454 cons. 4.3.1 in fine; Ege/Eschle, *Das Strafrecht in der Krise, sui-generis* 2020, n. 9 ; Payer, *L'ordonnance 2 Covid-19 ne constitue pas une base légale suffisante pour prononcer une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire*, *crimen.ch*, p. 4 ; cf. toutefois Caroni/Schmid, *Notstand im Bundeshaus*, *PJA* 6/2020, p. 715). Indépendamment du contenu du préambule, il s'agit d'identifier la norme (constitutionnelle ou légale) légitimant l'intervention du Conseil fédéral dans un domaine

déterminé.

Dans ce but, on peut examiner les motifs qui ont conduit le Conseil fédéral de passer d'un fondement constitutionnel à la base légale contenue dans la loi sur les épidémies.

Après le premier cas confirmé de Covid-19 en Suisse, le 25 février 2020 et la propagation rapide du coronavirus dans toutes les régions du pays, le Conseil fédéral a pris une série de mesures, comme l'art. 7 LEP qui habilite le législateur en cas de «situation particulière» (cf. art. 6 LEP). Certaines ordonnances comme l'ordonnance 2 Covid-19 du 13 mars 2020 qui prévoyait notamment la fermeture des écoles se fondaient sur les articles 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst. féd.). D'autres mesures ont été arrêtées, lors de cette première phase, en vertu de l'article 6 al. 2 LEP.

Le 16 mars 2020 (début de la seconde phase), le Conseil fédéral a déclaré que la Suisse se trouvait en «situation extraordinaire» au sens de l'article 7 LEP et il a ordonné un durcissement des mesures avec, notamment, la fermeture de tous les magasins à l'exception des points de vente de denrées alimentaires et de biens de consommation courante. Il a également pris d'autres mesures, dans des ordonnances distinctes, sur la base de l'article 185 al. 3 Cst. féd. et des normes de délégation existantes de lois spéciales (message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19, FF 2020 p. 6363 ss, en particulier ch. 1.1 p. 6368). Dans le même document (message), le Conseil fédéral a répété que «l'ordonnance 2 Covid-19 se fondait depuis le 16 mars sur l'art. 7 LEP, qui habilite le Conseil fédéral à agir dans une situation extraordinaire au sens de la LEP». Il a distingué l'ordonnance 2 Covid-19 «d'autres ordonnances se fondent sur l'art. 185, al. 3, Cst.» (FF 2020 p. 6370). Il a ensuite relevé qu'il convenait de «délimiter les ordonnances fondées sur l'art. 7 LEP et celles qu'il a édicté en se fondant directement sur la Constitution (art. 185, al. 3, Cst.)». Le Conseil fédéral a donc lui-même distingué clairement les «mesures primaires», sous-tendues par des motifs épidémiologiques, reposant sur l'article 7 LEP, des «mesures secondaires», visant à combattre les conséquences (par exemple économiques) de la pandémie, fondées sur l'article 185 al. 3 Cst. féd. (FF 2020 p. 6371; cf. Stöckli, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, RDS numéro spécial 2020, p. 23).

7.4 Sur la base des considérations qui précèdent, on ne peut toutefois d'emblée retenir que l'ordonnance 2 Covid-19 est fondée sur le seul article 7 LEP. Cela reviendrait à ignorer les explications déjà données par le Conseil fédéral dans le message (antérieur) relatif à la loi sur les épidémies (LEP). Il y a explicitement indiqué que l'article 7 LEP est une disposition «de nature déclaratoire réitérant, au niveau légal, la compétence constitutionnelle que confère l'art. 185, al. 3, Cst. au Conseil fédéral d'édicter, en cas de situation extraordinaire, des ordonnances d'urgence qui ne se fondent pas sur une loi fédérale» (FF 2011 291, 346). Le 1er juillet 2020, dans sa réponse à une interpellation parlementaire (20.342 ; Lukas Reichmann, «Base juridique insuffisante pour l'article 10f alinéa 1 de l'ordonnance 2 Covid-19»), le Conseil fédéral a précisé que, lorsqu'il édicte une ordonnance en se fondant sur l'art. 7 LEP, il est investi s'agissant de la lutte contre les épidémies des mêmes compétences que celles que lui confère l'article 185 al. 3 Cst. féd. et qui lui permettent aussi d'édicter les dispositions pénales en question.

Si les relations exactes entre les deux normes (constitutionnelle et légale) mériteraient certainement d'être mieux définies (plaidant, de lege ferenda, en ce sens : Stöckli, op. cit., p.

48), on ne peut, à l'heure actuelle, en tout cas pas exclure l'application de l'article 185 al. 3 Cst. féd (cf. aussi Maag, Covid-19-Strafrecht, article du 9 mars 2021, disponible sur le site www.caselaw.ch).

8. Respect des exigences constitutionnelles

Il s'agit donc de déterminer si, en prévoyant des sanctions pénales sévères à l'article 10d Ordonnance 2 Covid-19, le Conseil fédéral a respecté les exigences constitutionnelles.

Une ordonnance du Conseil fédéral doit, même si elle est adoptée en urgence, respecter les règles constitutionnelles. Elle doit être conforme aux grands principes du droit public, au premier rang desquels figurent les principes de l'intérêt public (art. 36 al. 2 Cst. féd.) et de la proportionnalité (art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst. féd.) (Hottelier, Démocratie, Etat de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 ■ La situation en Suisse, Confluence des droits, La revue, 07/2020, p. 10).

8.1 Il n'est ici pas douteux que les sanctions prévues par l'ordonnance 2 Covid-19, qui tendaient à renforcer les mesures prises pour prévenir et combattre la propagation du virus, visaient un intérêt public (cf. Jaag, Rechtsmässigkeit kantonaler Covid-19-Massnahmen, Sicherheit & Recht 3/2021, ch. IV.2).

8.2 Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se pencher sur le respect du principe de la proportionnalité par une ordonnance cantonale, édictée dans le contexte de la pandémie (arrêt du TF du 16.12.2021 [2C_429/2021] cons. 5.3 ss, avec des références).

Il a alors rappelé que, pour être conforme au principe de la proportionnalité, une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé (règle de l'aptitude), lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (règle de la proportionnalité au sens étroit) (cf. arrêt précité cons. 5.3 ; Ivanov, La proportionnalité des actes normatifs, in : Jusletter du 24 octobre 2016, p. 4).

En l'espèce, la Cour pénale considère que les sanctions prévues à l'article 10d Ordonnance 2 Covid 19 (entrée en vigueur le 17 mars 2020) ne respectent pas le principe de la proportionnalité, comme on va le voir maintenant.

8.2.1 A titre préalable, il convient de relever que les autorités judiciaires ■ dont le tribunal de police, puis la Cour pénale ■ peuvent librement se prononcer sur la question de la proportionnalité des sanctions pénales qui étaient prévues à l'article 10d ordonnance 2 Covid-19.

Il ne s'agit en effet pas ici de discuter du niveau de risque acceptable (comme cela serait le cas en lien avec l'obligation du port du masque imposée par une ordonnance cantonale, qui a fait l'objet de l'ATF 147 I 393), soit de déterminer la limite entre risques admissibles et risques inadmissibles, lorsque cette frontière demeure indéterminée. Dans cette dernière hypothèse, il appartiendrait alors en premier lieu au pouvoir exécutif, par le biais d'ordonnances, et non aux tribunaux de définir ce qu'est le risque acceptable (ATF 147 I 393 cons. 5.3.2 et l'arrêt cité ; Uhlmann/Wilhelm, Notrecht in der Corona-Krise, ZfR 2021, p. 54 ss : «Hier ist Sachwissen gefragt» ; Jaag, op. cit., ch. IV.2).

En l'espèce, la question a trait à la proportionnalité des sanctions prévues dans l'ordonnance 2 Covid-19 en cas de non-respect des mesures imposées par le Conseil

fédéral. Le juge pénal est donc habilité à examiner librement cette question, qui n'implique pas l'analyse d'un risque, entreprise par l'exécutif sur la base des données scientifiques à sa disposition, mais le caractère proportionné (ou non) des sanctions prévues en cas de non-respect des mesures ancrées dans l'ordonnance.

8.2.2 Même dans le domaine de la santé et plus particulièrement en lien avec les mesures prises par le Conseil fédéral pendant la crise sanitaire, le but visé par une norme (visant à protéger la santé des citoyens) ne légitime pas la mise en œuvre de n'importe quels moyens (Wohlers, *Strafrechtlicher Zwang in der « ausserordentlichen » Lage*, in : *Symposium#iuscoronae, Rechtswissenschaft in der Corona-Krise*, Pärli/Weber-Frisch [éd.], 2021, p. 66 ; cf. Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 2^eéd. 2006, n. 60 p. 44).

Comme on l'a vu plus haut, la Suisse s'est trouvée, depuis le 17 mars 2020 (et pendant trois mois), en situation extraordinaire (cf. art.7 LEp), mais elle n'est jamais sortie du cadre constitutionnel. En effet, pendant la crise du coronavirus, le Conseil fédéral n'a pas été mis au bénéfice des pleins pouvoirs (Bernard, *Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux*, *Sécurité et droit* 2020, p. 140 ; Zünd/Errass, *Pandemie ■ Justiz ■ Menschenrechte*, *RDS, Numéro spécial* 2020, p. 89 ; cf. Hottelier, p. 11). Ainsi, le Conseil fédéral, en adoptant de nouvelles ordonnances, ne pouvait, au seul motif (général) qu'il convenait de protéger en urgence le pays et ses citoyens contre des dangers graves pour la vie et la santé corporelle, prendre des mesures très incisives (restreignant de manière importante les libertés fondamentales) et, comme cela a été décidé en l'espèce, ériger des infractions en délits (et pas seulement en contraventions), sans justifier ses décisions en fonction des exigences constitutionnelles applicables.

8.2.3 L'ordre juridique représente un ensemble cohérent, une unité (entre autres auteurs, cf. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 3^eéd. 2010, p. 85 s. ; Müller, op. cit., n. 290 p. 174). La loi et l'ordonnance formant un tout, l'impact de l'ordonnance ne peut ni ne doit être dissocié de celui de la loi (cf. Office fédéral de la justice, *Guide de législation*, 2019, n. 430 ; sous l'angle ■ comparable ■ du maintien de l'unité du droit par le juge, cf. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6^eéd. 1991, p. 369).

Les normes et en particulier les sanctions pénales qui y sont prévues déjà en vigueur contenues dans la loi sur les épidémies, qui ont une légitimité démocratique plus grande que les ordonnances, donnent une idée de l'échelle que le Parlement fédéral entendait utiliser au moment d'adopter la loi. Le Conseil fédéral ne peut en faire abstraction, mais il doit s'orienter en fonction de cette échelle pour garantir la proportionnalité des peines qu'il consacre dans son ordonnance. Cela est d'autant plus important lorsque le Conseil fédéral intervient à la place du parlement dans une situation d'urgence (Ege/Eschle, n. 18 ; cf. Wohlers, op. cit., p. 66) et que la tâche de l'Etat/du gouvernement et en particulier lorsqu'il s'agit de protéger la population contre différentes menaces et de prévenir des risques prend de plus en plus d'ampleur et que les pressions qui pèsent sur les épaules des autorités pour qu'elles prennent des mesures s'intensifient (cf. Ivanov, op. cit., p. 17). Ne pas respecter l'orientation (« l'échelle ») désignée par le Parlement fédéral reviendrait d'ailleurs, pour le Conseil fédéral, à faire fi de la subsidiarité de la clause d'urgence (concrétisée dans l'ordonnance) par rapport à l'activité législative du Parlement (sur la subsidiarité, cf. Brunner/Wilhelm/Uhlmann, *Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts*, *PJA* 6/2020, p. 689 s. ; cf. aussi l'art. 1 al. 2bis de la loi Covid-19 du 25 septembre 2020 [RS 818.102]), ce qui ne peut se concevoir dans un Etat démocratique.

En l'espèce, la mesure sanctionnée (obligation de trier l'assortiment) est plus proche des actes visés à l'article 83 LEp (contraventions) que de ceux réprimés à l'article 82 LEp (délits). Dans cette dernière disposition, est notamment puni celui qui omet intentionnellement de prendre les mesures de confinement nécessaires lors de l'utilisation d'agents pathogènes dangereux en milieu confiné (al. 1 let. a) ou dissémine à des fins de recherche ou met sur le marché sans autorisation des agents pathogènes (al. 1 let. b). L'article 83 LEp (contraventions) punit par l'amende notamment celui qui enfreint l'obligation de déclarer (al. 1 let. a), effectue sans autorisation une analyse microbiologique pour détecter des maladies transmissibles (al. 1 let. b), se soustrait à des examens médicaux qui lui ont été imposés (al. 1 let. i) ou contrevient à des mesures visant la population (al. 1 let. j qui vise l'art. 40 LEp). La mesure sanctionnée par l'ordonnance 2 Covid-19 (obligation de trier l'assortiment) est très proche du comportement visé à l'article 40 LEp qui vise les mesures nécessaires pour empêcher la propagation de maladies transmissibles au sein de la population ou dans certains groupes de personnes qui est sanctionné par une amende et non par une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (cf. art. 82 et 83 LEp ;Ege/Eschle, op. cit., n. 18 ;Niggli, Corona-Massnahmen und Verfassung, Anwaltsrevue 2021, p. 2 s.). A cet égard, le fait que l'article 40 LEp vise les mesures prises au niveau cantonal, alors que l'ordonnance 2 Covid-19 prévoyait des mesures fondées sur la clause d'urgence fédérale, n'est pas déterminant (cf. décision du Bezirksgericht de Kulm du canton d'Argovie du 15.12.2020 [ST.2020.101] cons. 2.1.2).

Alors même que le Conseil fédéral avait opéré un durcissement des normes (par rapport à l'art. 83 LEp) en adoptant l'ordonnance 2 Covid-19, il n'a fourni aucune explication permettant de comprendre les motifs qui l'ont conduit à sanctionner plus sévèrement une infraction réprimée dans l'ordonnance 2 Covid-19 (sur le constat et la critique, cf.Ege/Eschle, n. 20).

Le Conseil fédéral est d'ailleurs ensuite revenu sur le choix qu'il avait concrétisé à l'article 10d de l'ordonnance 2 Covid-19 (peine privative de liberté et peine pécuniaire) puisque, tant dans l'ordonnance qui a succédé à l'ordonnance 2 Covid-19 (abrogée en juin 2020) que dans le projet de loi qu'il a transmis au parlement (adopté par celui-ci), seule l'amende est prévue (message du 12 août 2020 précité, FF 2020 p. 6363 ss, en particulier p. 6376, 6385 et 6412 s.).

8.2.4 L'ATF 123 IV 29, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que les sanctions (emprisonnement ou amende) prévues par le Conseil fédéral répondaient aux exigences constitutionnelles, notamment au principe de proportionnalité, n'est pas comparable au cas d'espèce et ne permet pas de justifier les sanctions prévues dans l'ordonnance 2 Covid-19. Dans cet arrêt, l'ordonnance sur l'acquisition et le port d'armes à feu par des ressortissants yougoslaves, adoptée par le Conseil fédéral, prévoyait ces sanctions pour appuyer l'interdiction faite aux ressortissants yougoslaves de porter et de transporter des armes à feu dans les lieux publics (cons. 3 et 4).

Par contraste, cet arrêt confirme plutôt que la peine prévue dans l'ordonnance 2 Covid-19 est disproportionnée. La sévérité de la peine prévue dans l'ordonnance sur l'acquisition et le port d'armes s'explique par le fait que l'acte conduisant à la sanction pénale est particulièrement inquiétant puisqu'il présuppose que l'auteur détienne une arme, malgré l'interdiction. La peine, sévère, n'est pas disproportionnée car l'interdiction ne porte, elle, que très peu atteinte à la liberté de l'auteur (cf. ATF 123 IV 29 cons. 3b). L'obligation

pour un gérant de magasin de restreindre l'assortiment de biens usuellement proposés à la vente est, au contraire, une atteinte importante à la liberté économique et l'adoption, en sus (dans l'ordonnance), d'une peine sévère heurte le principe de la proportionnalité (Ege/Eschle, op. cit., n. 20).

8.2.5 Au vu des considérations qui précèdent, la peine qui était prévue à l'article 10d de l'ordonnance 2 Covid-19 doit être considérée comme disproportionnée et, partant, contraire aux exigences constitutionnelles, ce qui correspond d'ailleurs aussi à l'opinion de la doctrine majoritaire (Payer, op. cit., p. 4 ; Ege/Eschle, op. cit., n. 17 ss ; cf. Niggli, op. cit., p. 427 ; cf. Roos/Fingerhuth, Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1^{ère} éd. 2020, n. 60 ad § 26) ; faisant part de leurs doutes, en relation avec l'art. 7 LEp, cf. Uhlmann/Wilhelm, op. cit., p. 68 s. ; contra: Burrichter/Vischer, Der Vergehenstatbestand nach Art. 10f Abs. 1 der Covid-19, forum poenale 4/2020, ch. II.3/c ; arrivant au même résultat que la doctrine majoritaire, en retenant l'insuffisance de la base légale, cf. décision du Bezirksgericht de Kulm précité cons. 2.1.2).

Pour conclure, on observera encore que le jugement prononcé par la Cour de justice du canton de Genève le 7 octobre 2020 (AARP/345/2020), qui a guidé les réflexions du premier juge (jugement entrepris cons. 13), ne permet pas de remettre en question la conclusion qui précède. Les magistrats genevois ont notamment considéré que les restrictions imposées à l'activité économique de l'appelant respectaient le principe de la proportionnalité et ils en ont d'emblée conclu que cela était également le cas des sanctions pénales prévues pour la violation de ces restrictions (jugement précité de la Cour de justice, cons. 3.6.1). Ce raisonnement ne peut être suivi dans la mesure où il ne tient pas compte du fait qu'une mesure dictée par un impératif sanitaire (apte à prévenir un risque déterminé) peut être proportionnée et que la sanction pénale y relative peut se révéler incompatible avec le principe de la proportionnalité. La distinction entre la mesure et la peine est, comme on l'a vu, essentielle puisque, selon l'examen qu'il convient d'effectuer (mesure ou peine), la marge de manœuvre du juge sera différente. Il est dès lors indispensable d'examiner la sanction pénale pour elle-même avant d'en tirer une conclusion.

8.2.6 On relèvera encore ■ sans en faire un élément déterminant dans la mesure où les parties ne pouvaient pas en avoir connaissance lors des débats du 15 mars 2022 (la Cour pénale ayant obtenu l'information le 17 mars 2022) ■ que la Cour européenne des droits de l'homme (troisième section) a eu l'occasion d'examiner les sanctions pénales prévues dans l'ordonnance 2 Covid-19 en lien avec le principe de la proportionnalité dans une affaire Communauté Genevoise d'Action Syndicale (CGAS) c. Suisse (requête no 21881/20) tranchée le 15 mars 2022.

L'association requérante avait saisi la Cour le 26 mai 2020. Invoquant l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle s'était plainte d'avoir dû, après l'adoption de l'ordonnance 2 Covid-19, renoncer à l'organisation d'une manifestation prévue le 1er mai 2020 et retirer sa demande d'autorisation. Comme elle ne pouvait pas attaquer l'ordonnance devant une instance interne, elle avait saisi directement la Cour européenne des droits de l'homme. Après avoir rappelé que la situation d'urgence ne justifiait pas toute mesure prise par un gouvernement, la Cour s'est exprimée explicitement sur les sanctions prévues à l'article 10d Ordonnance 2 Covid-19, adopté le 17 mars 2020 (n. 89 ss). Elle a rappelé que ces sanctions, de nature pénale, appelaient une justification particulière. Soulignant que la disposition prévoyait une peine privative de liberté de trois ans maximum ou une peine pécuniaire (sauf commission d'une infraction plus grave au sens du code

pénal), la Cour a qualifié celles-ci de «sanctions très sévères» (n. 89) et elle a retenu qu'à la lumière de l'importance de la liberté de réunion pacifique dans une société démocratique, du caractère général et de la durée considérablement longue de l'interdiction des manifestations publiques entrant dans le champ des activités de l'association requérante, «ainsi que de la nature et de la sévérité des sanctions prévues», l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté de réunion (tel que garanti par l'art. 11 CEDH) n'était pas proportionnée aux buts poursuivis (faire face à la crise sanitaire) (n. 90).

Même si la Cour s'est prononcée sur la question des sanctions prévues dans la norme litigieuse en lien avec la liberté de réunion, on peine à concevoir que son appréciation aurait été différente si elle avait dû prendre position sur ces mêmes sanctions en rapport avec une autre interdiction prévue dans l'ordonnance 2 Covid-19. La Cour européenne a en effet pris la peine de s'arrêter spécifiquement sur ces sanctions, les qualifiant expressément de «sanctions très sévères» ; elle a souligné qu'elles appelaient une justification particulière (alors que le Conseil fédéral n'a fourni à cet égard aucune motivation et qu'il a finalement renoncé à ces sanctions quelques mois plus tard, lorsqu'il a communiqué le projet de loi Covid au Parlement) ; enfin, la Cour a expressément mentionné ces sanctions dans les éléments qui ont conduit à retenir la violation du principe de la proportionnalité.

8.2.7 L'article 10d de l'ordonnance 2 Covid-19 étant contraire à la Constitution fédérale, il ne peut être appliqué.

L'appel doit être déclaré bien fondé.

Il est superflu d'examiner les autres griefs soulevés par l'appelant et, notamment, la conformité de la norme litigieuse avec les exigences découlant de l'article 1 CP (précision de la norme), le sens de la notion de «mesures» ancrée aux articles 7 LEpet 185 Cst. féd. qui selon l'appelant ne permettrait pas de prononcer des sanctions pénales et la réalisation des conditions objectives et subjective de l'infraction visée par l'ordonnance 2 Covid-19.

9. Frais et dépens

9.1 Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être admis, le jugement précédent annulé et réformé en ce sens que le prévenu est libéré de la prévention de violation de l'ordonnance 2 Covid-19 les 18 et 19 mars 2020 à Z. _____.

9.2 Les frais des deux instances (tribunal de police et Cour pénale) seront laissés à la charge de l'Etat.

9.3a) Il convient encore de se prononcer sur l'indemnité due au prévenu, en vertu de l'article 429 CPP, tant pour la première instance que pour la procédure d'appel.

b) Pour son activité en première instance, la mandataire du prévenu remet un mémoire d'honoraires d'un montant de 63'886.45 francs (frais et TVA inclus), pour 259,90 heures. Pour son activité en procédure d'appel, la mandataire du prévenu remet un mémoire d'honoraires d'un montant de 22'153.50 francs (frais et TVA inclus), pour 72,90 heures.

c) Selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. L'indemnité couvre en particulier les honoraires d'avocat, à condition que le recours à celui-ci procède d'un exercice raisonnable des droits de procédure. Selon le message du Conseil fédéral, l'Etat ne prend en charge les frais de

défense que si l'assistance d'un avocat était nécessaire compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit et que le volume de travail et donc les honoraires étaient ainsi justifiés (Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1312 ch. 2.10.3.1).

L'allocation d'une indemnité pour frais de défense selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP n'est pas limitée aux cas de défense obligatoire visés par l'art. 130 CPP. Elle peut être accordée dans les cas où le recours à un avocat apparaît tout simplement raisonnable. Il faut garder à l'esprit que le droit pénal matériel et le droit de procédure sont complexes et représentent, pour des personnes qui ne sont pas habituées à procéder, une source de difficultés. Celui qui se défend seul est susceptible d'être moins bien loti. Cela ne dépend pas forcément de la gravité de l'infraction en cause. On ne peut pas partir du principe qu'en matière de contravention, le prévenu doit supporter en général seul ses frais de défense. Autrement dit, dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable du recours à un avocat, il doit être tenu compte, outre de la gravité de l'infraction et de la complexité de l'affaire en fait ou en droit, de la durée de la procédure et de son impact sur la vie personnelle et professionnelle du prévenu (ATF 142 IV 45cons. 2.1;138 IV 197cons. 2.3.5).

d) On pourrait se demander si, dans les circonstances de l'espèce, il est justifié de verser une indemnité au sens de l'article 429 CPP au prévenu, alors que la défense a été orchestrée par son employeur, celui-ci étant présent, par son service juridique, lors des débats des deux instances, ayant été consulté régulièrement par l'avocate du prévenu (comme en témoignent les deux relevés précités) et le montant total des honoraires facturés par la mandataire n'étant à l'évidence pas destiné au prévenu lui-même, qui réalise un salaire brut de 5'900 francs par mois (procès-verbal d'interrogatoire du 15 mars 2022). Le Tribunal fédéral n'autorise toutefois pas l'Etat à renoncer à verser l'indemnité, quand bien même les frais de défense du prévenu sont pris en charge par l'employeur (ou un assureur). Le prévenu reste seul légitimé à pouvoir revendiquer une indemnité sur la base de l'article 429 CPP, la créance en réparation des frais de défense s'éteignant à la fin de la procédure pénale. Admettre que le prévenu n'est pas en droit de demander une indemnité pour ses frais de défense car ceux-ci sont pris en charge par son employeur reviendrait à faire assumer la responsabilité qui incombe à l'Etat sur la base de l'art. 429 CPP à un tiers (l'employeur) qui s'est chargé du paiement des honoraires ou encore à faire bénéficier l'Etat d'un paiement (de l'entreprise employant le prévenu) dont il n'est pas le créancier (sur le principe, cf. arrêt du TF 24.11.2015 [6B_958/2015]; cf. aussi la décision de la Cour de justice du canton de Genève du 24.03.2015 [AARP/158/2015], selon laquelle le fait que l'employeur ait payé certaines provisions sur honoraires n'a pas d'influence sur le droit à la couverture des frais de défense, les faits s'étant produits durant l'exercice de l'activité professionnelle du prévenu).

e) Le prévenu a dès lors droit, sur le principe, à une indemnité au sens de l'article 429 CPP. Il convient d'examiner les deux relevés d'activités déposés par la mandataire du prévenu, qui appellent les observations suivantes (qui, en tant qu'elles permettent de comprendre les motifs ayant conduit la Cour pénale à s'écarter de la liste des opérations dressée par l'avocate du prévenu, répondent à l'exigence de motivation posée par le Tribunal fédéral ; cf. arrêt du TF du 26.11.2013 [6B_389/2013]cons. 1) :

- Pour les deux instances (tribunal de police et Cour pénale), la mandataire fait état de plus de 332 heures d'activités, ce qui, pour une condamnation à 15 jours-amende à 30 francs (soit 450 francs au total), assortie du sursis pendant deux ans, apparaît d'emblée

déraisonnable, sans qu'il soit nécessaire d'épiloguer à ce sujet. A cet égard, certaines affirmations de la défense, visant à conférer une certaine gravité à l'affaire, sont dénuées de pertinence. On ne saurait en particulier la suivre lorsqu'elle indique qu'une condamnation impliquerait d'emblée une expulsion du prévenu au sens de l'article 66a CP (cf. les infractions visées par cette disposition) ou, même, lorsqu'elle évoque la possible révocation de l'autorisation de séjour du prévenu (cf. les conditions auxquelles la révocation est subordonnée : art. 62 LEI).

- Pour la totalité de l'activité réalisée devant les instances neuchâteloises, les honoraires de la mandataire du prévenu s'élèvent à plus de 85'000 francs (frais et TVA inclus), alors que le prévenu réalise un salaire brut de 5'900 francs par mois.

- Les deux relevés font référence à de multiples activités menées par 10 avocats différents (première instance), puis deux d'entre eux (procédure d'appel). Si, parfois, on peut admettre qu'une défense efficace justifie l'engagement de plusieurs mandataires, la présente cause ne présente pas un degré de complexité ou un enjeu suffisamment important qui permettrait de le justifier, même si certaines difficultés juridiques nécessitaient un examen soigneux.

- Les postes figurant dans les relevés sont basés sur 4 tarifs horaires distincts, en fonction de l'avocat impliqué (160 francs, 270 francs, 300 francs et 400 francs). Le tarif horaire applicable dans le canton de Neuchâtel était de 270 francs jusqu'au 1er mai 2021, puis de 240 francs depuis cette date (art. 36a LI-CPP ; RS NE 322.0).

- Les deux relevés, qui comptent pas moins de 11 pages, comportent des activités purement administratives, qui sont déjà comptabilisées dans le cadre du tarif horaire, de même que des activités de traduction (visant à préparer les plaidoiries) qui ne peuvent être prises en compte (sachant que le prévenu est de langue française).

- Les relevés mentionnent également certaines activités ou correspondances ne concernant pas directement le prévenu (notamment des contacts avec le service juridique de A. _____, avec B. _____, avec G. _____). Ce procédé (sous-tendu par le fait que l'avocate a été la mandataire du prévenu et de son employeur) est particulièrement problématique car il ne permet pas d'établir, sur la base des relevés remis par l'avocate, l'activité menée spécifiquement pour le prévenu ■ seul client déterminant au moment de faire application de l'article 429 CPP.

f) Dans ces conditions, le tri et l'examen détaillé de chacun des postes mentionnés dans les deux relevés d'activités impliquerait un travail totalement disproportionné que l'on ne saurait raisonnablement exiger de la Cour pénale. Celle-ci ne pourrait d'ailleurs même pas «reconstruire» l'activité menée par l'avocate (et elle seule) pour le prévenu (et lui seul) sur la base de ces relevés, sans faire appel à des hypothèses. La Cour pénale fixera dès lors le montant de l'indemnité (frais et TVA compris) en prenant en compte les éléments suivants :

- Pour la première instance, il sera considéré, s'agissant des contacts avec le client (prévenu), que, globalement (conférences et courriers), une durée de 2h00 était suffisante, pour que la mandataire puisse se préparer de manière raisonnable. Pour la préparation des deux audiences (y compris les recherches indispensables), une durée de 12h00 sera prise en compte, étant précisé qu'il incombait à l'avocate, en application de l'article 429 CPP, de s'en tenir à des recherches déterminées, en se limitant à ce qui permettait de défendre

raisonnablement son client. Il sera tenu compte de la durée effective des audiences des 13 novembre 2020 et 12 mars 2021, soit 5h00 au total. Il en résulte une activité de 19 heures, soit au tarif de 270 francs ■ prévalant pour l'indemnité au sens de l'article 429 CPP avant le 1er mai 2021 ■ un montant de 5'130 francs. Aux honoraires, on ajoutera les frais de déplacements (2 x 196 francs ; art. 36b et 36a al. 3 let. cLI-CPP; étant précisé qu'avant le 1er mai 2021, les frais forfaitaires étaient inclus dans le tarif horaire de 270 francs) et, sur le montant total (5'522 francs), la TVA (7,7 %), par 425.20 francs. L'indemnité est ainsi fixée à 5'947.20 francs pour la première instance.

- Pour la procédure d'appel, il convient de tenir compte du fait que l'avocate, qui avait représenté son client en première instance, avait déjà une bonne connaissance du dossier, les questions discutées en appel n'étant pas différente de celles débattues devant le tribunal de police. Un entretien d'une heure avec le client était suffisant pour une préparation raisonnable de l'appel par la mandataire. Pour la rédaction de la déclaration d'appel et la préparation de l'audience (y compris le temps consacré à la recherche de jugements similaires), il faut souligner que, vu la peine à laquelle le prévenu a été condamné, l'avocate aurait dû se concentrer sur certains points déterminants et que c'est en fonction de ce cadre qu'il convient de fixer le temps nécessaire à la préparation de l'audience. Une durée de 10h00 sera prise en compte. Il sera tenu compte de la durée effective de l'audience du 15 mars 2022, soit 3h45, étant précisé qu'il n'a pas été procédé à la lecture du jugement le jour même. Il en résulte une activité de 14h45, soit au tarif de 240 francs (pour l'indemnité versée selon l'article 429 CPP [art. 36aLI-CPP; RS NE 322.0]), un montant de 3'540 francs. Aux honoraires, on ajoutera les frais, calculés forfaitairement (5% ; 177 francs), les frais de déplacements (196 francs ; art. 36b et 36a al. 3 let. cLI-CPP) et, sur le montant total (3'717 francs), la TVA (7,7%), par 286.20 francs. L'indemnité est ainsi fixée à 4'003.20 francs pour la seconde instance.

L'indemnité totale due à l'avocate du prévenu sera ainsi fixée à 9'950.40 francs (5'947.20 + 4'003.20).

Par ces motifs, la Cour pénale décide

Vu les articles 426, 428 et 429 CPP,

L'appel est admis, le jugement du 14 avril 2021 du Tribunal de police des Montagnes et du Val-de-Ruz est annulé et réformé et le dispositif est désormais le suivant :

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