



## La violation du droit de participer (art. 147 CPP)

ALEXANDRE GUISAN\*

*Le droit de participer à l'administration des preuves, concrétisé à l'art. 147 CPP, est un rouage essentiel du CPP, mais aussi un sujet de controverse récurrent : le moment à partir duquel les parties peuvent s'en prévaloir, sa portée lors de procédures parallèles, la possibilité pour le ministère public de le restreindre, le droit de demander à ce que la preuve soit répétée, la passivité des parties pouvant conduire à sa renonciation ou encore le sort des preuves récoltées lorsque ce droit a été violé sont autant de questions qui ont pu se poser dans la pratique. La présente contribution aborde ces points de manière systématique, avec pour but d'exposer les cas dans lesquels l'art. 147 al. 1, puis 3 CPP auront été violés, et enfin les conséquences concrètes de cette violation, le tout en mettant l'accent sur la jurisprudence récente rendue en la matière.*

*Das in Art. 147 StPO verankerte Teilnahmerecht bei Beweiserhebungen ist ein unverzichtbarer Bestandteil der StPO. Es gibt viele offene Streitfragen zum Teilnahmerecht. Wann kann man sich darauf berufen? Welchen Umfang weist das Teilnahmerecht auf? Gilt dies auch für das Parallelverfahren? Können die Strafverfolger das Teilnahmerecht einschränken? Kann man die Wiederholung der Beweiserhebung verlangen? Bewirkt Passivität einen Verzicht auf das Teilnahmerecht? Welches Schicksal blüht den Beweisen, die die Strafverfolger in Verletzung des Teilnahmerechts gesammelt haben? Der vorliegende Beitrag greift diese Punkte systematisch auf, indem er die Fälle darlegt, in denen ein Verstoß gegen das Teilnahmerecht vorliegt, und die konkreten Folgen des Verstosses analysiert. Dabei wird der Fokus auf die jüngste Rechtsprechung in diesem Bereich gelegt.*

### Plan

- I. Introduction
- II. La violation de l'art. 147 CPP
  - A. Le droit de participer à l'administration des preuves (art. 147 al. 1 CPP)
    1. Champ d'application personnel
    2. Champ d'application matériel
    3. Champ d'application temporel
    4. Restrictions autorisées
    5. Les cas de violation de l'art. 147 al. 1 CPP
  - B. La répétition de l'acte (art. 147 al. 3 CPP)
    1. Un droit à la répétition
    2. L'autorité renonce à la répétition
    3. Les cas de violation de l'art. 147 al. 3 CPP
  - C. La renonciation au droit de participer
  - D. Une synthèse
- III. La sanction de la violation de l'art. 147 CPP
  - A. Inexploitabilité absolue...
  - B. ... et unilatérale
- IV. Conclusion

### I. Introduction

Rarement une disposition du code de procédure pénale n'aura autant donné lieu à discussion que l'art. 147 CPP : depuis 2011, ce sont presque un arrêt par année publié au recueil officiel du Tribunal fédéral, des dizaines d'autres rendus au niveau fédéral et cantonal, et de nombreux débats en doctrine qui, pris ensemble, ont permis de donner

ses contours au droit des parties de participer à l'administration des preuves (ci-après : droit de participer).

Alors que le Conseil fédéral souhaite prochainement réformer le CPP pour en faire un instrument mieux adapté à la pratique, avec comme chantier principal la limitation du droit de participer des coprévenus<sup>1</sup>, il nous a paru opportun de revenir sur le système mis en place ces dernières années afin de répondre aux questions suivantes : quand l'art. 147 CPP est-il violé et quelles sont les conséquences de sa violation ?

L'art. 147 al. 4 CPP rend (absolument) inexploitable, à la charge de la partie absente, « [I]es preuves administrées en violation du présent article ». Il s'agira donc, dans un premier temps, de dresser la liste des cas qui emportent violation de l'art. 147 CPP, ce qui suppose d'en isoler chacune des composantes, soit le droit de participer à l'administration des preuves *stricto sensu* (al. 1) et le droit de demander la répétition de l'acte (al. 3). Lorsqu'on ajoute la possibilité, pour l'autorité, de restreindre ces droits et celle, pour les parties, d'y renoncer, le système devient complexe ; une synthèse, sous forme de tableau, tâchera de présenter les différentes configurations envisageables.

Dès lors qu'une violation du droit de participer est avérée, la sanction – implacable – de l'art. 147 al. 4 CPP

\* ALEXANDRE GUISAN, Titulaire du brevet d'avocat, greffier-juriste à la Cour de Justice, Genève. Cet article reflète exclusivement l'opinion de son auteur.

<sup>1</sup> Modification du CPP : l'avant-projet, le rapport explicatif et les résultats de la procédure de consultation sont disponibles à l'adresse [www.ofj.admin.ch](http://www.ofj.admin.ch) > Sécurité > Projets législatifs en cours > Modification CPP. Le Projet du Conseil fédéral, annoncé pour fin 2018, est attendu pour courant 2019.

ne va pas sans poser certaines difficultés, notamment en cas de répétition de l'acte litigieux ou en présence d'une pluralité de parties à la procédure. Ces points seront examinés dans un second temps.

Le droit à la confrontation (art. 6 § 3 let. d CEDH), dont s'inspire le droit de participer mais qui est d'application autonome, ne sera mentionné que lorsqu'il sert à l'interprétation d'une notion propre à l'art. 147 CPP.

## II. La violation de l'art. 147 CPP

### A. Le droit de participer à l'administration des preuves (art. 147 al. 1 CPP)

#### 1. Champ d'application personnel

Seules les *parties* peuvent se prévaloir de cette disposition, soit le prévenu – ou coprévenu<sup>2</sup> –, la partie plaignante et, lors des débats ou dans la procédure de recours, le ministère public (art. 104 al. 1 CPP)<sup>3</sup>.

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral relève que la notion de partie au sens de l'art. 147 al. 1 CPP ne comprend pas le *conseil juridique* (cf. art. 127 ss CPP)<sup>4</sup>. Cette affirmation doit être nuancée, en ce sens qu'une partie, bien que seule titulaire du droit de participer, peut parfaitement confier l'exercice de ce droit à son conseil, qui agira à sa place. Si l'autorité l'en empêche, c'est alors le propre droit de participer de la partie qui est violé. Cette interprétation est d'ailleurs la seule compatible avec l'art. 147 al. 3 CPP, qui permet la répétition de l'acte en cas d'absence du conseil juridique seulement, ainsi qu'avec la jurisprudence relative à l'art. 6 § 3 let. d CEDH, selon laquelle le droit de poser des questions aux comparants appartient tant au prévenu qu'à son défenseur<sup>5</sup>. La doc-

trine va également dans le sens d'un droit de participer qui comprend le conseil juridique des parties<sup>6</sup>.

Encore faut-il que la partie revête cette qualité dans la procédure en cause. Lorsque des procédures sont conduites séparément (ou qu'une même procédure est disjointe), la partie à l'une d'entre elles seulement ne pourra pas (ou plus, en cas de disjonction) participer aux autres ; s'il s'agit du prévenu, seule lui restera la possibilité, déduite du droit à la confrontation, d'interroger à une seule reprise les parties à ces autres procédures, dans la mesure où elles tiendraient des déclarations à sa charge<sup>7</sup>. Cette conception stricte de la notion de partie et ses conséquences – notamment l'impossibilité de se prévaloir de l'art. 147 al. 4 CPP pour les preuves récoltées dans une autre procédure, même connexe, puis versées au dossier – commandent un examen tout aussi strict des décisions touchant à l'unité de la procédure (art. 29 s. CPP) prises en amont<sup>8</sup>.

Enfin, et même si la qualité de partie à la procédure est acquise, le droit de participer ne vaut que pour les complexes de faits qui la concernent effectivement<sup>9</sup>. Il est ainsi admis que la partie plaignante et les coprévenus ne peuvent participer à la procédure de détention devant le ministère public (art. 224 CPP) puis le Tribunal des mesures de contraintes (art. 225 CPP)<sup>10</sup>. Aussi, la participation de la partie plaignante est limitée à l'administration des preuves qui concernent les infractions pour lesquelles elle est effectivement lésée dans ses droits<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.1–5.3 ; 141 IV 220 c. 4.

<sup>3</sup> ATF 140 IV 172 c. 1.2.2. Le lésé (art. 115 CPP) qui, sciemment, ne s'est pas constitué partie plaignante ne dispose en principe pas du droit de participer, faute d'être directement touché dans ses droits (art. 105 al. 2 CPP) : TF, 1B\_276/2015, 2.12.2015, c. 2. On peut toutefois penser au tiers séquestré (art. 105 al. 1 let. f CPP), qui devrait pouvoir participer à l'instruction dans la (seule) mesure où elle concerne le sort de ses biens et notamment l'application de l'art. 70 al. 2 CP.

<sup>4</sup> TF, 6B\_98/2014, 30.9.2014, c. 3.5, avec la référence – qui n'apparaît pas topique dans le contexte de l'art. 147 CPP – à l'ATF 139 IV 199 ; TF, 6B\_653/2016, 19.1.2017, c. 1.3.1 ; 6B\_492/2015, 2.12.2015, c. 1.2.1, non publié aux ATF 141 IV 437. Cf. toutefois TF, 6B\_276/2018, 24.9.2018, c. 2.1.1 *in fine*, qui retient que le conseil juridique est compris dans la notion de « partie » et cite pour ceci les deux premiers arrêts, qui disent pourtant précisément le contraire.

<sup>5</sup> TF, 6B\_886/2017, 26.3.2018, c. 2.3.2.

<sup>6</sup> NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2018, art. 147 StPO N 4 ; YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN, Précis de procédure pénale, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018, N 10001 ; BSK StPO-SCHLEIMINGER, art. 147 N 7, in : Marcel A. Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cit. BSK StPO-auteur) ; StPO Komm.-WOHLERS, art. 147 N 4, in : Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2014 (cit. StPO Komm.-auteur).

<sup>7</sup> ATF 141 IV 220 c. 4.5 ; 140 IV 172 c. 1.2 et 1.3. L'art. 147 CPP reste toutefois applicable aux actes antérieurs à une disjonction (cf. ATF 143 IV 457 c. 1.6.1), voire même antérieurs à une jonction par hypothèse tardive (cf. TF, 6B\_1026/2016, 26.10.2016, c. 3.4).

<sup>8</sup> Dans ce sens, cf. TF, 1B\_467/2016, 16.5.2017, c. 3.4 ; 1B\_86/2015, 21.7.2015, c. 1.3.2 ; 1B\_124/2016, 12.8.2016, c. 4.6, commenté par GODENZI in : FP 2017, 137 ss. Cf. toutefois TF, 1B\_430/2018, 17.1.2019, c. 1.3.

<sup>9</sup> TF, 1B\_46/2017, 22.8.2017, c. 2.3 ; 1B\_438/2016, 14.3.2017, c. 2.2.2.

<sup>10</sup> Cf. CATHERINE HOHL-CHIRAZI, La privation de liberté en procédure pénale suisse : buts et limites, Thèse Genève, Genève 2016, N 879 s. et les références.

<sup>11</sup> TF, 1B\_438/2016, 14.3.2017, c. 2.2.2 et 2.4, ce qui pose d'épineuses questions en termes d'organisation.

## 2. Champ d'application matériel

L'art. 147 al. 1 CPP permet la *participation à l'administration des preuves*, ce qui recouvre (i) le droit d'assister à cette administration et (ii) celui de poser des questions aux comparants.

Le droit d'*assister* à l'administration s'entend comme celui d'être physiquement présent lors de l'acte en question, qui doit se prêter à une participation des parties, ce qui sera le cas des auditions (y compris les confrontations) ou des inspections (y compris les reconstitutions ou autres *line-up*<sup>12</sup>), mais non des mesures de contraintes<sup>13</sup>, ni d'un examen psychiatrique (cf. art. 185 CPP)<sup>14</sup>.

Cela suppose d'avoir été préalablement *avisé* de la tenue de l'acte. L'avis doit prendre la forme écrite et intervenir dans un délai raisonnable, sous réserve d'urgence (on peut ici s'inspirer des art. 202 s. CPP)<sup>15</sup>. Il doit par ailleurs parvenir aux parties titulaires du droit de participer mais, si elles sont assistées de conseils, l'information de ces derniers suffit (application des art. 85 al. 1 et 87 al. 3 CPP)<sup>16</sup>. En cas d'audition, les droits de la défense exigent en principe que l'avis comprenne l'identité des personnes qui seront entendues (l'indication par exemple de « clients potentiels » du prévenu soupçonné de trafic de stupéfiants ne suffit pas)<sup>17</sup>. La date de l'acte doit être fixée en fonction des disponibilités des parties et de leurs conseils (art. 202 al. 3 CPP par analogie)<sup>18</sup>. Une partie avisée ne saurait toutefois exiger que l'administration des preuves soit ajournée (art. 147 al. 2 CPP) ; elle peut tout au plus demander la répétition de l'acte, aux conditions (restrictives) de l'art. 147 al. 3 CPP<sup>19</sup>. Si elle annonce déjà son absence pour un motif qui rendrait une répétition

nécessaire, l'autorité sera bien inspirée d'ajourner l'acte, dans la mesure du possible et en fonction de l'urgence (témoin de passage en Suisse, prévenu en détention pour collusion, etc.).

Le droit de *poser des questions* appartient aux parties (et à leurs conseils) directement, qui n'ont – sous réserve d'abus<sup>20</sup> – pas à passer par l'intermédiaire de la direction de la procédure ; c'est toutefois cette dernière qui décide à quel stade de l'audition interviennent les questions des parties<sup>21</sup>. Des questions suggestives, rhétoriques ou sans lien avec les faits pourront être refusées par l'autorité<sup>22</sup>.

## 3. Champ d'application temporel

L'art. 147 al. 1 CPP porte sur l'administration des preuves « par le ministère public et les tribunaux ». Ainsi, d'un point de vue temporel, le droit de participer n'a vocation à s'appliquer qu'à partir de l'ouverture d'une instruction (art. 309 CPP), à l'exclusion des *investigations policières* (art. 306 s. CPP)<sup>23</sup>.

Lors de celles-ci, la police agit de manière autonome et peut procéder à des interrogatoires (art. 306 al. 2 let. b et art. 142 al. 2 CPP) en l'absence des parties<sup>24</sup>. Il en ira de même lorsque le ministère public requiert de la police un complément d'enquête au sens de l'art. 309 al. 2 CPP : les parties ne participeront pas aux investigations diligentées dans ce cadre<sup>25</sup>. La présence du *défenseur* du prévenu lors des interrogatoires de police est réglée par l'art. 159 CPP, auquel renvoie l'art. 147 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase CPP<sup>26</sup>.

<sup>12</sup> CJ GE, ACPR/146/2012, 11.4.2012 ; SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 146 StPO N 9.

<sup>13</sup> NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2017, N 822 ; TF, 6B\_1345/2016, 30.11.2017, c. 5.3 ; 1B\_366/2017, 13.12.2017, c. 1.2.4 non publié aux ATF 144 IV 23.

<sup>14</sup> ATF 144 I 253, c. 3.7 et 3.8.

<sup>15</sup> CJ GE, ACPR/378/2011, 15.12.2011, c. 3.2, où un avis donné au défenseur le vendredi soir, par téléphone, pour une audience le lendemain matin, a été considéré – au vu de l'urgence – conforme aux réquisits de l'art. 203 CPP. Confirmé par TF, 6B\_1080/2013, 22.10.2014, c. 1.

<sup>16</sup> TF, 6B\_663/2014, 22.12.2017, c. 7.1.2.4 ; 6B\_422/2017, 12.12.2017, c. 1.4.2. Cf. art. 87 al. 4 CPP *a contrario*.

<sup>17</sup> TF, 1B\_24/2014, 25.6.2014, c. 2.2 et les références. *Contra* : TF, 6B\_800/2016, 25.10.2017, c. 4.3 non publié aux ATF 143 IV 397.

<sup>18</sup> TF, 6B\_1080/2013, 22.10.2014, c. 1 ; SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 10.

<sup>19</sup> TF, 6B\_1080/2013, 22.10.2014, c. 2.2 ; 1B\_423/2013, 12.12.2013, c. 2 ; Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 ss (cit. Message CPP), 1167.

<sup>20</sup> On pense à des questions inconvenantes ou qui n'ont rien à voir avec l'objet de la procédure. Cf. TF, 6B\_918/2016, 28.3.2017, c. 3.3 ; Message CPP (n. 19), 1167.

<sup>21</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.4.1 et 5.4.2 ; CR CPP-THORMANN, art. 147 N 11, in : André Kuhn/Yvan Jeanneret (édit.), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle 2011 (cit. CR CPP-auteur).

<sup>22</sup> TF, 6B\_1294/2015, 18.5.2016, c. 4.3 pour les débats de première instance ; WOLFGANG WOHLERS, Das Anwesenheits- und Frage-recht der Verfahrensparteien bei Einvernahmen im Vorverfahren, FP 2013, 160 ss.

<sup>23</sup> TF, 6B\_1167/2017, 11.4.2018, c. 2.1.1 ; 6B\_886/2017, 26.3.2018, c. 2.3.1.

<sup>24</sup> ATF 140 IV 172 c. 1.2.2 ; 139 IV 25 c. 5.4.3.

<sup>25</sup> TF, 6B\_496/2018, 6.9.2018, c. 1.3 ; PETER PELLEGRINI, Leitung von Verfahren mit einer grossen Anzahl von geschädigten Personen, FP 2014, 35 ss, 36. Cf. toutefois l'ATF 139 IV 25 c. 5.4.3, qui envisage (curieusement) un droit de participer lorsque le ministère public délègue des auditions à la police *avant* l'ouverture de l'instruction.

<sup>26</sup> À noter que dans l'ATF 143 IV 397 c. 3.3.1, l'art. 159 CPP est interprété comme donnant un droit à ce que le défenseur assiste non seulement à l'audition de son mandant – comme préconisé jusqu'ici par la doctrine majoritaire – mais également à toute autre admi-

Dès l'ouverture de l'instruction par le ministère public, le droit de participer devient plein et entier. On rappellera dans ce cadre que l'instruction est réputée ouverte dès que le ministère public commence à s'occuper de l'affaire, en ordonnant par exemple des mesures de contrainte (cf. art. 309 al. 1 let. b CPP)<sup>27</sup>, mais également, en l'absence de toute action de l'autorité d'instruction, dès que des indices factuels, concrets et sérieux laissent présumer qu'une infraction a été commise (cf. art. 309 al. 1 let. a CPP)<sup>28</sup>. Le ministère public ne saurait ainsi prolonger indûment l'enquête de police pour faire obstacle au droit de participer des parties ; les auditions menées alors qu'une instruction était matériellement ouverte doivent respecter les réquisits de l'art. 147 al. 1 CPP, même si aucune ordonnance d'ouverture d'instruction (art. 309 al. 3 CPP) n'a (encore) été rendue.

S'il appartient en principe aux procureurs de recueillir les preuves durant l'instruction (art. 311 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase CPP), une délégation à la police de certains actes d'investigation précis reste possible (art. 312 al. 1 CPP). Lorsque lesdits actes consistent en des auditions, les parties jouissent des mêmes droits devant la police que devant le ministère public (art. 312 al. 2 CPP), soit notamment du droit de participer<sup>29</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, la police conserve la faculté, après l'ouverture de l'instruction et même en l'absence de délégation formelle de la part du ministère public, d'effectuer des *actes d'enquête simples*, destinés à élucider les faits, tels qu'identifier les lésés et les témoins puis les interroger pour déterminer s'ils sont susceptibles de fournir des indications utiles, le tout en l'absence des parties<sup>30</sup>.

Cette approche, qui se veut pragmatique, paraît pourtant difficilement compatible avec la lettre claire de l'art. 312 al. 1 CPP (dès l'ouverture de l'instruction, nécessité de mandats précis du ministère public à la police)<sup>31</sup>. Par ailleurs, dans l'optique de l'art. 147 al. 1 CPP, cette première prise de contact ne saurait déboucher sur une *audition avant l'heure* des personnes concernées.

Ces dernières peuvent tout au plus être appelées à décliner à la police leur identité et, succinctement, leurs liens avec les parties ou l'état de fait à élucider (présence sur les lieux ; appartenance au cercle familial, amical ou professionnel des parties ; fonction exercée au sein de l'entreprise, etc.), de manière à ce que le ministère public soit en mesure de se prononcer sur la pertinence de leur audition et leur statut lors de celle-ci<sup>32</sup>. Une trace écrite du résultat de cette prise de contact doit figurer au dossier, à tout le moins dans un rapport de police, permettant ainsi aux parties de se plaindre d'une éventuelle violation de leur droit de participer, si l'échange venait à se prolonger<sup>33</sup>.

L'art. 147 al. 1 CPP s'applique enfin pleinement en *fin de procédure*, lors de la phase probatoire des débats de première et seconde instance, dans les limites toutefois des preuves qui seront effectivement administrées dans ce cadre (art. 343 CPP pour la procédure de première instance ; art. 389 CPP pour la procédure de recours).

#### 4. Restrictions autorisées

Il s'est rapidement avéré que l'art. 147 al. 1 CPP permettait à toutes les parties de participer à un grand nombre d'actes de procédure, cela surtout à un stade très précoce de l'enquête. Dans un arrêt de principe rendu en 2012 (ATF 139 IV 25), le Tribunal fédéral a admis que l'exercice du droit de participer pouvait entrer en conflit avec la recherche de la vérité matérielle, respectivement l'égalité de traitement entre les parties, et qu'il se justifiait dès lors de pouvoir le restreindre, sous certaines conditions.

Dans l'optique de la présente contribution, nous nous limiterons à présenter succinctement les cas de restrictions admissibles, tirés de l'ATF 139 IV 25 et de la jurisprudence postérieure, étant rappelé que seule une restriction *injustifiée* du droit de participer entraînera la violation de ce dernier et, partant, l'application de l'art. 147 al. 4 CPP.

Par ailleurs, les restrictions dont il est question ici permettent toutes l'administration des preuves *en l'absence* des parties, non convoquées, voire même exclues par l'autorité. Elles se distinguent de celles qui maintiennent le droit de participer dans son principe, mais dans une qualité moindre, comme par exemple en matière d'en-

nistration des preuves par la police, notamment l'interrogatoire de personnes appelées à donner des renseignements.

<sup>27</sup> Par ex. un mandat d'amener (art. 207 ss CPP) ou de comparution (art. 201 ss CPP), cf. ATF 141 IV 20 c. 1.1.4.

<sup>28</sup> TF, 6B\_178/2017 et 6B\_191/2017, 25.10.2017, c. 2.2.2 et 2.4, commenté par DAVID MÜHLEMANN, FP 2018, 251 ss : instruction en l'espèce réputée ouverte en présence d'une plainte pénale précise, d'un rapport de police et d'observations policières.

<sup>29</sup> ATF 143 IV 397 c. 3.3.2 ; TF, 6B\_1167/2017, 11.4.2018, c. 2.1.1.

<sup>30</sup> ATF 143 IV 397 c. 3.4.2 et les références citées.

<sup>31</sup> Disposition qui constitue toutefois une simple prescription d'ordre au sens de l'art. 141 al. 3 CPP : TF, 6B\_976/2015, 27.9.2016, c. 4.2.4 et les références citées.

<sup>32</sup> Le Tribunal fédéral parle lui-même d'une « informatische Befragung », qu'il distingue des « formelle polizeiliche Einvernahmen » : ATF 143 IV 397 c. 3.4.2 ; BSK StPO-RHYNER (n. 6), art. 306 N 17b s.

<sup>33</sup> Dans le même sens, OGer BE, BK 2015 262, 9.11.2015, c. 5.3 (« Zwecks Transparenz ist ein solcher Erstkontakt festzuhalten ») ; TF, 6B\_217/2015, 5.11.2015, c. 2.3 non publié aux ATF 141 IV 423 ; OGer ZH, UH130204, 20.8.2013, commenté par DURİ BONIN/GREGOR MÜNCH, FP 2014, 214 ss, 217.

traide judiciaire internationale (art. 148 CPP), de certaines mesures de protection (art. 149 ss CPP), d'audition par vidéoconférence (art. 144 CPP) ou encore de rapports écrits (art. 145 CPP), qui ne seront pas examinées.

Il existe quatre restrictions entrant en ligne de compte dans ce contexte :

- Premièrement, le ministère public peut, par analogie avec le *droit de consulter le dossier* (art. 101 al. 1 CPP), examiner de cas en cas s'il existe des motifs objectifs permettant de restreindre le droit de participer d'une partie. Pour le *prévenu*, ces motifs seront en principe donnés lorsqu'il souhaite participer à l'audition d'un *coprévenu*, d'une *personne appelée à donner des renseignements* (dont la partie plaignante, cf. art. 178 let. a CPP) ou d'un *témoin* qui porte sur des faits le concernant et auxquels il n'a lui-même pas encore pu être confronté ; le risque (de collusion) est en effet grand que le prévenu adapte ses futures (et premières) déclarations à celles de la personne entendue<sup>34</sup>. Une telle restriction ne devra être prononcée qu'avec retenue, cela d'autant plus qu'elle nécessite fréquemment une nouvelle audition en présence du prévenu, ce qui entre en conflit avec l'économie de la procédure et la protection des victimes<sup>35</sup>. Elle ne se justifie dans tous les cas plus pour les prévenus ayant déjà été auditionnés<sup>36</sup>. L'art. 147a de l'avant-projet de modification du CPP concrétise cette restriction en permettant d'exclure le prévenu (et son conseil) d'une audition s'il y a lieu de craindre qu'il « adapte ses déclarations à celles de la personne à entendre »<sup>37</sup>.
- Deuxièmement, le droit de participer de la *partie plaignante* pourra également être restreint jusqu'à son audition par le ministère public, sur la base de l'art. 146 al. 4 let. b CPP, cette disposition permettant d'exclure temporairement une personne appelée à donner des renseignements devant encore être entendue dans la procédure<sup>38</sup>. Cette restriction est tirée de la jurisprudence cantonale et de la doctrine<sup>39</sup>, le Tribunal fédéral ayant pour sa part laissé la question ouverte<sup>40</sup>. À noter que la restriction fondée sur l'art. 101 al. 1 CPP pourrait aussi s'appliquer à la partie plaignante<sup>41</sup>.
- Troisièmement, toute partie pourra être exclue des débats ou d'une audition si elle se trouve en *collision d'intérêts* avec la personne à entendre au sens de l'art. 146 al. 4 let. a CPP, ce qui ne saurait toutefois être déduit de leur simple qualité de coprévenus<sup>42</sup>. Le Message cite à titre d'exemple le cas d'un mineur accompagné par l'un de ses parents, interrogé sur le climat régnant au sein de la famille, qui pourrait être tenté de ne pas dire la vérité ou faire des déclarations incomplètes<sup>43</sup>. Selon un arrêt lucernois, des liens personnels, de parenté, hiérarchiques ou de dépendance entre coprévenus seraient suffisants<sup>44</sup>, ce qui nous paraît aller trop loin : une restriction dans un tel cas devrait s'examiner à l'aune du seul art. 108 al. 1 let. a CPP (voir ci-dessous).
- Quatrièmement, comme facette du droit d'être entendu (art. 107 al. 1 let. b CPP), le droit de participer de toute partie peut être restreint en application de l'art. 108 al. 1 CPP, lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner qu'elle abuse de ses droits (let. a) ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la sécurité de personnes ou protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret (let. b). Une partie *abuse de ses droits* lorsqu'elle efface des traces, exerce des influences illicites ou passe des accords avec les autres parties<sup>45</sup>. Le soupçon doit être concret et se rapporter aux preuves

<sup>34</sup> Simple *obiter dictum* dans l'ATF 139 IV 25 c. 5.5.4.1, cette restriction, initialement pensée pour les procédures comptant plusieurs prévenus, a récemment été confirmée et étendue aux autres types de procédures : cf. TF, 6B\_256/2017, 13.7.2018, c. 2.2 (rendu en séance publique).

<sup>35</sup> TF, 6B\_256/2017, 13.7.2018, c. 2.2.2 et 2.2.3. En l'espèce, l'audition de la partie plaignante seule était possible, afin que le ministère public puisse se faire une idée de sa crédibilité puis confronter le prévenu (non encore entendu [ce qui ressort de l'arrêt cantonal]) aux faits concrètement reprochés.

<sup>36</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.5.4.2 ; TF, 6B\_321/2017, 8.3.2018, c. 1.5.1 *in fine*. Cf. également ATF 143 IV 457 c. 1.4 (non publié) et 1.6.2 (publié), dans lequel le Tribunal fédéral distingue selon les auditions antérieures à la première audition du prévenu par le ministère public (exploitables) et les auditions ultérieures (inexploitables).

<sup>37</sup> Cf. n. 1. L'audition serait alors enregistrée sur support audiovisuel, sauf si le prévenu y renonce.

<sup>38</sup> Même si cette disposition cite les « débats », elle vaut également durant l'instruction : SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 146 StPO N 12 ; CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 146 N 15.

<sup>39</sup> OGer ZH, UH150177, 25.8.2015, c. 3.4.4, in: ZR 2015, Nr. 61 ; SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 146 StPO N 12 ; BETTINA A. TANNER, Das Teilnahmerecht der Privatkülgerschaft nach Art. 147 StPO und seine Grenzen, thèse Lucerne, Zurich 2018, 184 s. ; PELLEGRINI (n. 25), 37 s. ; ULRICH WEDER, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, FP 2016, 281 ss, 283.

<sup>40</sup> TF, 6B\_1114/2016, 21.4.2017, c. 2.2.1 *in fine*.

<sup>41</sup> TF, 6B\_256/2017, 13.7.2018, c. 2.2.1, qui emploie indistinctement le terme de « Parteien ».

<sup>42</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.5.6 et les références citées.

<sup>43</sup> Message CPP (n. 19), 1166.

<sup>44</sup> OGer LU, 2N 13 16, 17.4.2013, c. 5.3, in : FP 2013, 348 ss avec le commentaire de HORST SCHMITT.

<sup>45</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.5.8 et 5.5.11.

devant encore être administrées<sup>46</sup> ; la détention du prévenu pour risque de collusion ne suffit pas, ni par ailleurs la simple possibilité qu'une partie déjà entendue adapte ses précédentes déclarations à celles des comparants<sup>47</sup>. La *sécurité des personnes* renvoie aux mesures de protection des art. 149 ss CPP, en particulier l'art. 149 al. 2 let. b CPP<sup>48</sup>. Enfin, un *intérêt public au maintien du secret* peut, selon le Tribunal pénal fédéral, permettre de restreindre la participation de la partie plaignante (notamment un État étranger) à une procédure nationale, afin d'éviter un contournement des règles de l'entraide<sup>49</sup>.

Les restrictions dont il est question ici s'étendent-elles à l'avocat de la partie concernée ? Dans l'ATF 139 IV 25 (c. 5.5.9), le Tribunal fédéral envisage que l'avocat puisse participer à l'acte en question, sous l'injonction temporaire de garder le secret vis-à-vis de son client. La doctrine souligne qu'une telle injonction a pourtant été considérée dans un autre arrêt comme incompatible avec le devoir de fidélité de l'avocat (art. 398 al. 2 CO et art. 12 let. a LLCA), si bien que le ministère public n'aura souvent pas d'autre choix que d'exclure également le conseil juridique<sup>50</sup>. Cela devrait à tout le moins être le cas lorsque la restriction se justifie du fait que la partie n'a pas encore été entendue (art. 101 al. 1 ou art. 146 al. 4 let. b CPP)<sup>51</sup>. Pour les autres cas de restriction, il s'agira de déterminer, en fonction des circonstances, si le motif d'exclusion touche également le conseil personnellement (cf. art. 108 al. 2 CPP).

<sup>46</sup> P. ex. un prévenu qui adresse à ses coprévenus – devant encore être entendus – des courriers dont le double sens fait penser à des menaces (TC FR, 502 2016 207, 5.9.2016, c. 3c) ou contenant des indications précises sur certains complexes de faits (OGER LU, 2N 13 16, 17.4.2013, in : FP 2013, 348 ss), mais non s'il les effraie de par sa seule stature imposante (OGER BE, BK 2012 302, 30.6.2013, c. 7.2).

<sup>47</sup> ATF 139 VI 25 c. 5.5.7, 5.5.8 et 5.5.11 ; CJ GE, ACPR/121/2013, 28.3.2013, c. 2.4 et 2.6.1.

<sup>48</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.5.1 ; sur la notion de danger visé par l'art. 149 CPP, cf. TF, 1B\_447/2015, 25.4.2016, c. 3.

<sup>49</sup> TPF, BB.2014.73, 16.7.2014, c. 3.5. Le TF ne semble pas l'exclure : 1B\_521/2017, 14.3.2018, c. 3.1. À notre sens, la restriction du seul droit de consulter le dossier paraît suffisante pour éviter toute divulgation intempestive.

<sup>50</sup> ATF 139 IV 294 c. 4.5, cité par CHRISTIAN COQUOZ/ALEXANDRE MOERI, Le CPP : questions choisies après 3 ans de pratique, SJ 2014 II, 37 ss, 43 s. Cf. également StPO Komm.-LIEBER (n. 6), art. 108 N 11a ; PELLEGRINI (n. 25), 37.

<sup>51</sup> Sous réserve de mener les premières auditions des parties les unes à la suite des autres, ce qui devrait permettre au conseil de la partie entendue en second d'être présent lors de la première audition déjà, dans la mesure où il ne s'entretient pas avec son client par la suite. Cf. ATF 139 IV 25 c. 5.4.1.

## 5. Les cas de violation de l'art. 147 al. 1 CPP

Au vu de ce qui précède, il faudra considérer que l'art. 147 al. 1 CPP a été violé lorsqu'une partie à une procédure (ou son conseil) est exclue ou non avisée de l'administration des preuves la concernant par le ministère public, la police (après l'ouverture matérielle de l'instruction et sous réserve d'un premier contact sommaire) ou les tribunaux, pour autant que son droit n'ait pas été restreint par l'autorité ou qu'elle n'y ait pas renoncé (voir ci-dessous pour la renonciation). Les preuves administrées dans ce cadre sont inexploitable à la charge de cette partie (art. 147 al. 4 CPP).

Si une partie (ou son conseil) est avisée de l'acte mais est empêchée de s'y rendre pour des raisons qui lui sont propres, les preuves administrées en son absence restent exploitables (cf. art. 147 al. 2 CPP).

Enfin, la violation du droit de *poser des questions* aux comparants (par exemple la non-admission d'une question pourtant pertinente) n'entraîne pas *de facto* l'inexploitabilité des preuves : l'art. 147 al. 4 CPP ne concerne que la partie « qui n'était pas présente » et non celle qui n'a pas pu poser ses questions<sup>52</sup>. Il ne fait toutefois pas de doute qu'une participation effective des parties comprend également le droit de poser des questions (souligné d'ailleurs par l'art. 147 al. 3, 2<sup>e</sup> phrase CPP) ; la doctrine y voit ainsi une règle de validité au sens de l'art. 141 al. 2 CPP<sup>53</sup>.

## B. La répétition de l'acte (art. 147 al. 3 CPP)

### 1. Un droit à la répétition

Selon l'art. 147 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase CPP, 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.

Malgré sa formulation (la partie ou son conseil « peuvent demander »), cette disposition donne à la partie concernée un véritable *droit* à la répétition de l'acte, dont la violation entraîne l'application de l'art. 147 al. 4 CPP, avec pour conséquence que les preuves précédemment administrées et dont la répétition est refusée à tort seront

<sup>52</sup> CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 37, et StPO Komm.-WOHLERS (n. 6), art. 147 N 11, qui se réfèrent aux travaux parlementaires.

<sup>53</sup> StPO Komm.-WOHLERS (n. 6), art. 147 N 11 ; TANNER (n. 39), 222 ; FELIX BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Personen bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, 196 ss, 211.

inexploitables à la charge de la partie absente<sup>54</sup>. L'autorité pénale ne doit toutefois pas envisager cette répétition d'office ; la partie doit au contraire faire valoir son droit<sup>55</sup>.

Ce droit à la répétition appartient à la partie non (encore)<sup>56</sup> représentée ainsi qu'au conseil juridique (indépendamment de la présence ou non de son mandant) absents lors de l'acte<sup>57</sup>. La question de savoir si la partie absente, mais dont le conseil était présent, peut demander la répétition est controversée : si le texte de l'art. 147 al. 3 CPP ainsi que les travaux parlementaires y répondent par la négative<sup>58</sup>, certains auteurs soulignent à juste titre que l'effectivité du droit de participer – qui s'adresse en priorité aux parties – semble compromise dès lors qu'on se satisfait de la seule présence du conseil juridique<sup>59</sup>. Autre est la question d'une possible renonciation tacite au droit de participer, notamment lorsque le conseil se présente seul et ne s'étonne pas de l'absence de son mandant (cf. II.C. *infra*).

L'absence doit ensuite s'expliquer par des *motifs impérieux*, soit premièrement des éléments *factuels* tels que la maladie, le déplacement à l'étranger ou encore l'ignorance (non fautive) de la tenue de l'acte (avis non parvenu)<sup>60</sup>. Ces motifs font l'objet d'une interprétation restrictive, notamment à l'égard du conseil juridique, qui doit pouvoir se faire remplacer par un collègue de son étude ou d'une autre, voire même « faire appel, à titre confraternel, à un avocat de permanence »<sup>61</sup>. Deuxièmement, l'absence pour motifs impérieux peut résulter d'éléments *juridiques*, ce

qui sera le cas à chaque fois que le droit de participer de la partie aura été restreint par l'autorité<sup>62</sup>, et ce indépendamment du caractère justifié ou non de ladite restriction. Dans son avant-projet de modification du CPP, le Conseil fédéral propose en outre d'introduire un nouveau cas de répétition (art. 147 al. 3 let. b AP-CPP), lorsque les procédures ont été scindées « sans raison objective » alors qu'il y avait plusieurs auteurs ou participation.

Le *moment* auquel doit avoir lieu la répétition ne ressort pas du texte de la loi. Cette question se pose avant tout durant l'instruction : confronté à une demande de répétition, le ministère public peut-il refuser d'y donner suite au motif que l'acte pourra être réitéré devant le tribunal du fond ? La jurisprudence a déjà pu souligner que l'art. 147 CPP avait été pensé comme un contrepoids aux larges attributions du ministère public durant la procédure préliminaire, ainsi qu'à l'administration des preuves limitée devant le juge du fond<sup>63</sup>. Il faut en conclure que la répétition d'une preuve récoltée durant l'instruction doit en principe avoir lieu *au même stade de la procédure*, sous peine de contourner la finalité même du droit de participer, en le réduisant à une simple confrontation lors des débats<sup>64</sup>. Par conséquent, l'absence de répétition – pour autant qu'elle soit requise par la partie concernée – lors de la clôture de la procédure préliminaire entraîne déjà, à notre sens, la violation de l'art. 147 al. 3 CPP.

Cela n'empêche évidemment pas que l'acte soit répété durant les débats ; l'art. 343 al. 2 CPP impose d'ailleurs à ce stade une répétition d'office des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, n'ont pas été administrées en bonne et due forme, ce qui comprend, selon la doctrine, la violation de l'art. 147 CPP<sup>65</sup>.

## 2. L'autorité renonce à la répétition

À teneur de l'art. 147 al. 3, 2<sup>e</sup> phrase CPP, il peut être renoncé à la répétition de l'administration des preuves lorsqu'elle entraînerait des frais et démarches disproportion-

<sup>54</sup> JEANNERET/KUHN (n. 6), N 10004 ; SCHMID/JOSITSCH (n. 13), N 831 ; BSK StPO-SCHLEIMINGER (n. 6), art. 147 N 16, 26 ; Message CPP (n. 19), 1167. Cf. également dans ce sens TF, 6B\_898/2015, 27.6.2016, c. 5.

<sup>55</sup> SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 11.

<sup>56</sup> La participation du seul prévenu sans avocat peut se révéler insatisfaisante sous l'angle de l'art. 6 § 3 let. d CEDH : Cour EDH, *Karpenko c. Russie*, 13.3.2012 (requête n° 5605/04), § 69 ; TF, 6B\_529/2014, 10.12.2014, c. 4.2.1 *in fine*, non publié aux ATF 140 IV 96. Certains estiment dès lors que l'avocat peut demander la répétition d'actes antérieurs à sa constitution ou nomination, cf. CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 13.

<sup>57</sup> SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 11 ; CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 13.

<sup>58</sup> Cf. les références citées par CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 13 ; dans le même sens : LAURENT MOREILLON/AUDE PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, art. 147 CPP N 14 ; plus nuancés : SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 5.

<sup>59</sup> BSK StPO-SCHLEIMINGER (n. 6), art. 147 N 24 ; StPO Komm.-WOHLERS (n. 6), art. 147 N 10. On rappellera également que le droit à la confrontation (art. 6 § 3 let. d CEDH) vise tant le prévenu que le défenseur.

<sup>60</sup> SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 12 ; TF, 6B\_898/2015, 27.6.2016, c. 5.

<sup>61</sup> TF, 6B\_1080/2013, 22.10.2014, c. 2 (rendu à cinq juges).

<sup>62</sup> Message CPP (n. 19), 1167 ; SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 12.

<sup>63</sup> ATF 139 IV 25 c. 5.3 et les références ; TF, 6B\_256/2017, 13.7.2018, c. 2.2.2.

<sup>64</sup> Dans le même sens, cf. BSK StPO-SCHLEIMINGER (n. 6), art. 147 N 17 ; TANNER (n. 39), 153 s. ; CJ GE, ACPR/146/2012, 11.4.2012 ; AARP/28/2015, 7.1.2015, c. 2.2 ; TC NE, CPEN.2013.49, 23.9.2013, c. 2d, in : RJN 2013, 374 ; CPEN.2014.43, 23.10.2014, c. 2e, in : RJN 2015, 191 ; TPF 2012 42, 28.2.2012, c. 7.3, in : JdT 2013 IV 287 (renvoi de l'acte d'accusation au vu de la violation systématique du droit de participer durant l'instruction).

<sup>65</sup> SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 343 StPO N 6 ; StPO Komm.-GUT/FINGERHUTH (n. 6), art. 343 N 28. Une répétition peut également s'imposer sur la base de l'art. 343 al. 3 CPP ou 6 § 3 let. d CEDH.

tionnés *et* (cumulativement) que le droit d'être entendu des parties, en particulier celui de poser des questions aux comparants, peut être satisfait d'une autre manière.

La première condition sera remplie lorsque la répétition de l'acte obligerait le comparant à se déplacer depuis l'étranger<sup>66</sup>, ou la mise sur pied d'une reconstitution de grande ampleur. *À fortiori*, ce cas sera donné lorsque la répétition se révèle impossible, le comparant étant entre-temps décédé ou impossible à localiser<sup>67</sup>, ou ineffective, à savoir lorsque la personne déjà entendue se présente, mais refuse de déposer et de répondre aux questions des parties, voire se borne à confirmer en début d'audition ses précédentes déclarations, puis se tait<sup>68</sup>.

Pour la seconde condition, entrent en considération la possibilité de poser des questions par voie de commission rogatoire (art. 148 CPP) ou par le biais de rapports écrits (art. 145 CPP), la diffusion d'un enregistrement vidéo ou acoustique de l'audition, voire même la simple consultation du procès-verbal et la possibilité donnée à la partie absente de mettre en doute les déclarations y figurant<sup>69</sup>. Ces mesures se confondent avec les éléments dits *compensateurs*, permettant de garantir l'équité de la procédure (art. 6 CEDH) lorsque le juge entend fonder son verdict sur des dépositions faites avant procès par un témoin absent à celui-ci. C'est d'ailleurs bien souvent sur le terrain du droit à la confrontation (art. 6 § 3 let. d CEDH) que se concentrera l'examen, la jurisprudence ayant admis que l'art. 147 al. 3 CPP ne posait pas d'exigences plus sévères à cet égard<sup>70</sup>.

### 3. Les cas de violation de l'art. 147 al. 3 CPP

Compte tenu de ce qui précède, il faudra considérer que l'art. 147 al. 3 CPP est violé lorsqu'une partie (représentée

ou non) ou son conseil juridique a été empêché de prendre part à l'administration des preuves pour un motif impérieux et qu'une répétition de l'acte, demandée à l'autorité, est refusée, alors même qu'elle n'aurait pas été disproportionnée (ou, si la répétition était disproportionnée, impossible, voire ineffective, lorsqu'aucune mesure permettant d'assurer autrement le droit d'être entendu n'est prise).

Dès lors qu'une violation de l'art. 147 al. 3 CPP est avérée, elle entraîne l'inexploitabilité de la preuve dont la répétition est refusée à charge de la partie absente (al. 4), et ce peu importe que cette preuve ait en soi été administrée conformément à l'art. 147 al. 1 CPP, par exemple parce que le droit de participer de la partie avait fait l'objet d'une restriction justifiée.

En reconnaissant récemment que le caractère inexploitable des premières preuves s'impose à l'autorité lorsqu'elle répète l'audition ou procède à une confrontation<sup>71</sup>, le Tribunal fédéral s'est prononcé en défaveur d'une *guérison* de l'irrégularité initiale par la répétition de l'acte. Ainsi, si répétition il y a, seule la preuve nouvellement administrée sera exploitable<sup>72</sup>.

### C. La renonciation au droit de participer

L'art. 147 CPP consacre non pas un devoir des autorités pénales, mais bien un simple droit des parties, qui peuvent ainsi y renoncer. Les conséquences d'une telle renonciation sont loin d'être négligeables : tout droit à la répétition de l'acte (art. 147 al. 3 CPP) ainsi que tout grief lié à l'inexploitabilité des preuves récoltées (art. 147 al. 4 CPP) sont exclus<sup>73</sup>.

La jurisprudence, dans le but peut-être de limiter la portée de l'art. 147 CPP, reconnaît qu'une renonciation pourra intervenir avant<sup>74</sup> ou après l'acte en question, de manière expresse ou tacite, et même, désormais, par l'in-

<sup>66</sup> TF, 6B\_947/2015, 29.6.2017, c. 5.3.2 ; plus nuancés : StPO Komm.-WOHLERS (n. 6), art. 147 N 10 ; SCHMID/JOSITSCH (n. 6), art. 147 StPO N 13 (« nach Übersee »).

<sup>67</sup> TF, 6B\_22/2012, 25.5.2012, c. 3.2, citant CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 18. On déduit du droit à la confrontation l'obligation, pour les autorités, de rechercher activement la personne à entendre, avec l'aide de la police, en ayant cas échéant recours aux mécanismes offerts par l'entraide judiciaire internationale, cf. CourEDH, *Schatschaschwili c. Allemagne* (requête n° 9154/10), 15.12.2015, § 113.

<sup>68</sup> ATF 131 I 476 c. 2.2 et 2.3.4 ; TF, 6B\_839/2013, 28.10.2014, c. 1.4.2 ; 6B\_670/2012, 15.7.2013, c. 4.3.

<sup>69</sup> BSK StPO-SCHLEIMINGER (n. 6), art. 147 N 20 ss.

<sup>70</sup> TF, 6B\_1314/2015, 10.10.2016, c. 2.2.2. Sur l'examen en trois étapes nécessaire dans un tel cas : CourEDH, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (requêtes n°s 26766/05 et 22228/06), 15.12.2011, § 119–145, précisé par *Schatschaschwili c. Allemagne* (n. 67), § 100–131 ; SIMONE BECKERS, *Das Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK*, RPS 2015, 420 ss.

<sup>71</sup> ATF 143 IV 457 c. 1.6.2.

<sup>72</sup> Dans le même sens, cf. CJ GE, ACPR/252/2015, 29.4.2015, c. 2.3 et les références citées, dont BSK StPO-SCHLEIMINGER (n. 6), art. 147 N 28 ; TC VD, CREP Décision/2015/83, 26.1.2015, n° 61, c. 3.1.

<sup>73</sup> ATF 143 IV 397 c. 3.3.1 ; TF, 6B\_1178/2016, 21.4.2017, c. 4.3 ; 6B\_976/2015, 27.9.2016, c. 3.2. Une renonciation peut toutefois également aller dans l'intérêt de la partie, notamment la partie plaignante, dans le but précis de ne pas prêter ses futures déclarations et renforcer ainsi leur valeur probante : cf. PELLEGRINI (n. 25), 37 ; OGer ZH, UH150177, 25.8.2015, c. II/3.4.4, in : ZR 2015, Nr. 61.

<sup>74</sup> Une renonciation « en bloc » pour l'ensemble de la procédure à venir paraît toutefois difficilement soutenable. Cf. pourtant la Directive de police judiciaire (D.4) du Ministère public genevois, ch. 17, question 5, qui permet à la partie plaignante de renoncer à son (futur) droit de participer lors du dépôt de plainte déjà.



termédiaire du conseil juridique qui, présent à l'audition, ne s'oppose pas à l'absence de son client ni ne requiert sa participation<sup>75</sup>.

En s'inspirant de ce qui prévaut en matière de droit à la confrontation, le Tribunal fédéral admet également qu'une partie puisse renoncer à son droit de participer en *s'abstenant d'en faire la demande en temps utile*<sup>76</sup>. On rappellera toutefois que dans le contexte de l'art. 147 CPP, les parties doivent être avisées d'office (cas échéant par leur conseil) des actes auxquels elles peuvent participer et n'ont pas à en faire la demande (cf. II.A.2. *supra*). Une renonciation tacite paraît ainsi exclue dès lors qu'une partie n'est pas informée par l'autorité, qui décide par exemple de restreindre son droit de participer (art. 147 al. 1 CPP)<sup>77</sup>, ce d'autant plus si cette restriction s'avère injustifiée<sup>78</sup>. Hormis ce cas, elle sera réputée renoncer à son droit si, absente lors de l'acte, elle n'en demande pas la répétition (art. 147 al. 3 CPP) en temps utile, moment qui, toujours sur la base du droit à la confrontation, correspondra généralement à la procédure d'appel<sup>79</sup>, mais qui, dans le cadre de l'art. 147 CPP et selon certains arrêts récents, pourrait être avancé aux débats de première instance, voire même à la clôture de l'instruction<sup>80</sup>.

Il faudra dans tous les cas faire preuve de circonspection en présence d'une partie *sans conseil juridique* : la CourEDH considère en effet que l'absence du prévenu à

l'audition de la victime durant l'instruction n'entraîne pas la renonciation à son droit d'interroger celle-ci à un stade ultérieur, dans la mesure où il ne disposait alors pas d'un avocat « pouvant lui expliquer l'importance de cet interrogatoire pour la suite de la procédure »<sup>81</sup>.

Compte tenu de la conception toujours plus large donnée par la jurisprudence récente à la notion de renonciation, les parties seront avisées d'adopter une position claire au sujet de leur droit de participer et, cas échéant, de signifier aussitôt que possible aux autorités pénales leur intention d'être présentes, respectivement de voir certains actes répétés.

#### D. Une synthèse

En prenant pour prémisse l'exemple classique d'une audition à laquelle une partie est absente, le tableau suivant résume les différentes configurations dans lesquelles l'art. 147 CPP doit être considéré comme violé, entraînant l'inexploitabilité (absolue, cf. III.A. *infra*) des déclarations recueillies dans ce cadre à charge de la partie absente ; il distingue selon le motif de l'absence et les mesures prises par le ministère public face à une demande de répétition :

<sup>75</sup> ATF 143 IV 397 c. 3.3.1 et 3.4.1, étant précisé que le défenseur avait en l'espèce annoncé à l'autorité que le prévenu ne se rendrait pas à certaines des auditions litigieuses ; TF, 6B\_976/2015, 27.9.2016, c. 3.2.

<sup>76</sup> ATF 143 IV 397 c. 3.3.1 ; TF, 6B\_422/2017, 12.12.2017, c. 1.4.2.

<sup>77</sup> JEANNERET/KUHN (n. 6), N 10005.

<sup>78</sup> Pour le prévenu, retenir dans un tel cas une renonciation tacite du simple fait qu'il ne demande pas spontanément la répétition d'un acte vicié reviendrait à exiger de sa part une collaboration active à la procédure, contrairement au principe *nemo tenetur* (cf. art. 113 al. 1 CPP). Cf. BOMMER (n. 53), 210 ; RICO NIDO, *Zeitpunkt der Rüge der Beweisunwertbarkeit im Strafverfahren*, *Revue de l'avocat* 2016, 507 ss, 508 et les références citées. Voir aussi les problèmes similaires soulevés par l'art. 131 al. 3 CPP : BSK StPO-RUCKSTUHL (n. 6), Art. 131 N 14 ; StPO Komm.-LIEBER (n. 6), Art. 131 N 15.

<sup>79</sup> TF, 6B\_295/2016, 24.10.2016, c. 4.3.3 ; 6B\_1167/2018, 23.1.2019, c. 2.3. Voir également CHRISTIAN DENYS, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'immédiateté de l'administration des preuves*, FP 5/2018, 405 ss, 408.

<sup>80</sup> ATF 143 IV 397 c. 3.4.1 ; TF, 6B\_422/2017, 12.12.2017, c. 1.4.2 ; AGer BS, BES.2015.99, 19.2.2016, c. 2.4 ; CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 15. Certains arrêts vaudois vont même jusqu'à retenir une renonciation en cours d'instruction, du seul fait qu'au jour du recours – qui portait sur le retrait du dossier des procès-verbaux d'audition –, le prévenu n'avait pas (encore) formulé de demande de répétition auprès du ministère public : TC VD, CREP Décision/2018/112, 23.1.2018, n° 45, c. 2.3 ; CREP Décision/2017/697, 28.9.2017, n° 660, c. 3.3.

<sup>81</sup> CourEDH, *Dimitrov et Momin c. Bulgarie* (requête n° 35132/08), 7.6.2018, § 56 ; *Murtazaliyeva c. Russie* (requête n° 36658/05), 18.12.2018, § 117 : « Avant qu'un accusé puisse être réputé avoir implicitement renoncé, par son comportement, à un droit important énoncé à l'article 6, il doit être établi qu'il aurait pu raisonnablement [en] prévoir les conséquences » ; TANNER (n. 39), 205.

Raison de l'absence \ Action	Répétition acceptée	Répétition refusée à tort	Répétition refusée à raison ou impossible	Pas d'action de la partie (ex : demande de répétition)
Cause extérieure (éléments factuels)	premières <sup>82</sup> et secondes déclarations exploitables	déclarations inexploitable	déclarations exploitables <i>si mesures compensatrices</i> <sup>83</sup>	selon les circonstances (partie avisée, etc.), possible renonciation tacite = déclarations exploitables
Restriction justifiée	premières <sup>82</sup> et secondes déclarations exploitables	déclarations inexploitable	déclarations exploitables <i>si mesures compensatrices</i> <sup>83</sup>	
Restriction injustifiée	premières déclarations inexploitable	déclarations inexploitable	déclarations inexploitable	
	secondes déclarations exploitables			

### III. La sanction de la violation de l'art. 147 CPP

#### A. Inexploitabilité absolue...

La preuve administrée en violation de l'art. 147 CPP constitue une *preuve absolument inexploitable* au sens de l'art. 141 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase en lien avec l'art. 147 al. 4 CPP<sup>84</sup>. Son exploitabilité ne saurait ainsi dépendre d'une quelconque pesée des intérêts au sens de l'art. 141 al. 2 CPP<sup>85</sup>.

Une preuve inexploitable ne peut pas servir à l'établissement des faits ni être appréciée à charge par le *tribunal du fond* ; un verdict de culpabilité, ou le prononcé d'une peine ou d'une mesure, qui se baserait sur une preuve administrée en violation de l'art. 147 CPP doit ainsi être réformé, respectivement annulé<sup>86</sup>. Il suffit dans ce cadre que la preuve soit utilisée de manière indirecte, par exemple

pour démontrer le caractère constant des déclarations de la partie plaignante<sup>87</sup>.

L'inexploitabilité des preuves s'impose également aux autorités amenées à en connaître lors de la *procédure préliminaire*. En particulier, une preuve inexploitable au sens de l'art. 147 al. 4 CPP ne saurait fonder le soupçon nécessaire au prononcé d'une mesure de contrainte (art. 197 al. 1 let. b CPP)<sup>88</sup>. Les parties en général (et le prévenu en particulier) auront ainsi tout intérêt à clarifier la question du maintien au dossier des moyens de preuves prétendument inexploitable au stade de l'instruction déjà.

Dans un arrêt récent (ATF 143 IV 457), le Tribunal fédéral a été amené à préciser les conséquences de l'art. 147 al. 4 CPP lorsque les preuves litigieuses consistent en des *auditions* menées en l'absence du prévenu, et donc en violation de l'art. 147 al. 1 CPP. Une telle manière de faire n'empêche en principe pas que l'acte soit répété par la suite, cas échéant sous la forme d'une confrontation. Si tel est le cas, le ministère public ne peut toutefois utiliser les premières déclarations, inexploitable, pour préparer ou exécuter la nouvelle audition. Or, en l'espèce, l'autorité avait restitué mot pour mot au comparant de longs

<sup>82</sup> Le fait que l'absence soit due à une cause extérieure (ou à une restriction justifiée) n'entraîne pas déjà la violation de l'art. 147 CPP, qui n'oblige pas l'autorité à n'administrer les preuves qu'en présence des parties (cf. art. 147 al. 2 CPP et Message CPP [n. 19], 1167).

<sup>83</sup> On entend ici les mesures au sens de l'art. 147 al. 3, 2<sup>e</sup> phrase CPP.

<sup>84</sup> ATF 143 IV 457 c. 1.6.2.

<sup>85</sup> À moins que seule la violation du droit de poser des questions ne soit concernée : cf. II.A.5. *supra*.

<sup>86</sup> Cf. p. ex. ATF 143 IV 457 c. 1.6.3 ; TF, 6B\_321/2017, 8.3.2018, c. 1.5.2 ; 6B\_295/2016, 24.10.2016, c. 4.4. On réservera le cas où les autres preuves sont suffisantes pour fonder une condamnation, point que le Tribunal fédéral s'abstiendra en général de trancher directement (voir toutefois TF, 6B\_510/2013, 3.3.2014, c. 1.3.1 et 2) ; cf. également SCHMID/JOSITSCH (n. 13), N 831, n. 130.

<sup>87</sup> TF, 6B\_760/2016, 29.6.2017, c. 3.2.4 ; 6B\_128/2018, 8.2.2019, c. 2.3.4.

<sup>88</sup> ATF 143 IV 475 – qui reconnaît aux parties un intérêt juridiquement protégé à faire contrôler le caractère exploitable des preuves durant l'instruction déjà – c. 2.9 : « Ausserdem können unverwertbare Beweismittel auch bei Zwischenentscheiden im Vorverfahren entscheidend sein, so etwa wenn sie den für die Anordnung von Zwangsmassnahmen erforderlichen hinreichenden Tatverdacht (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) begründen. »

passages de sa précédente audition, auxquels il s'était contenté d'acquiescer, disant qu'il n'avait rien à ajouter<sup>89</sup>.

Cet arrêt est bienvenu, en tant qu'il vise à s'assurer qu'une répétition de l'acte (obligatoire aux conditions de l'art. 147 al. 3 CPP) ne soit pas réduite à une vaine formalité, mais permette au contraire l'exercice du droit de participer : le comparant doit ainsi être invité à s'exprimer à nouveau sur l'objet de l'audition (cf. art. 143 al. 3 CPP) et à répondre aux questions de l'autorité et des parties<sup>90</sup>. Surtout, cette nouvelle audition ne saurait être « polluée » par le résultat de l'administration initiale des preuves : l'autorité et les parties ne peuvent utiliser, d'une manière ou d'une autre, les premières déclarations à charge de la personne réentendue. Si celle-ci refuse de déposer, tient une nouvelle version des faits ou ne s'en souvient plus, le ministère public doit assumer la perte des preuves initiales, récoltées en violation de l'art. 147 CPP, et toute référence à ces dernières est proscrite. En d'autres termes, la seconde audition doit se dérouler comme si la première n'avait jamais existé.

Certes, le caractère spontané des nouvelles déclarations peut s'en trouver affaibli du fait que le comparant se sera généralement vu remettre une copie de ses premières déclarations, dont il aura pu prendre connaissance avant d'être entendu à nouveau. S'agissant d'un témoin, on peut aussi s'attendre à ce qu'il s'en tienne à sa version initiale, sauf à risquer le faux témoignage (art. 307 CP)<sup>91</sup>. Cela peut conduire à des situations clairement insatisfaisantes en termes d'effectivité du droit de participer<sup>92</sup>. L'autorité devra à tout le moins veiller à ce que le comparant ne s'aide pas du procès-verbal de sa précédente audition (cf. art. 143 al. 6 CPP) et ne saurait se contenter d'une réponse qui y renvoie, même partiellement.

Cet exercice, délicat, est pourtant le seul compatible avec la lettre claire des art. 147 al. 4 et art. 141 al. 1 CPP. On peut s'étonner à cet égard de certaines décisions récentes du Tribunal fédéral, qui semblent soutenir que des déclarations récoltées en violation de l'art. 147 CPP, mais

ayant été « confirmées » lors d'une audition ultérieure, sont exploitables<sup>93</sup>. Cette formulation ambiguë ne saurait conduire à ce que les premières déclarations à charge soient simplement soumises une nouvelle fois au comparant, sous peine d'éluder la solution mise en place par l'ATF 143 IV 457<sup>94</sup>.

Comme déjà vu ci-dessus (cf. II.B.3. *supra*), il faut comprendre de cet arrêt qu'une répétition ne peut *guérir* le vice qui frappe l'acte initial, qui reste inexploitable. L'approche adoptée en matière de droit à la confrontation, qui veut que si le comparant dépose à nouveau, il est alors possible de se fonder sur ses premières déclarations à titre complémentaire, dans le cadre d'une appréciation globale des preuves<sup>95</sup>, n'est aucunement transposable au droit de participer, dont la violation interdit toute exploitation (et, partant, toute appréciation) de la preuve récoltée<sup>96</sup>.

Si de telles preuves devaient malgré tout être exploitées, se posera la question du sort de celles qui en sont *dérivées*. La controverse porte ici sur l'application de l'art. 141 al. 4 CPP aux preuves absolument inexploitables selon l'al. 1<sup>97</sup>. Dans le contexte de l'art. 147 CPP, on peut penser au fait de confronter le prévenu aux déclarations d'autres parties à la procédure ou de témoins, lesquelles l'accablent ou le mettent face à ses contradictions, dans le but de le faire avouer. Si les premières déclarations sont inexploitables, il doit en aller de même des secondes, qui n'auraient en toute hypothèse pas été obtenues spontanément ; c'est ainsi le caractère causal, dans les aveux du prévenu, des déclarations obtenues en violation de l'art. 147 CPP qui sera déterminant<sup>98</sup>.

Enfin, il se peut que malgré le caractère inexploitable de certaines preuves, d'autres soient néanmoins suffi-

<sup>89</sup> ATF 143 IV 457 c. 1.6.2.

<sup>90</sup> ATF 143 IV 457 c. 1.6.2 ; DENYS (n. 79), 408.

<sup>91</sup> HANNO WIESER, Das Ermittlungsverfahren und die Untersuchung ergänzen sich – auch bei der Personalbeweiserhebung, FP 2014, 340 ss, 344 s. ; THOMAS SPRENGER, Teilnahmerechte der Parteien im Strafverfahren – wird die Ausnahme zum Grundsatz ?, FP 2013, 167 ss, 171.

<sup>92</sup> Pour certains, des dépositions obtenues en violation de l'art. 147 CPP font apparaître la personne entendue comme « usée » (verbraucht), ce qui exclut toute répétition de l'audition : cf. ANDREAS NOLL, Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen, Berne 2013, 84 ss. L'ATF 143 IV 457 s'éloigne toutefois d'une telle conception en soulignant qu'une répétition est en principe possible. Cf. également TANNER (n. 39), 154, 185.

<sup>93</sup> TF, 6B\_321/2017, 8.3.2018, c. 1.5.2 *in fine* et 2 ; 6B\_1035/2017, 20.6.2018, c. 1.3.3, qui laisse même entendre qu'une confirmation pourrait intervenir de manière globale (« pauschal »).

<sup>94</sup> On s'étonne également de l'absence de référence à cet ATF dans les deux arrêts précités.

<sup>95</sup> TF, 6B\_839/2013, 28.10.2014, c. 1.4.2 ; 6B\_369/2013, 31.10.2013, c. 2.3.3, in : FP 2014, 153 ss.

<sup>96</sup> Cf. toutefois TF, 6B\_764/2015, 6.1.2016, c. 1.7, et TPF, SK.2016.5, 6.12.2016, c. 3, qui suivent cette même approche propre à l'art. 6 CEDH alors que la violation de l'art. 147 CPP était pourtant alléguée par le recourant.

<sup>97</sup> Cf. WOLFGANG WOHLERS/LINDA BLÄSI, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, recht 2015, 158 ss, 166 s. Question laissée ouverte dans l'ATF 138 IV 169 c. 3.2. L'AP-CPP (n. 1) propose d'appliquer l'art. 141 al. 4 CPP aux preuves visées par l'al. 1 également, « par souci de clarté ».

<sup>98</sup> OGER ZH, SB130505, 16.7.2014, c. II/4.8.1 ; TF, 6B\_422/2017, 12.12.2017, c. 1.4.1. Pour les preuves dérivées en général : ATF 137 I 218 c. 2.4.2 ; TF, 6B\_976/2015, 27.9.2016, c. 6.4 ; 1B\_179/2012, 13.4.2012, c. 2.4 et 2.5.

santes pour fonder une condamnation. Dans ce cas, les autorités neuchâteloises, par exemple, ont pris le parti de tenir compte de la violation de l'art. 147 CPP dans la fixation de la peine, à l'instar de la violation du principe de célérité<sup>99</sup>.

## B. ... et unilatérale

Les preuves récoltées en violation de l'art. 147 CPP sont certes absolument inexploitable, mais seulement à la charge de la partie qui n'était pas présente (al. 4), ce qui sous-entend qu'elles restent exploitables en ce qui concerne les autres parties. Cette inexploitable dite *unilatérale* ou *relative*, qui ne se retrouve pas ailleurs dans le CPP, soulève passablement de difficultés.

Elle semble d'abord faire l'impasse sur l'art. 141 al. 5 CPP, qui prévoit que les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal. Lorsque le prévenu est seul partie à la procédure, l'application de cette disposition paraît aller de soi. Toutefois, dès lors que la procédure compte d'autres parties, singulièrement des *coprévenus*, le conflit entre les art. 147 al. 4 et 141 al. 5 CPP devient patent. Il peut être illustré par l'exemple suivant : comment gérer la situation où une même preuve, par hypothèse la déposition d'un témoin-clé mettant en cause un seul des prévenus, est inexploitable à charge de ce dernier tout en étant exploitable à décharge de ses comparses ?

Le Tribunal fédéral, sans trancher la question de manière spécifique, va dans le sens d'une application générale de l'art. 141 al. 5 CPP<sup>100</sup>. Dans l'exemple ci-dessus, cette solution serait pourtant hautement insatisfaisante : en retranchant du dossier pénal, commun à toutes les parties (cf. art. 100 al. 1 CPP), les preuves inexploitable à charge d'un prévenu seulement, on étendrait *de facto* leur caractère inexploitable à tous les autres, contrairement à l'art. 147 al. 4 CPP et surtout au principe, majoritairement

admis<sup>101</sup>, selon lequel les preuves à décharge sont toujours exploitables.

La doctrine prône la solution inverse, à savoir le maintien pur et simple des moyens de preuve au dossier, l'art. 147 al. 4 CPP devant prévaloir en tant que *lex specialis*<sup>102</sup>. On relèvera à cet égard que contrairement à d'autres cas d'inexploitable, l'art. 147 al. 4 CPP suppose une véritable prise de connaissance des preuves litigieuses, ne serait-ce que pour déterminer si elles sont bel et bien à charge d'une partie, et que cette tâche revient en principe au juge du fond, dont on doit pouvoir attendre qu'il fasse la distinction entre les preuves exploitables et celles qui ne le sont pas, puis qu'il fonde son appréciation en conséquence<sup>103</sup>. Cela étant, on ne voit pas pourquoi l'art. 141 al. 5 CPP, dont la *ratio legis* est d'éviter que l'autorité ne soit influencée par des preuves inexploitable<sup>104</sup>, ne serait pas applicable à des situations qui présentent justement un risque élevé de telles influences : dans l'exemple ci-dessus, le juge devra rendre son verdict pour le premier prévenu en faisant abstraction de déclarations incriminantes au dossier, déclarations qu'il pourra pourtant librement exploiter pour disculper les autres prévenus.

Certains auteurs, conscients de cette difficulté, estiment que le prévenu dont le droit de participer a été violé doit pouvoir requérir que sa procédure soit *disjointe* (art. 30 CPP) de celle de ses *coprévenus*, de manière à disposer d'un dossier exempt de preuves inexploitable<sup>105</sup>. Or, lorsque plusieurs participants à une infraction s'accusent réciproquement et se rejettent la faute – ce qui sera régulièrement le cas si une même preuve est à la charge des uns et à décharge des autres –, le principe de l'unité de la procédure (art. 29 CPP) doit l'emporter, afin d'éviter de possibles jugements contradictoires<sup>106</sup>. Par ailleurs, on l'a vu (cf. II.A.1. *supra*), une disjonction des procédures

<sup>99</sup> TC NE, CPEN.2013.49, 23.9.2013, c. 4d, in : RJN 2013, 374. Question laissée ouverte par le TF dans l'arrêt 6B\_713/2015, 30.6.2016, c. 1.4.

<sup>100</sup> ATF 143 IV 457 c. 1.6.2, citant l'art. 141 al. 5 CPP comme conséquence logique de la violation de l'art. 147 CPP ; ATF 144 IV 189 c. 5.2.3, qui retient que « l'art. 141 al. 5 CPP doit s'appliquer à toutes les preuves inexploitable, quel que soit le motif pour lequel elles le sont ». Voir toutefois TF, 1B\_366/2017, 13.12.2017, c. 1.2.4 non publié aux ATF 144 IV 23, qui retient, dans l'examen de la recevabilité, que l'art. 147 al. 4 CPP ne « prévoit pas le retrait ou la destruction des preuves illicites, mais uniquement leur inexploitable à la charge de la partie qui n'était pas présente ».

<sup>101</sup> Cf. WOHLERS/BLÄSI (n. 97), 172 et les références citées ; OGER ZH, SB150061, 3.12.2015, in : FP 2016, 258 et le commentaire de MARC THOMMEN/MARTIN SEELMANN.

<sup>102</sup> CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 35 ; StPO Komm.-WOHLERS (n. 6), art. 141 N 10 ; TANNER (n. 39), 229 ; suivis in ceci par TC VD, CREP Décision/2016/456, 8.7.2016, n° 460, c. 3 ; CJ GE, ACPR/252/2015, 29.4.2015, c. 2.3 et 2.4 ; OGER ZH, UH120368, 24.4.2013, in : FP 2013, 343 ss et la critique de SABINE GLESS.

<sup>103</sup> ATF 143 IV 475 c. 2.7 ; 143 IV 387 c. 4.6 ; 141 IV 284 c. 2.2. C'est d'ailleurs l'une de ses tâches essentielles (« Kernaufgaben ») : TF, 1B\_124/2014, 21.5.2014, c. 1.2.2.

<sup>104</sup> ATF 143 IV 475 c. 2.9 ; Message CPP (n. 19), 1164 ; CR CPP-BÉNÉDICT/TRECCANI (n. 21), art. 141 N 42 ss.

<sup>105</sup> BSK StPO-GLESS (n. 6), art. 141 N 108 ; WOHLERS/BLÄSI (n. 97), 172 ; StPO Komm.-WOHLERS (n. 6), art. 141 N 12 ; NOLL (n. 92), 95 s.

<sup>106</sup> ATF 138 IV 29 c. 5.5 ; TF, 1B\_467/2016, 16.5.2017, c. 3.3 et les arrêts cités.

entraîne la perte du droit de participer à la procédure de ses (ex-) coprévenus, ce qui permettrait en définitive de contourner, par la violation de l'art. 147 CPP, l'application de cette même disposition. Enfin, dans l'optique de prévenir toute influence, une disjonction n'aurait de sens que si l'autorité de jugement connaissait de chaque affaire dans une composition différente<sup>107</sup>, ce qui soulève d'autres questions encore.

Au stade de l'instruction, le conflit entre les art. 147 al. 4 et 141 al. 5 CPP pourra bien souvent être désamorcé par une *répétition* de l'audition (art. 147 al. 3 CPP) et/ou un *caviardage*<sup>108</sup>, dans la mesure du possible, des seuls passages litigieux (le procès-verbal complet étant conservé à part dans une chemise scellée). La problématique risque toutefois de resurgir si une mise en accusation de tous les prévenus se profile, situation dans laquelle ni le retranchement des preuves, ni leur maintien au dossier, ni même la disjonction des procédures n'apporte de réponse pleinement satisfaisante.

Enfin, l'art. 147 al. 4 CPP est tout autant source d'incertitudes lorsque le droit de participer de la *partie plaignante* est en cause : celle-ci pourrait en effet exiger que des preuves à décharge du prévenu ne soient pas exploitées, car récoltées en son absence, ce qui, dans un cas extrême, conduirait à une *condamnation* sur la base des autres preuves (à charge) disponibles<sup>109</sup>.

Une telle conséquence, que le Tribunal fédéral n'exclut pas<sup>110</sup>, n'est toutefois pas acceptable, ne serait-ce que parce qu'elle reviendrait à priver le prévenu de preuves à décharge, qui sont, on l'a vu, toujours exploitables. La doctrine propose dès lors de réduire la portée de l'art. 147 al. 4 CPP, pour la partie plaignante, à la possibilité d'attaquer toute décision défavorable se fondant sur des preuves récoltées en violation de son droit, de manière à ce que l'acte soit *répété* en sa présence<sup>111</sup>. Dans deux arrêts récents relatifs à un classement, le Tribunal fédéral adopte une approche similaire, basée sur la nature formelle du droit de participer (à l'instar du droit d'être entendu) ; tou-

tefois, pour éviter que le renvoi de la cause n'allonge inutilement la procédure, notre Haute Cour exige de la partie plaignante qu'elle démontre qu'avec sa participation, l'audition litigieuse aurait connu une issue positive quant aux éléments de fait fondant une responsabilité pénale ou civile du prévenu<sup>112</sup>.

#### IV. Conclusion

La mise en œuvre du droit de participer prévu à l'art. 147 CPP aboutit à un système complexe, qui nécessite de distinguer selon le sujet impliqué, l'acte en cause, le stade de la procédure considéré, les motifs invoqués par l'autorité et, enfin, le comportement des parties.

À l'heure où certains plaident pour un retour au standard minimum garanti par l'art. 6 § 3 let. d CEDH, soit le droit d'interroger les témoins à charge à une seule reprise au cours de la procédure<sup>113</sup>, il faut insister sur le caractère essentiel du droit de participer qui, en donnant aux parties un rôle actif lors de l'administration des preuves, contribue à la recherche de la vérité matérielle et, en définitive, à la légitimation du jugement<sup>114</sup>.

La sanction attachée à la violation du droit de participer est à cet égard particulièrement révélatrice du poids qui lui est accordé dans notre système de poursuite pénale. Pour autant, l'art. 147 al. 4 CPP comporte son lot de difficultés pratiques et d'incertitudes : on pense notamment à la répétition de l'acte, rendue malaisée par l'inexploitabilité des premières preuves, ainsi qu'au caractère unilatéral de cette inexploitabilité, qui trouve rapidement ses limites lorsqu'il s'agit de le concilier avec les intérêts divergents d'autres parties à la procédure.

Reste à voir si ces points seront abordés dans le cadre de la future révision du CPP. D'ici là, et afin d'éviter les écueils liés à la violation de l'art. 147 CPP, parties et autorités seront bien inspirées de se laisser guider, en amont, par le célèbre adage olympique selon lequel *l'important, c'est de participer*.

<sup>107</sup> NOLL (n. 92), 95 s.

<sup>108</sup> Pour des exemples : OGer BE, SK 15 24, 9.2.2016, c. IV/1.2 et 1.3 ; CJ GE, ACPR/146/2012, 11.4.2012.

<sup>109</sup> CR CPP-THORMANN (n. 21), art. 147 N 36 ; FELIX BOMMER, *Privatklägerische Rechte im Strafprozess – ein Überblick*, recht 2015, 183 ss, 193 s.

<sup>110</sup> TF, 6B\_1167/2017, 11.4.2018, c. 2.1.2, qui retient toutefois *in casu* que les autres preuves, soit les déclarations de la partie plaignante, n'auraient à elles seules pas suffi au prononcé d'une ordonnance pénale.

<sup>111</sup> BOMMER (n. 109), 193 ; TANNER (n. 39), 221 ss, mais limité au classement de la procédure ; STEFAN CHRISTEN, *Zum Anwesenheitsrecht der Privatklägerschaft im schweizerischen Strafprozessrecht*, RPS 2011, 463 ss, 473.

<sup>112</sup> TF, 6B\_1167/2017, 11.4.2018, c. 2.1.2, et 6B\_1114/2016, 21.4.2017, c. 2.2.2, rejetant les recours. La jurisprudence cantonale admet quant à elle plus largement le moyen : cf. OGer BE, BK 2016 406, 13.12.2016.

<sup>113</sup> Cf. les différentes prises de positions des autorités de poursuite pénale dans le cadre de la consultation relative au projet de modification du CPP (n. 1).

<sup>114</sup> Cf. BSK StPO-SCHLEIMINGER (n. 6), art. 147 N 3 et les références, citée par TF, 6B\_1167/2017, 11.4.2018, c. 2.1.2 ; cf. déjà GUNHILD GODENZI, *Heimliche Einvernahmen*, RPS 2011, 322 ss, 336 ss, 348.