



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01  
www.fr.ch/tc

502 2014 163

## **Arrêt du 14 octobre 2014**

### **Chambre pénale**

#### **Composition**

Président: Roland Henninger  
Juges: Hubert Bugnon, Jérôme Delabays  
Greffière: Sandra Mantelli

#### **Parties**

**A.\_\_\_\_\_**, prévenu et **recourant**, représenté par Me Alain Ribordy, avocat

contre

**MINISTÈRE PUBLIC, intimé**

et

**B.\_\_\_\_\_**, et

**C.\_\_\_\_\_**,

**parties plaignantes et intimés**, tous deux représentés par Me Manuela Bracher Edelmann, avocate

#### **Objet**

Exploitation d'un moyen de preuve (art. 131 al. 3 CPP)

Recours du 10 juillet 2014 contre la décision du Ministère public du 7 juillet 2014

## considérant en fait

A. Le 30 juillet 2013, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, assistés de leur mandataire Me Manuela Bracher Edelmann, ont déposé une plainte pénale à l'encontre de leur père A. \_\_\_\_\_ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants (DO 2'023 ss et 2'030 ss).

Le 14 août 2013, leur mère et ex-épouse du prévenu D. \_\_\_\_\_ a été entendue par la police (DO 2'043 ss).

Le 26 août 2013, une procédure pénale a été ouverte à l'encontre de A. \_\_\_\_\_ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants (DO 5'000).

Le 9 septembre 2013, des mandats de perquisition, de séquestre ainsi que d'amener ont été délivrés par le Ministère public à l'encontre du recourant et une visite domiciliaire a été effectuée à son domicile lors de laquelle divers objets ont été séquestrés. Le recourant a également été auditionné par la police (DO 2'007 ss).

Le même jour, la police a entendu E. \_\_\_\_\_, fils aîné du recourant (DO 2'036 ss).

Par courrier du 16 septembre 2013, le Ministère public a informé le recourant qu'il devait obligatoirement être assisté d'un défenseur (art. 130 al. 1 let. b du Code de procédure pénale [CPP]) compte tenu de la gravité des faits qui lui étaient reprochés (DO 7'000).

Le 24 septembre 2013, Me Alain Ribordy a informé le Ministère public de la constitution de son mandat en faveur du recourant (DO 7'001).

Le 28 octobre 2013, le recourant a une nouvelle fois été interrogé par la police, sans la présence de son avocat, précisant que celui-ci était en vacances et qu'il avait décidé de se présenter seul. Me Alain Ribordy a été autorisé à consulter le dossier de la cause le 6 novembre 2013 (DO 2'019 ss).

Par courrier du 17 décembre 2013, le recourant a informé le Ministère public que, selon le principe de la défense obligatoire, il aurait dû être assisté par un défenseur lors de son audition par la police le 9 septembre 2013 déjà ; il a par ailleurs relevé que l'avocate des enfants, ou son avocat-stagiaire, avaient en revanche pu assister à toutes les auditions menées par la police (DO 9'004).

En date du 23 janvier 2014, le recourant a annoncé au Ministère public qu'il renonçait à se prévaloir de la violation des droits de la défense dénoncée dans sa lettre du 17 décembre 2013, à condition qu'il ne fasse pas valoir à sa charge des éléments tirés des procès-verbaux viciés (DO 9'009).

Le 26 février 2014, le Ministère public a procédé à des auditions en présence du recourant et de son mandataire ainsi que du conseil de B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ (DO 3'000 ss).

Le 28 mai 2014, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ont été confrontés à leur père devant le Ministère public (DO 3'029 ss). Lors de son audition, le recourant a notamment confirmé ses déclarations faites à la police le 9 septembre et le 28 octobre 2013 (DO 3'032).

B. En date du 30 mai 2014, A. \_\_\_\_\_ a reproché au Ministère public d'avoir systématiquement utilisé à son encontre les déclarations qu'il avait faites devant la police le 9 septembre 2013 lors des auditions du 28 mai 2014, en dépit du courrier qu'il lui avait adressé le 23 janvier 2014, et a requis le retrait du dossier du procès-verbal de son audition du 9 septembre 2013 (DO 5'066).

Par décision du 7 juillet 2014, le Ministère public a rejeté la requête du recourant (DO 5070).

C. Le 10 juillet 2014, A. \_\_\_\_\_ a interjeté recours contre la décision du Ministère public et a conclu à son annulation et au renvoi de sa requête au Ministère public pour nouvelle décision, subsidiairement à l'admission de sa requête ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité pour ses frais d'avocat.

Invité à se déterminer, le Ministère public a délivré ses observations par courrier du 15 juillet 2014 et a conclu au rejet du recours.

Le 13 août 2014, le recourant a spontanément répliqué à la détermination du Ministère public.

## **en droit**

1. a) Le recours devant la Chambre pénale du Tribunal cantonal est ouvert contre les décisions du ministère public (art. 393 al. 1 let. a et 20 CPP et 85 al. 1 de la Loi du 31 mai 2010 sur la justice [LJ]), comme en l'espèce contre la décision du 7 juillet 2014 du Ministère public rejetant la requête de A. \_\_\_\_\_ visant au retrait du procès-verbal de son audition du 9 septembre 2013 du dossier.

b) Le délai de recours est de dix jours dès notification (art. 396 al 1 CPP). En l'espèce, l'ordonnance du 7 juillet 2014 a été envoyée au recourant par courrier recommandé à une date inconnue. Le recours ayant été interjeté en date du 10 juillet 2014, le délai de dix jours est manifestement respecté.

c) A. \_\_\_\_\_ dispose de la qualité pour recourir au sens de l'art. 382 al. 1 CPP.

d) Le recours peut être formé pour (art. 393 al. 2 CPP) violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (let. a), constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) et inopportunité (let. c).

Il doit en outre être motivé et contenir des conclusions (art. 385 al. 1 CPP), ce qui est le cas en l'espèce. Partant, il est recevable.

e) La Chambre statue sans débats (art. 390 CPP).

2. A teneur de l'art. 131 CPP, en cas de défense obligatoire, la direction de la procédure pourvoit à ce que le prévenu soit assisté aussitôt d'un défenseur (al. 1). Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction (al. 2). L'art. 131 al. 3 CPP dispose cependant que les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration. En l'espèce, la Chambre constate que bien que l'audition litigieuse ait eu lieu le 9 septembre 2013, ce n'est que le 30 mai 2014 que le recourant a sollicité le retrait du procès-verbal de son audition du dossier de la cause, quand bien même il avait déjà relevé cette irrégularité dans ses courriers des 17 décembre 2013 et 23 janvier 2014. La loi n'impose pas de délai dans lequel le prévenu doit se prévaloir de cette violation et la doctrine est divisée sur cette question. En effet, SCHMID soutient que l'on peut attendre du prévenu, respectivement de son défenseur obligatoire désigné, qu'il demande immédiatement la répétition de l'administration de la

preuve, conformément aux règles de la bonne foi, si l'audition a été réalisée alors que les conditions de la défense obligatoire étaient remplies (StPO Praxiskommentar, 2<sup>ème</sup> édition, ad Art. 131 N 7). RUCKSTUHL est quant à lui d'avis que dans la mesure où la présence d'un défenseur était reconnaissable, les preuves recueillies en son absence ne peuvent être exploitées, quelles qu'en soient les circonstances, faute de renonciation par le prévenu au droit d'en exiger la répétition. En effet, selon cet auteur, le prévenu ne perd pas son droit de se prévaloir de cette violation s'il ne l'invoque pas immédiatement dès lors qu'une telle conséquence n'est pas prévue par la loi (Basler Kommentar StPO, ad art. 131 N 14 et 16 ; du même avis : STUCKI *in* GOLDSCHMID/MAUER/SOLLBERGER, ad art. 131 p. 113). Dans le même sens, d'autres auteurs considèrent que l'on ne peut pas reprocher à la défense de ne pas avoir demandé plus tôt la répétition de l'administration des preuves car il ne lui incombe pas de rendre exploitable une preuve au désavantage du prévenu qui est inexploitable. Ils estiment plutôt que la direction de la procédure devrait impartir un délai à la défense pour solliciter le renouvellement de l'administration de la preuve (DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], ad Art. 131 N 15). En l'espèce, la Chambre n'a toutefois pas à se prononcer sur cette question dès lors que, comme on le verra, le retrait du procès-verbal d'audience du 9 septembre 2013 du dossier ne se justifie de toute façon pas.

3. a) Le recourant reproche au Ministère public de ne pas avoir ordonné sa défense obligatoire au plus tard au moment de l'ouverture de l'instruction, le 26 août 2014, en violation de l'art. 131 al. 2 CPP. Il soutient qu'à cette date, il encourait déjà une peine privative de liberté de plus d'un an au sens de l'art. 130 let. b CPP et que les investigations effectuées le 9 septembre 2013 n'ont pas permis d'aggraver le pronostic quant à la peine encourue dès lors que ce n'est que la probabilité que les actes dénoncés aient été commis qui a augmenté et non leur gravité. Par ailleurs, il souligne avoir informé le Ministère public, le 23 janvier 2014, qu'il renonçait à se prévaloir de l'absence d'un défenseur après le 26 août 2013 à condition qu'il ne fasse pas valoir à sa charge les éléments tirés des procès-verbaux viciés. Fondé sur l'art. 131 al. 3 CPP, le recourant sollicite donc le retrait du dossier du procès-verbal de son audition du 9 septembre 2013.

L'autorité intimée soutient quant à elle qu'il n'était pas possible de déterminer la gravité de l'affaire sur la seule base des premières déclarations des parties plaignantes ; la défense obligatoire n'était donc pas identifiable le 26 août 2013 ; certains nouveaux éléments ressortant de l'audition de E.\_\_\_\_\_ et de la perquisition du 9 septembre 2013 ont aggravé les soupçons pesant sur le recourant et ont en particulier corroboré les déclarations de C.\_\_\_\_\_, ce qui a laissé craindre au recourant une peine prévisible supérieure à un an et donc la mise en œuvre d'une défense obligatoire en sa faveur. De plus, il relève que le recourant avait confirmé, le 28 mai 2014, ses déclarations faites à la police le 9 septembre 2013.

b) Pour que le prévenu puisse bénéficier d'une défense obligatoire, il doit notamment encourir une peine privative de liberté de plus d'un an ou une mesure entraînant une privation de liberté (art. 130 let. b CPP), ce qui permet d'assurer une défense au prévenu soupçonné d'avoir commis une infraction d'une certaine gravité. Pour déterminer si le prévenu encourt une telle peine, il y a lieu de tenir compte de la peine-menace prévue par le code pénal ainsi que de la peine raisonnablement envisageable au vu des circonstances du cas d'espèce. En d'autres termes, le prévenu devra être pourvu d'un défenseur aussitôt qu'il existe objectivement et raisonnablement un risque qu'il soit condamné à une peine privative de liberté de plus d'une année ou à une mesure entraînant la privation de liberté (CR CPP-HARARI/ALIBERTI, ad art. 130 N 18, 23 et 27).

c) B.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ ont été interrogés par la police en date du 30 juillet 2013, date du dépôt de leur plainte. En substance, C.\_\_\_\_\_ a déclaré qu'à l'âge de 13-14 ans, son

père avait mis la main dans son slip et réciproquement, sans qu'il n'y ait eu de caresse. Il a ajouté qu'à cette époque, il sortait régulièrement avec son père et qu'à ces occasions il avait vécu ses « premières cuites ». Il a également révélé que son père lui avait fait inhaler du poppers, tout comme à son frère E. \_\_\_\_\_ et à sa sœur, et qu'il leur disait qu'il fallait se masturber ensuite. Il a indiqué que lors d'une soirée alcoolisée, il s'était masturbé jusqu'à l'éjaculation à la demande de son père, pendant que son père lui léchait l'anus. Il a en outre relaté qu'à la même époque, lors de vacances familiales en Espagne, sans leur mère, son père l'avait photographié nu, puis en train de se masturber jusqu'à l'éjaculation et qu'il en avait fait de même pour son père. Il a indiqué qu'à cette occasion, son père lui avait fait une fellation afin de lui montrer la différence entre une fellation d'un homme et d'une femme. Son père l'aurait également photographié en train de se masturber, à Payerne, alors qu'il avait plus de 16 ans (DO 2'023 ss). B. \_\_\_\_\_ a quant à elle déclaré que son père la dénigrerait, l'humiliait. A l'âge de 11 ans, son père lui aurait montré le sexe de son frère E. \_\_\_\_\_. Elle a ajouté qu'en août 2001, lors de vacances en Espagne sans leur mère, son père lui avait expliqué comment se laver les parties intimes, lui touchant sa vulve ainsi que brièvement le clitoris en lui mentionnant « *que ça donnait du plaisir* ». B. \_\_\_\_\_ a en outre relevé que son père lui avait fait inhaler du poppers, qu'il parlait sans cesse de ses ébats sexuels et qu'il la questionnait de manière inappropriée sur sa vie sexuelle. Elle a également relaté qu'à l'âge de 14-15 ans, son père l'avait contrainte à porter un top blanc, très court et transparent, sans soutien-gorge (DO 2'030 ss). Le 14 août 2013, D. \_\_\_\_\_ a elle aussi été entendue par la police et a déclaré en bref que A. \_\_\_\_\_ avait une approche particulière de l'éducation en ce sens qu'« *il voulait que les enfants soient au courant de tout avant l'heure* » et que de ce fait, il était très libre dans ses paroles. Elle a confirmé qu'à l'âge de 13-14 ans C. \_\_\_\_\_ sortait régulièrement avec son père. Elle n'a toutefois jamais été témoin d'abus sexuels sur ses enfants de la part de son ex-mari. Elle a cependant relaté qu'il lui avait montré ainsi qu'à une amie des photos qu'il avait prises de C. \_\_\_\_\_ nu qu'il qualifiait d'artistiques. Elle a en outre indiqué qu'entre 2009 et 2010, C. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ lui avaient fait part des abus dont ils avaient été victimes durant leur enfance (DO 2'043 ss).

A la suite de ces auditions, le Ministère public a ordonné l'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre de A. \_\_\_\_\_ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants (DO 5'000). Le Ministère public soutient qu'à ce stade de l'instruction, la nécessité d'une défense obligatoire n'était pas identifiable. Cela étant, les actes dénoncés par les plaignants étaient graves et constitutifs de l'infraction d'actes d'ordre sexuel avec des enfants dont la peine-menace oscille entre une peine pécuniaire et une peine privative de liberté de cinq ans. Compte tenu des circonstances décrites, ces faits pouvaient sans nul doute, s'ils se voyaient confirmés, faire craindre au recourant une peine privative de liberté de plus d'un an, d'autant plus que les déclarations de l'ex-épouse du recourant n'infirmèrent pas les propos de ses enfants et mettaient en évidence une conduite inappropriée, voire répréhensible du recourant envers ses enfants. Par ailleurs, les éléments découverts dans le cadre des investigations du 9 septembre 2013 n'ont pas permis d'aggraver significativement la peine encourue par le recourant. En effet, lors de la perquisition au domicile du recourant, le 9 septembre 2013, trois photographies de C. \_\_\_\_\_ nu ou en positions tendancieuses que le recourant a admis avoir prises ainsi que des messages MSN ambigus échangés avec un inconnu ont été découverts. Le recourant a également indiqué avoir expliqué à ses fils comment se masturber, sans les toucher, puis s'est ravisé, admettant avoir touché le sexe de son fils E. \_\_\_\_\_ à deux reprises pour lui montrer la masturbation (DO 2'007 ss), après avoir été confronté aux déclarations de ce dernier qui a relaté qu'à l'âge de 14-15 ans son père s'était masturbé afin de lui montrer « *comment ça marchait* » et qu'il s'était lui-même également masturbé (DO 2'036 ss). E. \_\_\_\_\_ a ajouté qu'il avait connaissance des actes masturbatoires entre son frère et son père dès lors qu'ils lui en avaient parlé (DO 2'036 ss). Ainsi, bien que l'audition de E. \_\_\_\_\_ ait permis de révéler qu'il avait vraisemblablement lui aussi subi des abus de la part

de son père, comme le Ministère public l'a souligné, les éléments nouvellement recueillis « *étaient* [principalement] *de nature à corroborer les soupçons pesant sur A. \_\_\_\_\_, en particulier à corroborer les déclarations de C. \_\_\_\_\_* » puisque le recourant a admis certains comportements dénoncés et que le témoignage de E. \_\_\_\_\_ a confirmé les dires de son frère, accroissant ainsi la probabilité que ces actes aient été commis, sans toutefois aggraver significativement la peine encourue. En tout état de cause, compte tenu des faits décrits par les plaignants et des déclarations de leur mère, les conditions de l'art. 130 let. b CPP étaient déjà réalisées au stade de l'ouverture de l'instruction le 26 août 2013, et la défense obligatoire aurait dès lors dû être mise en œuvre au plus tard avant cette échéance. L'audition du recourant du 9 septembre 2013 a donc été effectuée alors même que la nécessité d'une défense obligatoire aurait dû lui être reconnue.

d) Reste à déterminer si ses déclarations sont néanmoins exploitables.

Il ressort de l'art. 130 al. 3 CPP que les preuves administrées en violation de l'art. 131 al. 2 CPP sont exploitables à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration. En l'espèce, le 17 décembre 2013, le recourant a fait part au Ministère public qu'il aurait dû être assisté par un défenseur lors de son audition par la police le 9 septembre 2013 déjà (DO 9'004). Il a abordé une nouvelle fois le Ministère public le 23 janvier 2014 pour l'informer qu'il renonçait à se prévaloir de la violation des droits de la défense pour autant que le Ministère public ne fasse pas valoir à sa charge des éléments tirés des procès-verbaux viciés (DO 9'009). Ces deux courriers sont restés sans réponses de la part du Ministère public. Lors de son audition du 28 mai 2014, le recourant a toutefois confirmé ses déclarations faites à la police le 9 septembre 2013.

De l'avis du Tribunal fédéral, les dépositions d'un prévenu non avisé de son droit de se constituer un défenseur peuvent être utilisées s'il les a confirmées par la suite, alors qu'il était dûment assisté de son mandataire (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 et les références ; également arrêt non publié 6P.67/2003 du 14 août 2003 consid. 3.1.1 et 3.1.2). Cette jurisprudence relative au droit de faire appel à un « *avocat de la première heure* » peut être appliquée par analogie au droit de bénéficier d'un défenseur obligatoire dans la mesure où, dans les deux cas, des droits de la défense sont violés ayant pour conséquence l'inexploitabilité des preuves administrées (art. 158 al. 2 et 131 al. 3 CPP) au sens de l'art. 141 al. 1 CPP (RUCKSTUHL, op. cit., ad Art. 131 N 17). Ainsi, par la confirmation de ses déclarations du 9 septembre 2013 alors qu'il était dûment assisté d'un avocat depuis plusieurs mois déjà, le recourant a librement manifesté sa renonciation à ce que son audition soit répétée, quand bien même il avait fait part au Ministère public quatre mois plus tôt qu'il considérait que ses déclarations du 9 septembre 2013 avaient été recueillies en violation de l'art. 131 al. 2 CPP. En effet, le recourant ne pouvait déduire du silence du Ministère public à sa lettre du 23 janvier 2014, son approbation à sa proposition de ne pas faire valoir à sa charge des éléments tirés du procès-verbal vicié et ainsi confirmer ses déclarations du 9 septembre 2013 sans toutefois qu'elles soient exploitées à son encontre. En tout état de cause, par son comportement le recourant a démontré qu'il renonçait à exiger une nouvelle audition, raison pour laquelle le procès-verbal de l'audition du recourant du 9 septembre 2013 est exploitable et qu'il n'y a pas lieu de l'écarter du dossier de la cause. Le recours doit dès lors être rejeté et la décision du Ministère public du 7 juillet 2014 confirmée.

4. a) Les frais de la procédure de recours, fixés à 574 fr. (émolument: 500 francs; débours: 74 francs), seront mis à la charge du recourant qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

b) Vu l'issue du pourvoi, aucune indemnité ne sera allouée au recourant.

## la Chambre arrête:

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision rendue par le Ministère public le 7 juillet 2014 est confirmée.

II. Les frais de la procédure de recours, fixés à 574 francs (émolument: 500 francs; débours: 74 francs), sont mis à la charge de A.\_\_\_\_\_.

III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.

IV. Communication.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

*Fribourg, le 14 octobre 2014/sma*

Président

Greffière