

**CHAMBRE DES RECOURS PENALE**

---

---

Arrêt du 9 décembre 2016

---

Composition : M. MAILLARD, président  
MM. Meylan et Abrecht, juges  
Greffier : M. Addor

\*\*\*\*\*

**Art. 88, 356 al. 2, 393 al. 1 let. b CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 5 décembre 2016 par **W.\_\_\_\_\_** contre le prononcé rendu le 21 novembre 2016 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **PE14.017187-TDE**, la Chambre des recours pénale considère :

**En fait :**

**A. a)** Par ordonnance pénale du 9 septembre 2014, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a condamné **W.\_\_\_\_\_**, ressortissant de Guinée, né en 1989, pour séjour illégal, à une peine privative de liberté de 100 jours, peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 12 décembre 2013 par la même autorité. Cette

ordonnance mentionne, sous la rubrique notification, que le condamné est sans domicile connu.

**b)** Le 18 août 2016, W.\_\_\_\_\_, par son conseil, l'avocat Laurent Roulier, a formé opposition à cette ordonnance pénale en faisant valoir en substance qu'il n'en avait pas eu connaissance avant le 8 août 2016 – date à laquelle une copie lui avait été adressée par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne –, si bien que l'ordonnance pénale était réputée notifiée le 8 août 2016.

**c)** Le 1<sup>er</sup> du novembre 2016, l'avocat Laurent Roulier a été désigné en qualité de défenseur d'office de W.\_\_\_\_\_ avec effet au 18 août 2016 (CREP 1<sup>er</sup> novembre 2016/725).

**B.** Par prononcé du 21 novembre 2016, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a déclaré irrecevable l'opposition formée par W.\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance pénale rendue le 9 septembre 2014 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne (I) et a constaté que cette ordonnance pénale était exécutoire (II). Il a considéré que W.\_\_\_\_\_ étant sans domicile connu au moment où l'ordonnance pénale avait été rendue, une notification ne pouvait aboutir sans envisager des démarches disproportionnées. L'hypothèse visée par l'art. 88 al. 1 let. a CPP étant réalisée, la fiction de l'art. 88 al. 4 CPP était opérante. Ainsi, en application de ces dispositions, l'ordonnance pénale avait été valablement notifiée le 9 septembre 2014, même sans publication. L'opposition formée le 18 août 2016 était par conséquent tardive.

**C.** Le 5 décembre 2016, W.\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la Chambre des recours pénale contre ce prononcé, en concluant à son annulation, l'opposition étant déclarée recevable et le dossier de la cause étant renvoyé au Ministère public pour instruction et nouvelle décision.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

**En droit :**

**1.** Le prononcé par lequel un tribunal de première instance, statuant sur la validité de l'opposition formée par le prévenu contre une ordonnance pénale rendue par le ministère public (cf. art. 356 al. 2 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), déclare l'opposition irrecevable, par exemple pour cause de tardiveté, est susceptible de recours selon les art. 393 ss CPP (Gilliéron/Killias, in : Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 5 ad art. 356 CPP ; Riklin, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugend-strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n. 2 ad art. 356 CPP ; CREP 9 septembre 2016/605 ; CREP 30 décembre 2014/925). Ce recours s'exerce auprès de l'autorité de recours (cf. art. 20 al. 1 let. b CPP) qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; RSV 312.01] ; art. 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]). Le recours doit être adressé par écrit, dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (cf. art. 384 let. b CPP), à l'autorité de recours (art. 396 al. 1 CPP).

En l'espèce, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente par le prévenu qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

**2.** Invoquant tout d'abord une violation de son droit d'être entendu, le recourant reproche au Tribunal de police de ne pas lui avoir laissé la possibilité de s'expliquer, alors qu'il avait expressément demandé qu'un délai lui soit imparti à cet effet, et d'autre part, de pas avoir exposé pour quels motifs les arguments présentés dans son opposition avaient été écartés.

Ce grief doit être rejeté. En effet, le recourant a pu exercer valablement son droit d'être entendu en s'exprimant librement devant une autorité de recours qui, comme la Chambre des recours pénale (cf. art.

391 al. 1 CPP), dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité précédente, et qui peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (cf., dans ce sens, TF 1B\_36/2010 du 19 avril 2010 ; ATF 133 I 201 consid. 2.2; ATF 129 I 129 consid. 2.2.3 ; CREP 26 août 2016/568).

**3.** Le recourant se plaint ensuite d'une violation de l'art. 88 al. 4 CPP.

**3.1** La notification d'une ordonnance pénale fait partir le délai d'opposition de 10 jours prévu à l'art. 354 al. 1 CPP. Le tribunal de première instance statue sur la validité de l'opposition (cf. art. 356 al. 2 CPP), en particulier le respect du délai de 10 jours (TF 6B\_1117/2015 du 6 septembre 2016 consid. 1.1).

Les art. 84 ss CPP régissent les formes de notification. L'art. 88 al. 1 CPP prévoit que la notification a lieu dans la Feuille officielle désignée par le canton ou la Confédération: lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu et n'a pas pu être déterminé en dépit des recherches qui peuvent raisonnablement être exigées (let. a); lorsqu'une notification est impossible ou ne serait possible que moyennant des démarches disproportionnées (let. b); lorsqu'une partie ou son conseil n'a pas désigné un domicile de notification en Suisse, alors qu'ils ont leur domicile, leur résidence habituelle ou leur siège à l'étranger (let. c). Selon l'al. 4, les ordonnances de classement et les ordonnances pénales sont réputées notifiées même en l'absence d'une publication.

**3.2** Le Tribunal fédéral, qui ne semble pas avoir tranché à ce jour la question de la conformité de l'art. 88 al. 4 CPP avec l'art. 6 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; RS 0.101), a néanmoins relevé que la fiction prévue par cette disposition était problématique. Selon le mécanisme de l'art. 88 CPP,

elle n'est possible que si les conditions exigées par l'art. 88 al. 1 let. a, b ou c sont réalisées (cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1136 ch. 2.2.8.6; Christof Riedo, in : Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd. 2014, n° 11 ad art. 88 CPP; Daniela Brüscheiler, in : Donatsch/Hansjakob/Lieber [éd.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd. 2014, n° 8 ad art. 88 CPP). Il faut donc notamment que le lieu de séjour du prévenu n'ait pas pu être déterminé en dépit des recherches pouvant raisonnablement être exigées (cf. art. 88 al. 1 let. a CPP) ou que le prévenu sans domicile en Suisse n'ait pas désigné de domicile de notification en Suisse (cf. art. 88 al. 1 let. c CPP). Avant de pouvoir envisager l'application de l'art. 88 al. 4 CPP, le ministère public doit toutefois avoir entrepris des démarches approfondies pour localiser le prévenu (TF 6B\_1117/2015 du 6 septembre 2016 consid. 1.1 ; TF 6B\_738/2011 du 20 mars 2012 consid. 3.3; Christian Denys, Ordonnance pénale: Questions choisies et jurisprudence récente, SJ 2016 II p. 130 s.).

### **3.3**

**3.3.1** Le Code de procédure pénale contient plusieurs dispositions dont les mécanismes peuvent apparaître similaires sur certains points à la notification fictive de l'art. 88 al. 4 CPP, notamment la fiction de retrait de l'opposition en cas de défaut de l'opposant sans excuse à une audition du Ministère public postérieure au dépôt de l'opposition (art. 355 al. 2 CPP), ainsi que la fiction de notification en cas de non-retrait du prononcé dans le délai de garde (art. 85 al. 4 let. a CPP).

**3.3.2** Dans un cas concernant l'applicabilité de l'art. 355 al. 2 CPP, le Tribunal fédéral a considéré que cette disposition devait être interprétée en considération de différentes garanties procédurales (en particulier celles prévues aux art. 3 CPP, 29a et 30 Cst. et 6 par. 1 CEDH). Au vu de l'importance fondamentale du droit d'opposition au regard de ces garanties, il a admis qu'un retrait par actes concluants de l'opposition suppose que celui-ci résulte de l'ensemble du comportement de l'opposant, qui démontre qu'il se désintéresse de la suite de la procédure tout en étant conscient des droits dont il dispose. La fiction légale de

retrait découlant d'un défaut non excusé suppose que l'opposant ait conscience des conséquences de son omission et qu'il renonce à ses droits en connaissance de cause. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la fiction légale introduite par cette disposition ne s'applique en principe que si l'opposant a eu une connaissance effective de la convocation et des conséquences du défaut, l'abus de droit étant réservé (TF 6B\_47/2014 du 18 novembre 2014 et les références citées ; TF 6B\_328/2014 du 20 janvier 2015).

**3.3.3** Dans un autre arrêt, relatif à la fiction de notification en cas de non-retrait du prononcé dans le délai de garde (art. 85 al. 4 let. a CPP), le Tribunal fédéral a considéré que la personne concernée ne doit s'attendre à la remise d'un prononcé que lorsqu'il y a une procédure en cours qui impose aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, à savoir de faire en sorte, entre autres, que les décisions relatives à la procédure puissent leur être notifiées. Le devoir procédural d'avoir à s'attendre avec une certaine vraisemblance à recevoir la notification d'un acte officiel naît avec l'ouverture d'un procès et vaut pendant toute la durée de la procédure. Un simple interrogatoire par la police en qualité de témoin, voire de suspect, ne suffit en général pas à créer un rapport juridique de procédure pénale avec la personne entendue. Il ne peut donc être considéré qu'à la suite d'un tel interrogatoire, celle-ci doit prévoir que des actes judiciaires lui seront notifiés. La doctrine admet en revanche que la personne concernée doit s'attendre à la remise d'un prononcé lorsqu'elle est informée de l'ouverture d'une instruction par le Ministère public selon l'art. 309 CPP (TF 6B\_158/2012 du 27 juillet 2012 consid. 2.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral considère qu'il en va de même lorsque la personne concernée est informée par la police qu'une procédure préliminaire est ouverte à son encontre (TF 6B\_158/2012 du 27 juillet 2012 consid. 2.2).

**3.3.4** Ce qui est déterminant, à la lumière des arrêts précités et de la jurisprudence de la Chambre de céans (CREP 7 avril 2016/224 consid. 2.3.4; CREP 8 septembre 2015/601 consid. 2.3.4), c'est que la personne concernée ne doit s'attendre à la remise d'un prononcé que lorsqu'il y a

une procédure en cours qui impose aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, à savoir de faire en sorte, entre autres, que les décisions relatives à la procédure puissent leur être notifiées. En outre, au vu de l'importance fondamentale du droit d'opposition au regard des garanties procédurales, un retrait par actes concluants suppose que celui-ci résulte de l'ensemble du comportement de l'opposant, qui démontre qu'il se désintéresse de la suite de la procédure tout en étant conscient des droits dont il dispose, qu'il est conscient des conséquences de son omission et qu'il renonce à ses droits en connaissance de cause.

Cela étant, en imposant des formalités de notification de l'ordonnance pénale particulièrement strictes pour préserver le droit d'opposition qui concrétise le droit d'être entendu et la garantie d'accès à un tribunal, l'application de l'art. 88 al. 4 CPP peut néanmoins être envisagée en lien avec l'art. 88 al. 1 let. a à c CPP, sans qu'elle se révèle contraire à l'art. 6 CEDH. Tel est le cas si la personne concernée est rendue attentive aux droits dont elle dispose - en particulier celui de recevoir l'ordonnance si elle communique une adresse de notification en Suisse - et qu'elle se désintéresse de la procédure. En cela, cette hypothèse se rapproche étroitement de celle visée par l'art. 85 al. 4 let. a CPP : dans les deux cas, un justiciable se rend fautivement inatteignable pour une notification, soit en n'allant pas retirer le pli contenant le prononcé, soit en omettant d'indiquer une adresse de notification. Il convient cependant de s'assurer que l'intéressé a été correctement avisé de ses droits et des conséquences d'une éventuelle inaction. Ainsi, l'art. 88 al. 4 CPP ne doit pas être considéré, de manière absolue, comme contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH, mais il convient d'effectuer une appréciation concrète de chaque situation pour déterminer si les garanties procédurales fondamentales ont été respectées (CREP 7 avril 2016/224 consid. 2.3.4 ; CREP 8 septembre 2015/601 consid. 2.3.4).

**3.4** En l'espèce, le recourant, qui avait déjà été interpellé à plusieurs reprises entre 2011 et 2013 pour infraction à la LEtr (Loi fédérale sur les étrangers ; RS 142.20), séjournait illégalement en Suisse au

moment de son interpellation. Au début de son audition de police du 26 juillet 2014 (P. 4), l'intéressé a expressément été avisé de son obligation de désigner une personne en Suisse pour recevoir toutes correspondances ou décisions en lien avec la procédure pénale en cours, conformément à l'art. 87 al. 2 CPP. L'intéressé, qui parle et comprend le français, a déclaré avoir compris le document l'informant de ses droits et obligations relatif au statut de prévenu, qui lui a été lu mais qu'il a refusé de signer en écrivant « refuse » en lieu et place de sa signature (P. 4, p. 2 et l'annexe). Ce document l'informait également que, s'il ne le faisait pas, les ordonnances de classement et les ordonnances pénales étaient réputées notifiées même en l'absence d'une publication, conformément à l'art. 88 al. 4 CPP. Enfin, il ressort du procès-verbal de son audition que le recourant a pris note qu'il était entendu en qualité de prévenu au sens des art. 142 ss et 157 ss CPP dans le cadre d'une procédure préliminaire instruite à son encontre pour violation de la LEtr.

Le recourant, qui avait été informé par la police qu'une procédure pénale était instruite contre lui pour infraction à la LEtr et avait pris connaissance de ses droits et obligations, devait s'attendre à ce que des actes de procédure, y compris une ordonnance pénale, lui soient adressés. Le rappel de ses obligations lui imposait de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, ce qu'il n'a pas fait. Il faut dès lors admettre que le recourant s'est désintéressé de la procédure en toute connaissance de cause. Pour le surplus, le recourant ne prétend pas que le Ministère public n'aurait pas accompli toutes les démarches utiles en vue de déterminer son lieu de séjour. A ce sujet, il a expliqué lors de son audition du 26 juillet 2014 que sa demande d'asile en Suisse, déposée en 2010, avait été rejetée la même année, qu'il voudrait bien quitter la Suisse, mais qu'il ne savait pas où aller et qu'il vivait dans la rue, dormant à l'occasion dans des lieux destinés à l'hébergement des sans-abris à Lausanne (P. 4). Le recourant n'a fourni aucune indication, postérieurement à son audition du 26 juillet 2014, sur un quelconque lieu de séjour où il pourrait recevoir des communications de l'autorité. N'ayant pas le moindre indice pour orienter ses recherches, on ne voit pas quelles démarches concrètes le Ministère public aurait pu entreprendre pour

tenter de déterminer le lieu de séjour du recourant. Celui-ci n'en indique d'ailleurs aucune. Toutes les investigations du Ministère public pour tenter de le localiser étaient ainsi vouées à l'échec. Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, l'application de l'art. 88 al. 4 CPP ne viole pas les garanties constitutionnelles et conventionnelles.

**4.** Il résulte de ce qui précède que l'ordonnance pénale du 9 septembre 2014 étant réputée avoir été notifiée le jour de son prononcé, l'opposition formée par le recourant le 18 août 2016 est manifestement tardive. C'est donc à juste titre que le Tribunal de police l'a déclarée irrecevable.

**5.** En définitive, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté, sans autre échange d'écritures (art. 390 al. 2 CPP), et le prononcé du 21 novembre 2016 confirmé.

L'indemnité due au défenseur d'office sera fixée à 240 fr., plus la TVA, par 19 fr. 20, soit 259 fr. 20 au total, ce qui représente quatre heures pour les trois recours de même teneur déposés dans chacun des dossiers pratiquement identiques de cette affaire.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt (art. 422 al. 1 CPP), par 990 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), et des frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés à 259 fr. 20 au total, seront mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant ne sera toutefois exigible que pour autant que la situation économique de ce dernier se soit améliorée (art. 135 al. 4 CPP).

Par ces motifs,  
la Chambre des recours pénale  
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le prononcé du 21 novembre 2016 est confirmé.
- III.** L'indemnité due au défenseur d'office de W.\_\_\_\_\_ est fixée à 259 fr. 20 (deux cent cinquante-neuf francs et vingt centimes).
- IV.** Les frais d'arrêt par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de W.\_\_\_\_\_, par 259 fr. 20 (deux cent cinquante-neuf francs et vingt centimes), sont mis à la charge de ce dernier.
- V.** Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus sera exigible pour autant que la situation économique de W.\_\_\_\_\_ se soit améliorée.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Laurent Roulier, avocat (pour W.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Service pénitentiaire,
- Prison de la Croisée,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent arrêt peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités fédérales; RS 173.71]. Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

Le greffier :