

**CHAMBRE DES RECOURS PENALE**

---

---

Arrêt du 7 septembre 2020

---

Composition : M. P E R R O T, président  
M. Meylan et Mme Byrde, juges  
Greffier : M. Ritter

\*\*\*\*\*

**Art. 130 let. b CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 27 juillet 2020 par **H.\_\_\_\_\_** contre l'ordonnance de refus de retranchement d'un moyen de preuve rendue le 15 juillet 2020 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE19.005871-MYO**, la Chambre des recours pénale considère :

**En fait :**

**A. a)** Le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Ministère public) diligente une instruction pénale contre **H.\_\_\_\_\_**, ressortissante tunisienne (permis C), née en 1963, pour vol et escroquerie (non qualifiée). Il est fait grief à la prévenue d'avoir, d'octobre

2017 à février 2018, au domicile pulliéran de feu [...], décédé le 20 novembre 2019, volé divers objets appartenant au défunt, ainsi que de l'avoir, en abusant de sa faiblesse et de sa détresse, astucieusement mené à lui remettre des sommes d'argent considérables. De surcroît, la prévenue aurait agi sous le couvert d'une fausse identité. La victime était placée en EMS sans discontinuer depuis le 15 novembre 2017.

Selon le rapport de la Police de sûreté du 10 mars 2019, la prévenue se serait introduite sans droit dans l'appartement de sa victime pour y perpétrer les divers vols qui lui sont reprochés. Le rapport porte la mention « vol et violation de domicile » (P. 4).

**b)** La prévenue a été entendue en cette qualité par la police le 29 août 2019 sans qu'elle soit assistée d'un défenseur (PV aud. 3).

**c)** Par ordonnance du 28 février 2020, le Ministère public a désigné Me Benjamin Smadja en qualité de défenseur d'office de la prévenue. La Procureure a considéré que la prévenue ne disposait pas des moyens nécessaires à sa défense et qu'elle s'exposait à une peine qui n'était pas de peu de gravité au sens légal, s'agissant d'une escroquerie qui porterait sur « des sommes d'argent considérables ».

**d)** Le 9 juin 2020, la prévenue, par son défenseur d'office, a requis le retranchement du procès-verbal de son audition du 29 août 2019 (P. 18).

**B.** Par ordonnance du 15 juillet 2020, le Ministère public a rejeté la requête de la prévenue tendant au retranchement du dossier du procès-verbal de son audition du 29 août 2019 (I) et a dit que les frais suivaient le sort de la cause (II).

La Procureure a considéré qu'au moment de son audition, la prévenue ne se trouvait pas dans un cas de défense obligatoire qui aurait été reconnaissable, aucune de ses déclarations à la police ne l'ayant placée à un moment ou à un autre dans un cas de défense obligatoire.

**C.** Le 27 juillet 2020, H.\_\_\_\_\_, par son défenseur d'office, a recouru contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme, en ce sens que son procès-verbal d'audition du 29 août 2019 soit retranché du dossier de l'instruction. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation de l'ordonnance, la cause étant renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants à intervenir. Elle a produit une liste d'opérations de son défenseur.

Dans le délai imparti, le Ministère public a, par lettre du 28 août 2020, déclaré renoncer à se déterminer sur le recours.

### **En droit :**

**1.** Une ordonnance du Ministère public refusant de retrancher des pièces du dossier est susceptible de recours selon les art. 393 ss CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0) (CREP 29 mars 2018/236 et les références citées). Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) par une partie ayant qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) contre un prononcé ou un acte de procédure visé par l'art. 393 al. 1 CPP, le recours est recevable.

### **2.**

**2.2.1** La recourante se plaint d'une violation des articles 130 et 131 CPP. Elle soutient, en substance, qu'au moment de son audition du 29 août 2019, elle se trouvait déjà dans un cas de défense obligatoire reconnaissable.

**2.2.2** Aux termes de l'art. 130 CPP, le prévenu doit avoir un défenseur dans les cas où la détention provisoire, y compris la durée de l'arrestation provisoire, a excédé dix jours (a), ou s'il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation

de liberté ou une expulsion (b, dans sa teneur modifiée par la Loi fédérale du 20 mars 2015 [Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels], en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016), ou si, en raison de son état physique ou psychique ou pour d'autres motifs, il ne peut pas suffisamment défendre ses intérêts dans la procédure et ses représentants légaux ne sont pas en mesure de le faire (c), ou si le ministère public intervient personnellement devant le tribunal de première instance ou la juridiction d'appel (d), ou, enfin, si une procédure simplifiée (art. 358 à 362 CPP) est mise en œuvre (e).

Sous l'angle de l'art. 130 let. b CPP, l'expulsion est toujours « encourue » lorsque le prévenu étranger est poursuivi pour des infractions entraînant l'expulsion obligatoire. Le catalogue d'infractions dressé par l'art. 66a al. 1 CP est dès lors également celui des infractions qui donnent lieu à une défense obligatoire lorsque le prévenu est étranger (Harari/Jakob/Santamaria, *in* : Jeanneret/ Kuhn/Perrier Depeursinge [éd.], Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019, n. 24 ad art. 130 CPP).

L'art. 131 al. 1 CPP prévoit qu'en cas de défense obligatoire, la direction de la procédure pourvoit à ce que le prévenu soit assisté aussitôt d'un défenseur. 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 (art. 131 al. 2 CPP). 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 (art. 131 al. 3 CPP). Sinon, l'audition sera inexploitable (TF 6B\_883/2013 du 17 février 2014 consid. 2.1.2 et 2.3, SJ 2014 I p. 348).

Il existe une ambiguïté sur le point de savoir si, par l'expression « première audition » (*erste Einvernahme; primo interrogatorio*) de l'art. 131 al. 2 CPP, le législateur entendait la première audition effective (soit par la police, soit par le ministère public) ou celle

conduite par le ministère public, comme cela apparaît dans le texte légal adopté. Selon la jurisprudence de la Chambre des recours pénales (CREP 15 avril 2016/247 consid. 2.1), il y a lieu de considérer que le législateur a souhaité garantir la défense obligatoire dès la première audition, au sens temporel du mot, c'est-à-dire même si celle-ci est menée par la police, mais avant l'ouverture de l'instruction par le ministère public (JdT 2012 III 141; CREP 10 septembre 2014/662; CREP 10 novembre 2011/492 et les références citées). Cette conclusion est en accord avec la systématique de la loi qui exige qu'une défense obligatoire soit garantie déjà avant l'ouverture de l'instruction s'il s'agit d'un cas reconnaissable dès le début de la procédure préliminaire; or la procédure préliminaire commence, selon l'art. 299 al. 1 CPP, au stade de l'investigation par la police. Si, à ce stade, il est clair qu'un cas de défense obligatoire est réalisé, celle-ci doit être assurée avant l'ouverture de l'instruction (JdT 2012 III 141 et les références citées; CREP 22 février 2016/124).

Il convient de distinguer deux cas de figure: soit la nécessité d'un défenseur était reconnaissable au moment de l'administration de la preuve et, dans ce cas, l'exploitation de la preuve sans le défenseur n'est en principe pas exploitable et doit être répétée; soit il était impossible au début de la procédure préliminaire de déterminer si un défenseur d'office était nécessaire et par conséquent constituait un cas de défense obligatoire, les preuves administrées en l'absence du défenseur restant valables (Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire du CPP, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, n. 11 ad art. 131 CPP). En d'autres termes, est seule pertinente dans une telle situation la question de savoir si le cas de défense obligatoire était déjà reconnaissable (CREP 23 avril 2020/298; CREP 29 mars 2018/236).

**2.2.3** Selon l'art. 141 al. 5 CPP, les pièces relatives aux moyens de preuve non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites.

**2.2.4** L'escroquerie (non qualifiée) est réprimée d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 146

al. 1 CP [Code pénal; RS 311.0]). Selon l'art. 66a al. 1 let. f in initio CP, le juge expulse de Suisse, pour une durée de cinq à quinze ans, l'étranger qui est condamné pour escroquerie (art. 146 al. 1 CP), escroquerie en matière de prestations et de contributions (art. 14 al. 1, 2 et 4 DPA [Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, RS 313.0]), fraude fiscale, détournement de l'impôt à la source ou autre infraction en matière de contributions de droit public passible d'une peine privative de liberté maximale d'un an ou plus.

Par arrêt du 15 octobre 2019 (TF 6G\_3/2019) emportant rectification (*Berichtigung*) d'un arrêt du 12 septembre 2019 (TF 6B\_793/2019, non publié), le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit (traduction) :

« Le fait qu'il résulterait du texte légal que l'art. 66a al. 1 let. f CP comprendrait déjà l'escroquerie (simple) au sens de l'art. 146 al. 1 CP n'est pas exact. L'art. 66a al. 1 let. f CP ne concerne que l'escroquerie aux contributions de droit public (cf. le Message du 26 juin 2013 concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire [mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels], ad let. d; BBl [*Bundesblatt*, réd.] 2013 5975 p. 6023 s.; FF 5373 p. 5419 s.; FF [*Foglio federale*, réd.] 2013 5163 p. 5209 s.; quant à la genèse du catalogue d'infractions dans sa teneur actuelle, ATF 144 IV 332 consid. 3.1.1 s. p. 337 s.; ATF 145 IV 55 consid. 3.4 p. 60). »

(« *Dass der Gesetzeswortlaut von Art. 66a Abs. 1 lit. f StGB bereits den (einfachen) Betrug im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB erfasst, trifft nicht zu. Art. 66a Abs. 1 lit. f StGB betrifft einzig den Betrug im Bereich der öffentlich-rechtlichen Abgaben (vgl. die Botschaft vom 26. Juni 2013 betreffend die Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer, ad lit. d: BBl 2013 5975 S. 6023 f.; FF 2013 5373 p. 5419 f.; FF 2013 5163 p. 5209 f.; zur Entstehungsgeschichte des Deliktskatalogs in der aktuellen Fassung BGE 144 IV 332 E. 3.1.1 f. S. 337 f.; 145 IV 55 E. 3.4 S. 60* »).

### **3.**

**3.1** La recourante tente d'abord de tirer argument de la mention figurant dans le rapport de police du 19 mars 2019, selon laquelle il s'agirait d'un cas de « vol et violation de domicile ». Elle en déduit que le concours de ces deux infractions constitue un cas d'expulsion obligatoire selon l'art. 66a al. 1 let. d CP et, partant, un cas de défense obligatoire

conformément à l'art. 130 let. b CPP, qui était reconnaissable en août 2019 déjà (recours, p. 4, 2<sup>e</sup> par.).

Ce faisant, la prévenue oublie que le rapport de police est antérieur de plus de cinq mois à l'audition querellée et que celle-ci n'a pas porté sur des faits de violation de domicile. La recourante n'est d'ailleurs, en l'état tout comme c'était le cas à la date du 29 août 2019, prévenue que de vol et d'escroquerie (non qualifiée), ce qui exclut l'expulsion au sens de l'art. 66a al. 1 let. d CP. Au demeurant, les vols incriminés portaient, entre autres objets, sur des tableaux et icônes d'une valeur de quelques milliers de francs par pièce selon les estimations de divers commerçants et experts en œuvres d'art (P. 5/2 et 5/3), en plus d'une œuvre d'Edouard Jeanmaire (1847-1916) acquise le 26 février 2018 par un tiers auprès d'un antiquaire pour le prix de 3'500 fr. (cf. PV aud. 4). Prima facie, ces éléments n'apparaissent pas de nature à alourdir la quotité de la peine susceptible d'être prononcée pour réprimer les vols.

**3.2** La recourante soutient ensuite que, selon la fille du défunt, l'escroquerie incriminée porterait sur environ 500'000 francs. En outre, une perquisition a été ordonnée chez la prévenue, ce qui témoignerait de l'importance de l'affaire pour le Ministère public. Qui plus est, l'ordonnance du 28 février 2020 désignant Me Smadja en qualité de défenseur d'office mentionne un préjudice portant sur « des sommes d'argent considérables ». La recourante en déduit qu'elle s'expose à une peine privative de liberté excédant la quotité minimale prévue par l'art. 130 let. b CPP, de sorte qu'il était, selon elle, « incompréhensible qu'[elle] ait été entendue sans avocat ».

Il s'agit ainsi de déterminer s'il était, le 29 août 2019 déjà, reconnaissable, en l'état de la procédure à ce moment, que la prévenue s'exposait à une peine privative de liberté de plus d'un an, soit à une peine d'une quotité supérieure au seuil prévu par l'art. 130 let. b CPP. C'est en principe à juste titre que la recourante considère que le préjudice pénal constitue, en matière d'escroquerie, un élément d'appréciation dans la fixation de la peine (recours, p. 4, dernier par.).

Entendue le 5 décembre 2018 en qualité de personne appelée à donner des renseignements, [...], fille du défunt, a certes fait état d'un préjudice de 500'000 francs. Elle a toutefois indiqué qu'elle n'était pas certaine que ces versements étaient destinés uniquement à la prévenue, même si elle pensait que feu son père lui avait « donné beaucoup » (PV aud. 1, R. 9, 1<sup>er</sup> par., p. 3). De plus, le rapport de police mentionne que « les enfants du lésé (...) estiment que leur papa a notamment fait ces dons d'argent de bon cœur » (P. 4, P. 8). Enfin, entendu le 12 février 2019 en qualité de personne appelée à donner des renseignements, [...], curateur du défunt depuis décembre 2016, a indiqué notamment que ce dernier « faisait tout le temps des retraits en cash » (PV aud. 2, R. 9). Le curateur n'a toutefois pas pu préciser à qui feu [...] donnait cet argent (ibid.). [...] a produit divers relevés des comptes bancaires du défunt (annexes au PV aud. 2).

Ainsi, lors de l'audition litigieuse, ce n'était que pour un montant de 65'000 fr. à 100'000 fr. que la prévenue avait été entendue (PV aud. 3, Q. 17, p. 12, et Q. 24, p. 15), tant il est vrai que les pièces produites par le curateur avaient, dans l'intervalle, permis de circonscrire plus étroitement l'éventuel préjudice pénal. Pour l'heure, il n'existe aucun élément en sens contraire. En l'état de la procédure, un dommage total de l'ordre du montant de 500'000 fr. initialement articulé apparaît ainsi peu vraisemblable.

**3.3** Il résulte de ce qui précède que l'appréciation implicite de la Procureure selon laquelle la peine privative de liberté susceptible d'être prononcée ne pouvait pas dépasser une année au moment de l'audition querellée doit être confirmée.

Pour le reste, la recourante ne soutient pas être passible d'une expulsion obligatoire en relation avec les seuls actes incriminés au titre de l'escroquerie. A cet égard, la Cour relève d'office que l'escroquerie (simple) au sens de l'art. 146 al. 1 CP perpétrée au préjudice d'un particulier ne constitue pas un motif d'expulsion selon l'art. 66a al. 1 let. f

CP. A contrario, il en va autrement de l'escroquerie aux contributions de droit public visées par cette norme (TF 6G\_3/2019 du 15 octobre 2019, précité), ainsi, du reste, que de l'escroquerie en matière sociale selon l'art. 66a al. 1 let. e CP. Seule l'expulsion non obligatoire au sens de l'art. 66a<sup>bis</sup> CP entre dès lors en ligne de compte en cas d'escroquerie perpétrée au préjudice d'un particulier, ce qui a pour effet d'exclure la défense obligatoire selon l'art. 130 let. b CPP en relation avec l'expulsion.

Les conditions d'une défense obligatoire selon l'art. 130 let. b CPP n'étaient donc pas remplies, ni, partant, reconnaissables, le 29 août 2019.

**4.** Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et l'ordonnance du 15 juillet 2020 confirmée.

Les frais de la procédure de recours, par 990 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; BLV 312.03.1]), ainsi que les frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés sur la base d'une durée d'activité d'avocat de trois heures et dix minutes, conformément à la liste d'opérations produite, au tarif horaire de 180 fr., par 626 fr. 15, montant arrondi au franc inférieur, qui comprennent des honoraires par 570 fr., des débours forfaitaires par 11 fr. 40 (cf. art. 26b TFIP qui renvoie à l'art. 3<sup>bis</sup> RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; BLV 211.02.3], en vigueur dès le 1<sup>er</sup> mai 2019) et la TVA sur le tout, au taux de 7,7%, par 44 fr. 75, seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office de la recourante ne sera exigible que pour autant que la situation financière de cette dernière le permette (art. 135 al. 4 CPP).

Par ces motifs,  
la Chambre des recours pénale  
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'ordonnance du 15 juillet 2020 est confirmée.
- III.** L'indemnité allouée au défenseur d'office de H.\_\_\_\_\_ est fixée à 626 fr. (six cent vingt-six francs).
- IV.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de H.\_\_\_\_\_, par 626 fr. (six cent vingt-six francs), sont mis à la charge de cette dernière.
- V.** Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus ne sera exigible que pour autant que la situation financière de H.\_\_\_\_\_ le permette.
- 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 Benjamin Smadja, avocat (pour H.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Procureure du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois,

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 pénales; 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 :