

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 19 décembre 2018

Composition : M. MEYLAN, président
M. Krieger et Mme Byrde, juges
Greffière : Mme Choukroun

Art. 179ter CP

Statuant sur le recours interjeté le 12 octobre 2018 par H._____ contre l'ordonnance de classement rendue le 27 septembre 2018 par le Procureur de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **PE17.004511-ERY**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) T._____ a été contacté fin 2016 par H._____ qui lui avait indiqué qu'il souhaitait lui faire investir de l'argent dans un système de duplication de billets de banque. Comme T._____ avait déjà été dupé en 2015 et avait perdu 27'000 fr. par le même procédé, il a tout de suite compris qu'il faisait l'objet d'une nouvelle tentative d'escroquerie de type "wash wash".

Il a accepté de rencontrer H. _____ le 26 décembre 2016 à la pizzeria [...] à [...] et a effectué deux enregistrements de la conversation, à l'insu de celui-ci. Les deux hommes ont convenu de se rencontrer une seconde fois, T. _____ devant venir avec un billet de 100 fr. afin de constater l'efficacité de la méthode vantée par son interlocuteur.

Après cette première rencontre, T. _____ a décidé de poursuivre notamment dans le but d'aider à l'identification des auteurs de l'escroquerie. Il a dès lors donné suite au message envoyé par H. _____ le 17 janvier 2017 et s'est rendu, le matin du 18 janvier 2017, à l'hôtel [...] à [...]. H. _____ l'a conduit dans une chambre de l'hôtel où se trouvait un autre homme dont l'identité n'a pas encore été établie. Là, les deux comparses ont manipulé le billet de 100 fr. apporté par T. _____ pour en obtenir un second, qu'ils ont confié à T. _____ afin qu'il puisse en vérifier l'authenticité. Il était prévu que les hommes se rencontrent une nouvelle fois, T. _____ devant apporter une somme d'argent plus importante.

b) Le 22 janvier 2017, T. _____ a déposé une plainte pour les faits décrits ci-dessus (PV aud. 1). Il a notamment indiqué ne pas avoir encore eu de nouveau rendez-vous avec H. _____ et son complice, ajoutant qu'il avait envie "de provoquer la prochaine rencontre mais avec la collaboration de la police". Il a laissé à l'inspecteur [...] qui avait enregistré sa plainte les deux billets de 100 fr. ainsi que le bout de papier blanc récupérés le 18 janvier 2017 et a ajouté qu'il gardait "sur son téléphone portable les sms et les appels de ces gens" (PV aud. 1, p. 3).

Entendu par la police le 2 février 2016 (recte : 2017), T. _____ a identifié H. _____ comme la personne qu'il avait rencontrée à la pizzeria [...] le 26 décembre 2016 et à l'hôtel [...] le 18 janvier 2017 (PV aud. 3).

c) Dans son rapport d'investigation du 4 mars 2017, l'inspecteur [...] a indiqué que dans le cadre d'une affaire séparée (PE [...]), les enquêteurs avaient effectué une perquisition au domicile de

H._____ et qu'à cette occasion, un important lot de matériel en relation avec les escroqueries de type "wash wash" avait été découvert (P. 4, p. 4).

d) Lors d'une audition de confrontation tenue le 13 avril 2018 devant le Procureur de l'arrondissement de Lausanne, T._____ a confirmé les déclarations faites les 22 janvier et 2 février 2017. Il a indiqué avoir "donné des enregistrements de certaines conversations [avec H._____] à la police" (PV aud. 11, l. 65-66). Il a également confirmé ne pas avoir agi sur demande de la police, précisant qu'il avait fait écouter ces enregistrements à l'inspecteur [...] lors de sa première audition du 22 janvier 2017 et que ce dernier lui aurait dit de ne pas les faire écouter à quelqu'un d'autre (PV aud. 11, l. 80-87). Enfin, il a expliqué que c'était "un peu compliqué s'agissant des dates avec la police", qu'il s'était d'abord rendu "à Prilly vers la fin de l'année 2016 pour déposer plainte" mais que les policiers n'avaient "pas voulu prendre [sa] plainte et ont contacté un de leur collègue", l'inspecteur [...] à qui il avait expliqué la situation. T._____ a confirmé que ce premier contact avec l'inspecteur [...] avait eu lieu avant sa première rencontre avec H._____ le 26 décembre 2016 (PV aud. 11, l. 93-94). Il avait alors repoussé à chaque fois les propositions de rendez-vous faites par H._____ et était parti en vacances. Bien qu'à son retour de vacances, l'inspecteur [...] lui aurait dit "de laisser tomber", il était tout de même allé au rendez-vous fixé par H._____ le 26 décembre 2016 à la pizzeria [...] à [...], puis à l'hôtel [...] le 18 janvier 2017. Il avait ensuite déposé sa plainte le 22 janvier 2017, et fait écouter les enregistrements réalisés le 26 décembre 2016. L'inspecteur [...] lui avait alors fait comprendre "qu'il n'était plus question de laisser tomber et il avait enregistré la plainte de T._____ (PV aud. 11, l. 88-98, l. 156-158).

B. a) Le 14 mai 2018, H._____ a déposé une plainte pénale contre T._____ pour enregistrement non autorisé de conversation au sens _____ de l'art. 179ter CP.

Il reproche en substance à T._____ d'avoir enregistré, sans l'accord de H._____, des conversations ayant eu lieu le 26 décembre 2016 à la Pizzeria [...] à [...].

b) Les 29 mai et 12 juin 2018 (P. 46 et 47), le Procureur a donné mandat à la police de procéder à l'extraction du téléphone portable de T._____, notamment son journal d'appels entre les mois de décembre 2016 et mai 2017, le but étant d'établir les dates auxquelles il avait eu des contacts téléphoniques avec la police de Prilly ou l'inspecteur [...], ainsi que de récupérer les deux enregistrements qu'il avait effectués à la fin de l'année 2016. Le magistrat a expressément recommandé que le mandat d'investigation ne soit pas exécuté par l'inspecteur [...] compte tenu d'un risque de conflit d'intérêts.

Le 19 juillet 2018, T._____ a expliqué aux policiers venus saisir son téléphone portable qu'il avait un nouvel appareil depuis le début de l'année 2018 et qu'il avait jeté l'autre. Il a ajouté avoir fait une sauvegarde des enregistrements en cause sur son ordinateur professionnel, mais les policiers ont pu constater que ces enregistrements, dont la trace était confirmée, avaient été effacés par la secrétaire de T._____ (P. 49).

À ce jour, les enregistrements incriminés ne figurent pas au dossier et aucune mesure d'instruction ne semble en cours aux fins de les récupérer.

c) Par ordonnance du 27 septembre 2018, le Procureur a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre T._____, pour enregistrement non autorisé de conversations (I), dit qu'il n'y avait pas lieu d'octroyer T._____ une indemnité au sens de l'art. 429 CPP (II) et laissé les frais de la procédure à la charge de l'Etat (III).

Il a motivé sa décision par le fait qu'ayant déjà été victime d'une escroquerie de type "wash wash", T._____ avait enregistré des conversations afin d'appuyer la plainte qu'il entendait déposer contre

H._____. Faisant référence à la jurisprudence fédérale (SJ 1986 p. 636, BJP 1987 n° 184), le Procureur a retenu que T._____ avait agi dans un état de nécessité au sens de l'art. 17 CP et qu'il convenait ainsi de classer la procédure.

C. Par acte du 12 octobre 2018, H._____ a interjeté recours contre cette ordonnance de classement. Il a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à son annulation et au renvoi de la cause au Ministère public pour mise en accusation de T._____ pour enregistrement non autorisé de conversations au sens de l'art. 179ter CP. Subsidiairement, il a conclu à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

En droit :

1. Les parties peuvent attaquer une ordonnance de classement rendue par le Ministère public en application des art. 319 ss CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0). 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, à l'autorité de recours (art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP).

En l'espèce, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, par une partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), et satisfaisant aux conditions de forme prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours formé par H._____ est recevable.

2. Selon l'art. 319 al. 1 CPP, le Ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon

justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu (let. c), lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d) ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales (let. e). L'art. 319 al. 2 CPP prévoit encore deux autres motifs de classement exceptionnels (intérêt de la victime ou consentement de celle-ci au classement).

De manière générale, les motifs de classement sont ceux « qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement » (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 pp.1057 ss, spéc. 1255). Un classement s'impose donc lorsqu'une condamnation paraît exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude. La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas, car une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1 ; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 consid. 3.1.1). Le principe *in dubio pro duriore* exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement. En effet, en cas de doute, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1 ; ATF 138 IV 186 consid. 4.1 ; ATF 137 IV 219 consid. 7 ; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 consid. 3.1.1).

Enfin, le constat selon lequel aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (art. 319 al. 1 let. a CPP) suppose que le Ministère public ait préalablement procédé à toutes les mesures d'instruction pertinentes susceptibles d'établir l'existence de soupçons

suffisants justifiant une mise en accusation (CREP 10 mai 2016/305 et les références citées).

3. Le recourant critique tout d'abord le fait que les enregistrements de sa conversation à la pizzeria [...] ne figurent pas au dossier et met en doute leur existence. Il conteste en outre qu'il y aurait eu un enregistrement des conversations tenues à l'hôtel [...] comme l'avait retenu à tort le Ministère public, procédant ainsi à une "distorsion inadmissible des faits".

A suivre cette position, cela revient alors à retenir que l'infraction d'enregistrement non autorisé de conversations n'est - de facto - pas réalisée, l'élément constitutif de l'enregistrement non autorisé supposant précisément un enregistrement (Corboz, Les infractions en droit suisse, 3^e éd., Vol I, p. 652, n. 3).

4. Le recourant reproche ensuite au Ministère public d'avoir prononcé l'ordonnance litigieuse sans attendre que l'enquête menée contre lui pour tentative d'escroquerie soit clôturée, préjugant ainsi de l'issue de la procédure.

Ce grief n'est cependant pas pertinent, la présente procédure étant distincte de celle qui incrimine le recourant, de sorte que le Ministère public était fondé à statuer sur la plainte du recourant sans attendre l'issue de l'enquête dont il fait lui-même l'objet.

5. Le recourant soutient enfin que le Ministère public a apprécié les faits de manière erronée pour retenir que l'intimé avait agi en état de nécessité au sens de l'art. 17 CP lorsqu'il avait enregistré à son insu la conversation qu'ils avaient eue lors de leur première rencontre à la pizzeria [...] à [...] le 26 décembre 2016. Il affirme que l'infraction d'enregistrement non autorisé de conversations, au sens de l'art. 179ter CP, serait réalisée et que l'intimé devrait être condamné à ce titre.

5.1

5.1.1 Selon l'art. 179ter CP, se rend coupable d'enregistrement non autorisé de conversations celui qui, sans le consentement des autres interlocuteurs, aura enregistré sur un porteur de son une conversation non publique à laquelle il prenait part (al. 1), celui qui aura conservé un enregistrement qu'il savait ou devait présumer avoir été réalisé au moyen d'une infraction visée à l'al. 1, ou en aura tiré profit, ou l'aura rendu accessible à un tiers (al. 2).

Le comportement réprimé par l'art. 179ter CP constitue une atteinte à la personnalité et au secret des communications. Le droit suisse autorise de telles atteintes seulement lorsque les mesures d'écoutes téléphoniques sont ordonnées par l'autorité compétente et approuvées par un juge (SJ 1986 p. 636).

Certes, la jurisprudence admet la possibilité pour l'autorité, en cas de nécessité, d'utiliser un enregistrement opéré par un tiers et propre à identifier un criminel ou innocenter une personne accusée à tort, cela en présence d'infractions graves telles que les crimes contre la vie humaine et l'intégrité corporelle, les atteintes graves à l'ordre constitutionnel et aux libertés démocratiques et à des biens juridiques de même importance (SJ 1986 p. 636 consid. 2b p. 637 ; SJ 1984 p. 153 ss).

Cette jurisprudence n'examine pas seulement l'admissibilité de preuves illicites, mais envisage aussi l'hypothèse de la punissabilité de l'acte incriminé selon l'art. 179ter CP, lequel ne revêtirait aucun caractère illicite s'il constituait un acte de légitime défense (cf. art. 15 CP) (SJ 1986 p. 636, consid. 3b p. 638).

5.1.2 L'art. 17 CP, qui définit l'état de nécessité, dispose que quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à éviter autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants. S'agissant de l'infraction

d'enregistrement non autorisé de conversations, il peut y avoir une sorte d'état de nécessité dans le domaine de la preuve lorsqu'une personne commet une infraction par téléphone et que la production de l'enregistrement permet d'éviter que le prévenu ne conteste ultérieurement les propos dont on l'accuse (Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 20 ad art. 179bis CP et n. 8 ad art. 179ter CP).

Selon l'art. 14 CP, quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du CP ou d'une autre loi. La jurisprudence et la doctrine admettent l'existence de faits justificatifs extralégaux, en particulier celui de la sauvegarde d'intérêts légitimes. Celle-ci concerne des situations proches de l'état de nécessité et repose sur des conditions relativement analogues (cf. ATF 129 IV 6 consid. 3.3; Dupuis et al., op. cit., n. 36 ad art. 14 CP). Ce fait justificatif s'interprète restrictivement et s'envisage comme une *ultima ratio* (Dupuis et al., op. cit., n. 36 ad art. 14 CP et les références citées). Il présuppose en principe que les moyens de droit aient été utilisés et les voies de droit épuisées préalablement (*ibidem*). Un acte en soi typique et ordinairement illicite peut être justifié par la sauvegarde d'intérêts légitimes si le comportement considéré représente un moyen strictement nécessaire et proportionné par rapport au but poursuivi. L'acte considéré doit constituer la seule issue possible et les intérêts lésés ou mis en danger doivent manifestement revêtir une importance moindre face aux intérêts que l'auteur entend sauvegarder (ATF 134 IV 216 consid. 6.1; Dupuis et al., op. cit., n. 36 ad art. 14 CP et les références citées; pour un cas d'application : CCASS 8 août 2001/352 ou CAPE 21 avril 2015/92). En outre, l'acte rendu nécessaire par la situation à laquelle l'auteur était confronté est licite si le bien protégé est de valeur supérieure au bien lésé (Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, Lausanne 2007, nn. 1.2 et 1.3 ad art. 17 CP; CREP 9 octobre 2015/662).

5.1.3 L'art. 141 al. 2 CPP dispose que les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par

les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves.

Cette disposition suppose une pesée des intérêts entre l'intérêt de l'Etat à la découverte de la vérité et l'intérêt privé de la personne concernée à la sauvegarde de ses droits personnels (ATF 109 la 244). Selon le Tribunal fédéral, l'utilisation de moyens de preuve recueillis irrégulièrement n'est proscrite que si ces preuves n'auraient pu être recueillies de manière légale ou si leur collecte a entraîné une atteinte à un intérêt juridique d'une valeur supérieure à celui lié à la recherche de la vérité et à la poursuite des infractions (Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire, Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, n. 12 ad art. 141 CPP et les réf. citées). Par délits graves, il faut entendre un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP (Moreillon/Parein-Reymond, op. cit., n. 13 ad art. 141 CPP).

5.1.4 Selon l'art. 146 al. 1 CP, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement conforté dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Cette infraction fait donc partie des crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP, soit les infractions les plus graves prévues par le Code pénal.

5.2 En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que l'intimé avait déjà été la victime d'une escroquerie de type "wash wash" en décembre 2015 et avait ainsi perdu une importante somme d'argent. Lorsqu'il a été contacté par le recourant à la fin de l'année 2016, il a voulu agir pour permettre l'identification des auteurs de cette nouvelle demande. Ainsi, l'intimé avait accepté de rencontrer le recourant une première fois le 26 décembre 2016, puis une seconde fois le 18 janvier 2017. Il a admis qu'il avait eu envie "de provoquer la prochaine rencontre mais avec la collaboration de la police" (PV aud. 1). S'il a précisé ne pas avoir agi sur

ordre de la police mais bien de son propre chef (PV aud. 11, l. 80-87), force est toutefois d'admettre que lorsqu'il a enregistré les conversations tenues avec le recourant le 26 décembre 2016, l'intimé a agi afin de permettre à la police d'identifier les auteurs de l'opération de "wash wash" et d'éviter la commission d'un crime éventuel au sens de la loi. Il semble en outre qu'il ait suivi les conseils de l'inspecteur [...] puisqu'il a pris soin de ne plus toucher les billets de banque sur lesquels les auteurs avaient laissés leurs empreintes le 18 janvier 2017, avant de les transmettre à la police à l'appui de sa plainte du 22 janvier 2017 (PV aud. 1, p. 3; PV aud. 11, l. 154-156). Il est en définitive peu important de savoir que les enregistrements litigieux n'ont finalement pas été utilisés pour confondre le recourant : en effet, que l'enregistrement n'existe pas, ce qui rend les éléments constitutifs non réalisés, ou que l'enregistrement ait permis ensuite de convaincre la police de poursuivre l'enquête contre le recourant grâce aux indices communiqués par l'intimé et sans quoi aucune enquête n'aurait été ouverte ne change rien au fait que le classement était justifié.

Quant à déterminer si cet enregistrement, ou sa portée dans la procédure dirigée contre le recourant, pourra être exploitée dans la mesure de l'art. 141 CPP, cela relèvera de l'appréciation faite par le juge du fond si le recourant devait être renvoyé devant un tribunal.

6. Compte tenu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté sans échange d'écritures (art. 390 al. 2 CPP) et l'ordonnance litigieuse intégralement confirmée.

Les frais de la procédure de recours, constitués de l'émolument d'arrêt par 1'100 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 360 fr., plus la TVA par 27 fr. 70, soit à 387 fr. 70 au total, seront mis à la charge de H._____, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant ne sera exigible que pour autant que la situation économique de ce dernier 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 27 septembre 2018 est confirmée.
- III.** L'indemnité allouée à Me Sandy Gallay, défenseur d'office de H._____, est fixée à 387 fr. 70 (trois cent huitante-sept francs et septante centimes).
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'100 fr. (mille cent francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de H._____ par 387 fr. 70 (trois cent huitante-sept francs et septante centimes), sont mis à la charge de ce dernier.
- V.** Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus ne sera exigible que pour autant que la situation économique de H._____ le permette.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Sandy Gallay, avocate (pour H._____),
- M. T._____,

- Ministère public central,

et communiqué à :

- 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).

La greffière :