

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 17 novembre 2021

Composition : M. PERROT, président
Mme Byrde et M. Maillard, juges
Greffier : M. Glauser

Art. 130, 131, 141 al. 5 et 309 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 1^{er} novembre 2021 par **M. _____** contre l'ordonnance rendue le 20 octobre 2021 par le Ministère public cantonal Strada dans la cause n° **PE21.014654-PGN**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. Le 21 août 2021, à 23h05, M. _____ a été interpellé par un agent de la Police de sûreté, alors qu'il était, en compagnie de deux comparses, en train d'essayer de forcer la mallette de sa moto privée, parkée derrière l'Hôtel de police de Lausanne. Les trois individus étaient en outre suspectés d'avoir commis d'autres vols et tentatives de vols

semblables durant la journée, voire des vols à l'intérieur de voitures, et ont été arrêtés provisoirement par la police.

Il résulte du procès-verbal des opérations que le procureur a été informé de ces faits le 22 août 2021 à 9h27, qu'il a ordonné l'audition des prévenus par la police et a demandé qu'ils soient gardés pour la nuit en vue « d'auditions magistrats » le lendemain.

Le 22 août 2021, dès 11h50, M._____ a été entendu par la police. Ses droits et obligations lui ont été rappelés en début d'audition et il a en particulier déclaré « ne pas vouloir d'avocat pour le moment ». Son audition d'arrestation par le procureur a eu lieu le même jour, à 20h. A cette occasion, ses droits et obligations de prévenu lui ont été rappelés, il a été informé qu'il était prévenu « de vol notamment » et, à la question de savoir s'il voulait consulter un avocat ou qu'un défenseur d'office lui soit désigné, il a répondu : « je suis d'accord de me défendre seul ». L'intéressé n'était pas assisté d'un avocat durant ces deux auditions, et un interprète n'était pas présent lors de l'audition de police.

Il résulte encore du procès-verbal des opérations que le 22 août 2021, le procureur a décidé de l'ouverture d'une instruction pénale contre M._____ « pour avoir participé à des vols perpétrés dans des voitures et des vols de contenus de valises de motos ». Il n'est toutefois pas précisé à quelle heure cette décision a été prise.

Le 31 août 2021, Me Mireille Loroch a été désignée en qualité de défenseur d'office de M._____.

B. Le 9 septembre 2021, Me Loroch a requis du procureur que les procès-verbaux d'audition de M._____ soient retranchés du dossier et que ce dernier soit auditionné dans les plus brefs délais. Elle a fait valoir que le prévenu se trouvait dans un cas de défense obligatoire et qu'il avait néanmoins été entendu à deux reprises sans être assisté d'un avocat. L'avocate a réitéré sa requête les 22 et 28 septembre 2021.

Par ordonnance du 20 octobre 2021, le Ministère public cantonal Strada a rejeté la requête en retranchement de procès-verbaux présentée par M._____. Il a en substance considéré que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'existait pas de défense obligatoire de la première heure lors des investigations policières, et cela même si l'audition de police portait sur des faits et infractions justifiant fondamentalement une défense obligatoire après ouverture de l'instruction.

C. Par acte du 1^{er} novembre 2021, M._____, 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 ses procès-verbaux d'audition soient retranchés du dossier et conservés à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruits.

Le 12 novembre 2021, le Ministère public a déclaré renoncer à se déterminer et s'est référé à la décision attaquée.

En droit :

1.

1.1 Aux termes de l'art. 393 al. 1 let. a CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0), le recours est recevable contre les décisions et actes de procédure du Ministère public. Un recours immédiat est ainsi ouvert contre les décisions rendues en matière d'admissibilité de preuves illégales (ATF 143 IV 475 consid. 2 ; Bénédicte, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursing [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse [CR-CPP], 2^e éd., Bâle 2019, nn. 52 à 55 ad art. 141 CPP ; CREP 16 janvier 2020/38 consid. 1).

Ce 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), qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [Loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01] ; art. 80 LOJV [Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 Interjeté en temps utile devant l'autorité compétente par le prévenu qui a qualité pour recourir au sens de l'art. 382 al. 1 CPP, et satisfaisant aux conditions de forme prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Le recourant soutient en substance qu'il se trouvait dans un cas de défense obligatoire lorsqu'il a été entendu par la police, puis le Ministère public le 22 août 2021, et demande le retranchement de ces deux procès-verbaux d'audition.

2.1

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

Aux termes de l'art. 130 CPP, le prévenu doit avoir un défenseur dans les cas où (a) la détention provisoire, y compris la durée de l'arrestation provisoire, a excédé dix jours, 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), 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 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).

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).

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 pénale (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 ; cf. encore récemment CREP 24 juin 2021/571).

Le Tribunal fédéral considère quant à lui que le CPP ne garantit pas une défense obligatoire lors du premier interrogatoire mené dans le cadre des investigations policières autonomes, c'est-à-dire avant l'ouverture d'une instruction. Pour notre Haute cour, une défense obligatoire n'entre ainsi en ligne de compte qu'après les investigations préliminaires de la police et cela même si elles concernent des faits pour lesquels une défense obligatoire devrait en principe être ordonnée (TF 6B_338/2020 du 3 février 2021, consid. 2.3.4). Il n'y a ainsi pas de « défense obligatoire de la première heure » (TF 6B_338/2020 du 3 février 2021, consid. 2.3.4 ; TF 6B_998/2019 du 20 novembre 2020 consid. 2.2 ; TF 6B_990/2017 du 18 avril 2018 consid. 2.3.3). Les juges fédéraux ont même expressément souligné que la jurisprudence vaudoise publiée au JdT 2012 III p. 141 était sur ce point inexacte (TF 6B_990/2017 précité).

Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que lorsque les conditions d'une défense obligatoire sont remplies, le ministère public doit veiller à ce que le prévenu soit assisté d'un avocat au moment où il rend son ordonnance d'ouverture d'instruction au sens de l'art. 309 al. 3 CPP ou au moment où il aurait dû ouvrir une instruction (TF 6B_178/2017 du 25 octobre 2017, consid. 2.2.1 ; TF 6B_883/2013 du 17 février 2014, consid. 2.1.2). Si la direction de la procédure a tardé à ouvrir l'instruction et n'a pas nommé de défenseur alors que les conditions de défense obligatoire étaient reconnaissables, elle s'expose à une interdiction d'exploiter les moyens de preuves recueillies en application de l'art. 131 al. 3 CPP (TF 6B_178/2017 du 25 octobre 2017, consid. 2.6).

Il résulte de ce qui précède que selon le Tribunal fédéral le moment décisif pour examiner la nécessité d'une défense obligatoire est celui où le ministère public ouvre ou aurait dû ouvrir une instruction.

2.1.2 Aux termes de l'art. 309 al. 1 let. a CPP, le Ministère public ouvre une instruction, notamment, lorsqu'il ressort du rapport de police, des dénonciations ou de ses propres constatations des soupçons suffisants laissant présumer qu'une infraction a été commise.

La phase qui précède l'ouverture d'une instruction au sens de l'art. 309 CPP constitue les investigations policières au sens des art. 306 et 307 CPP (art. 300 al. 1 let. a CPP ; TF 6B_290/2020 du 17 juillet 2020 consid. 2.2). Durant cette phase, le Ministère public peut donner des directives à la police ou lui confier des mandats (art. 306 al. 1 CPP et 307 al. 2 CPP ; TF 6B_290/2020 précité ; TF 6B_875/2018 du 15 novembre 2018 consid. 2.2 et la référence citée). Les informations recueillies lors de ces investigations permettent au Ministère public de prendre les décisions qui s'imposent en fonction des faits dénoncés. La phase des investigations policières prend fin par l'ouverture d'une instruction (art. 309 al. 1 CPP), ou par une ordonnance de non-entrée en matière ou une ordonnance pénale comme énoncé par l'art. 309 al. 4 1^{re} et 2^e hypothèses CPP (TF 6B_290/2020 précité ; TF 6B_940/2016 du 6 juillet 2017 consid. 3.3.2 et les références citées).

L'instruction pénale est considérée comme tacitement ouverte dès que le Ministère public commence à s'occuper de l'affaire, et en tout cas lorsqu'il ordonne des mesures de contrainte. Dès lors qu'un mandat de comparution à une audition du Ministère public est une mesure de contrainte, celui-ci suffit en règle générale à l'ouverture de l'instruction lorsque le Ministère public effectue lui-même les premières mesures d'instruction, en particulier entend le prévenu (ATF 141 IV 20 consid. 1.1.4, JdT 2015 IV 191 ; TF 6B_290/2020 précité).

2.2 En l'espèce, il est reproché au recourant d'avoir, en compagnie de deux autres acolytes, tenté de forcer à l'aide d'un couteau Multi-Tool la mallette d'un motorcycle et commis d'autres vols ou tentatives de vol semblables antérieurement, y compris dans des voitures. Il a été entendu sans être assisté d'un avocat le

22 août 2021 dès 11h50 par la police (PV aud. 2) et, dès 20 heures, par le procureur (PV aud. 6).

Le procès-verbal des opérations indique que le procureur a décidé d'ouvrir une instruction contre le recourant et ses comparses le 22 août 2021 déjà, sans toutefois préciser l'heure à laquelle cette décision a été prise. Il résulte cependant du procès-verbal des opérations que le Ministère public a été informé des actes reprochés à M. _____ - et du fait que les trois intéressés avaient été surpris en flagrant délit - le 22 août 2021, à 9h27. Force est donc de constater que le procureur disposait dès cet instant des éléments nécessaires et suffisants pour ouvrir une instruction. Il ressort d'ailleurs également du procès-verbal des opérations que c'est bien lui qui a expressément ordonné l'audition du recourant et de ses compères par la police. A ce moment-là, il a également donné l'ordre que les prévenus soient gardés pour la nuit en vue « d'auditions magistrats ». Il s'ensuit que le recourant n'a pas été entendu dans le cadre des investigations policières mais bien sur ordre du procureur, alors que ce dernier avait ouvert, à tout le moins implicitement, respectivement aurait dû ouvrir une instruction.

Le recourant est un ressortissant libyen en situation illégale en Suisse. Les faits qui lui sont reprochés pourraient être constitutifs de vol en bande au sens de l'art. 139 ch. 3 CP. Cette infraction fonde un cas d'expulsion obligatoire (art. 66a al. 1 litt. c CP) même en cas de simple tentative (ATF 144 IV 168 ; JdT 2019 IV 323). En d'autres termes, le recourant est clairement exposé à une mesure d'expulsion, ce qui constitue un cas de défense obligatoire (art. 130 let. b CPP).

Il résulte de ce qui précède que le recourant aurait nécessairement dû être assisté d'un avocat, et ce dès sa première audition. Les procès-verbaux d'audition établis le 22 août 2021 sont dès lors inexploitable. Dans la mesure où le défenseur d'office du prévenu, désigné le 31 août 2021, a requis le retranchement de ces procès-verbaux le 9 septembre 2021 déjà (P. 26), l'hypothèse d'une renonciation à la

répétition de la preuve au sens de l'art. 131 al. 3 CPP n'entre pas en ligne de compte.

3. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et l'ordonnance du 20 octobre 2021 réformée en ce sens que les procès-verbaux d'audition de M. _____ établis le 22 août 2021 (PV aud. 2 et 6) sont retirés du dossier pénal, conservés à part jusqu'à clôture définitive de la procédure puis seront détruits.

Vu le sort du recours, les frais de la procédure, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, 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]), et des frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés à 540 fr., correspondant à trois heures d'activité nécessaire d'avocat au tarif horaire de 180 fr., auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 3bis al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 26b TFIP), par 10 fr. 80, plus la TVA au taux de 7,7 %, par 42 fr. 40, soit à 594 fr. en chiffres arrondis, seront laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I. Le recours est admis.
- II. L'ordonnance du 20 octobre 2021 est réformée en ce sens que les procès-verbaux d'audition de M. _____ établis le 22 août 2021 (PV aud. 2 et 6) sont retirés du dossier pénal et conservés à part jusqu'à clôture définitive de la procédure puis seront détruits.

- III.** L'indemnité allouée au défenseur d'office de M. _____ est fixée à 594 fr. (cinq cent nonante-quatre francs).
- IV.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de M. _____, par 594 fr. (cinq cent nonante-quatre francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** 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 Mireille Loroch, avocate (pour M. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur cantonal Strada,

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 :