

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 24 juin 2021

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

Art. 130 let. b, 141 al. 5 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 12 mars 2021 par **W._____** contre l'ordonnance de refus de retranchement de pièces rendue le 1^{er} mars 2021 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause **n° PE20.018869-CMS**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) D'office et sur plainte de [...] (P. 9), le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Ministère public) diligente une instruction pénale contre **W._____**, né en 1998 en Suisse,

ressortissant espagnol, au bénéfice d'un permis C, pour actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP [Code pénal; RS 311.0]).

b) Il est reproché au prévenu d'avoir, durant le mois d'avril 2020, contraint [...], née le [...] 2005, à lui transmettre, via le réseau social *snapchat*, des photos d'elle dénudée, ce que la victime a fait en lui adressant des photos de ses parties intimes (cf. not. PV aud. 1, R. 5, p. 2). Il est fait grief au prévenu d'avoir, durant la nuit du 20 mai 2020, demandé à [...] de le suivre sur les hauteurs de Bex. Sur place, il aurait baissé son pantalon ainsi que celui de sa victime et lui aurait caressé les seins par-dessus les habits et les fesses à même la peau. Il aurait ensuite exigé d'elle qu'elle lui fasse une fellation, ce qu'elle aurait refusé. Il l'aurait enfin laissée repartir après avoir exigé d'elle qu'elle le « débloque » sur les réseaux sociaux (cf. not. PV aud. 1, R. 5, p. 2-4).

c) W. _____ a été entendu par la police en qualité de prévenu le 9 novembre 2020, sans être assisté (PV aud. 2), avant de l'être à nouveau, en cette même qualité, par la Procureure, le 25 février 2021, avec l'assistance d'un mandataire qualifié (PV aud. 5).

d) Le 25 février 2021 également, le prévenu, par son défenseur, a requis le retranchement du dossier du procès-verbal de l'audition menée par la police le 9 novembre 2020. Il a fait valoir qu'il s'agissait alors d'un cas de défense obligatoire reconnaissable, dès lors qu'il encourt une expulsion (P. 16).

B. **a)** Par ordonnance du 1^{er} mars 2021, le Ministère public a rejeté la requête du recourant tendant à ce que le procès-verbal de l'audition du 9 novembre 2020 soit retranché du dossier de la cause. La Procureure a considéré que le Ministère public n'avait jamais envisagé de soutenir une expulsion obligatoire dans un cas tel que celui présenté par le prévenu (P. 18).

b) Le 2 mars 2021, le Ministère public a désigné l'avocat Benjamin Schwab en qualité de défenseur d'office du prévenu.

C. Par acte du 12 mars 2021, W._____, représenté par son défenseur d'office, a recouru auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal contre l'ordonnance du 1^{er} mars 2021, en concluant, avec suite de frais et dépens de deuxième instance, à son annulation et au retranchement du dossier du procès-verbal de l'audition du 9 novembre 2020, celui-ci étant conservé à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruit.

Invité à se déterminer sur le recours, le Ministère public n'a pas procédé. Pour sa part, la plaignante a fait savoir qu'elle s'en remettait à justice.

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 23 avril 2020/298; CREP 11 décembre 2019/994; 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.

2.1 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.

2.2 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). Sinon, l'audition sera inexploitable (TF_75/2019 du 15 mars 2019 consid. 1.3.1; 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^e 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 précité; CREP 11 décembre 2019/994 précité; CREP 29 mars 2018/236 précité).

3. En l'espèce, les actes décrits par la plaignante sont de nature à tomber sous le coup des infractions de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP et d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187 CP. La première infraction est passible d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire; la seconde l'est d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Ces peines maximales sont supérieures au minimum prévu par l'art. 130 let. b CPP.

S'agissant d'un prévenu étranger, l'expulsion pénale devrait, quoi qu'en dise la Procureure, être examinée, de même que l'application de la clause de rigueur selon l'art. 66a al. 2, seconde phrase, CP en relation avec le fait que le prévenu est né en Suisse et y a grandi, si les faits, qui ne sont pas anodins, étaient avérés.

A cela s'ajoute que le prévenu, malgré son relativement jeune âge, a été condamné à trois reprises à des peines pécuniaires et à des amendes, pour des infractions à la LCR et pour des contraventions à la LStup (ordonnances pénales des 9 juin 2017, 15 septembre 2017 et 9 janvier 2018 du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois); ultérieurement, il a été condamné à une peine privative de liberté de 180 jours, avec sursis pendant trois ans, et à une amende de 900 fr., pour dommages à la propriété (attroupement en public), émeute, violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires et contravention à la LStup (ordonnance pénale du 13 août 2018 du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois).

Par ailleurs, la Police cantonale connaissait la nationalité étrangère du prévenu, cet élément étant, conformément à la règle, mentionné en première page du procès-verbal d'audition. Or, l'art. 130 let. b CPP prévoit que le prévenu doit avoir un défenseur notamment s'il encourt une expulsion. Partant, le recourant se trouvait dans un cas de défense obligatoire reconnaissable lors de son audition du 9 novembre 2020.

Les conditions de l'art. 130, spécialement let. b, CPP étaient donc réunies au moment de l'audition du prévenu par la police du 9 novembre 2020.

4. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et l'ordonnance du 1^{er} mars 2021 réformée en ce sens que le procès-verbal d'audition du prévenu du 9 novembre 2020 est retranché du dossier, conservé à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis sera détruit.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 660 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais judiciaires 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. sur la base d'une durée d'activité nécessaire d'avocat

estimée à trois heures et d'un tarif horaire de 180 fr., auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 2 al. 1 let. a et 3^{bis} al. 1 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; BLV 211.02.3], applicables par renvoi de l'art. 26b TFIP), par 10 fr. 80, plus la TVA sur le tout par 42 fr. 40, soit à 594 fr. au total 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 1^{er} mars 2021 est réformée en ce sens que le procès-verbal d'audition de W. _____ du 9 novembre 2020 est retranché du dossier, conservé à part jusqu'à la clôture définitive de l'instruction, puis sera détruit.
- III.** L'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant est fixée à 594 fr. (cinq cent nonante-quatre francs).
- IV.** Les frais d'arrêt, par 660 fr., (six cent soixante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office du recourant, 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 Benjamin Schwab, avocat (pour W. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Procureure 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 :