

**CHAMBRE DES RECOURS PENALE**

---

---

Arrêt du 15 novembre 2019

---

Composition : M. MEYLAN, président  
M. Krieger et Mme Giroud Walther, juges  
Greffière : Mme Maire Kalubi

\*\*\*\*\*

**Art. 88 al. 4 et 356 al. 2 CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 26 septembre 2019 par **A.\_\_\_\_\_** contre le prononcé rendu le 13 septembre 2019 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **AM17.019097-PCL**, la Chambre des recours pénale considère :

**En fait :**

**A. a)** Le 23 septembre 2017, à Lausanne, **A.\_\_\_\_\_**, ressortissant algérien qui ne disposait d'aucune autorisation de séjour valable en Suisse, a été interpellé par la police en possession de marijuana.

Le même jour, lors de son audition par la police, A.\_\_\_\_\_ a admis savoir qu'il se trouvait en situation illégale en Suisse et a expliqué qu'il dormait à droite et à gauche, précisant qu'il se rendait de temps à autre à la Soupe populaire. Il a néanmoins fourni un numéro de téléphone cellulaire aux policiers.

A.\_\_\_\_\_ a par ailleurs été rendu attentif à ses droits et obligations de prévenu, notamment à son obligation, en l'absence de domicile fixe, de désigner une personne en Suisse pour recevoir à sa place toutes correspondances, avis de procédure ou décisions concernant la procédure ouverte contre lui, conformément à l'art. 87 al. 2 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0), faute de quoi les ordonnances pénales seraient réputées notifiées même en l'absence d'une publication (art. 88 al. 4 CPP), et a signé le formulaire idoine (P. 4).

**b)** Le 2 octobre 2017, le greffe du Procureur a tenté en vain de joindre A.\_\_\_\_\_ par téléphone pour obtenir une adresse.

**c)** Par ordonnance pénale du 19 octobre 2017, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a condamné A.\_\_\_\_\_ pour séjour illégal et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants (LStup ; RS 812.121) à 120 jours de peine privative de liberté et à une amende de 300 fr., convertible en trois jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif, frais de procédure à sa charge.

Cette ordonnance pénale mentionne, sous la rubrique notification, que A.\_\_\_\_\_, sans domicile connu, ne peut pas être avisé. Elle a été notifiée au dossier le 19 octobre 2017.

**d)** A.\_\_\_\_\_ a été interpellé le 16 juillet 2019. A cette occasion, une copie de l'ordonnance pénale du 19 octobre 2017 lui a été présentée.

**e)** Par acte du 19 juillet 2019, A.\_\_\_\_\_, représenté par l'avocat Christophe Tafelmacher, a formé opposition contre cette

ordonnance pénale. A titre subsidiaire, il a requis la restitution du délai d'opposition.

**f)** Le 2 septembre 2019, le Ministère public a procédé à l'audition de A.\_\_\_\_\_, assisté de son défenseur d'office, lequel a confirmé son opposition.

Le 3 septembre 2019, le Ministère public a maintenu son ordonnance pénale et a transmis le dossier de la cause au Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne en vue des débats.

**B.** Par prononcé du 13 septembre 2019, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a déclaré irrecevable l'opposition formée par A.\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance pénale rendue le 19 octobre 2017 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne (I), a constaté que celle-ci était exécutoire (II) et a dit que ce prononcé était rendu sans frais (III).

Considérant que l'opposant était sans domicile connu au moment où l'ordonnance pénale avait été rendue et qu'une notification ne pouvait aboutir sans envisager de démarches disproportionnées, le Procureur ayant vainement tenté de joindre le prévenu sur son téléphone portable le 2 octobre 2017 afin d'obtenir une adresse, le premier juge, faisant application de la fiction de notification de l'art. 88 al. 4 CPP, a considéré que l'ordonnance pénale avait été valablement notifiée le 19 octobre 2017, même sans publication, de sorte que l'opposition formée le 19 juillet 2019 était manifestement tardive.

**C.** Par acte du 26 septembre 2019, A.\_\_\_\_\_, par son défenseur, a recouru auprès de la Cour de céans contre ce prononcé, en concluant en substance, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que son opposition soit déclarée recevable, et, subsidiairement, en ce sens que sa requête en restitution de délai soit admise. Plus subsidiairement, il a conclu à l'annulation du prononcé entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision.

Dans ses déterminations du 6 novembre 2019, le Ministère public a conclu au rejet du recours. S'il a concédé être entré en matière sur l'opposition du recourant, il a toutefois considéré qu'une tentative de contact du prévenu via son téléphone portable constituait une recherche de localisation suffisante pour permettre l'application de l'art. 88 al. 4 CPP et procéder à une notification fictive de l'ordonnance pénale.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** 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), 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, Jugendstrafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n. 2 ad art. 356 CPP ; CREP 8 octobre 2019/817 ; CREP 9 septembre 2016/605).

Le recours doit être adressé par écrit, dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (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 du 19 mai 2009 d'introduction du Code de procédure pénale suisse ; BLV 312.01] ; art. 80 LOJV [Loi vaudoise du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire ; BLV 173.01]).

**1.2** 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.**

**2.1** Le requérant conteste l'application de l'art. 88 al. 4 CPP en l'espèce. Il soutient que le Ministère public n'aurait pas entrepris tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui pour le localiser. Il fait en particulier valoir qu'entre la tentative infructueuse de le joindre par téléphone le 2 octobre 2017 et l'entrée en vigueur contestée de l'ordonnance pénale le 20 novembre 2017, le Procureur aurait pu tenter une deuxième fois de le joindre sur son téléphone, voire tenter de le localiser à la Soupe populaire, où il avait indiqué se rendre de temps en temps.

## **2.2**

**2.2.1** L'ordonnance pénale est notifiée par écrit aux personnes et aux autorités qui ont qualité pour former opposition (art. 353 al. 3 CPP). Peuvent former opposition contre l'ordonnance pénale devant le ministère public, par écrit et dans les dix jours, le prévenu, les autres personnes concernées et, si cela est prévu, le premier procureur ou le procureur général de la Confédération ou du canton, dans le cadre de la procédure pénale pertinente (art. 354 al. 1 CPP). Si aucune opposition n'est valablement formée, l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force (art. 354 al. 3 CPP).

En application de l'art. 356 al. 2 CPP, le tribunal de première instance statue sur la validité de l'ordonnance pénale et de l'opposition. Si l'opposition a été formée tardivement, le tribunal la déclare irrecevable. Elle est tardive si elle a été adressée au Ministère public après le délai de dix jours prévu par l'art. 354 al. 1 CPP.

**2.2.2** Les art. 84 ss CPP régissent les formes de notification. Selon l'art. 85 al. 2 CPP, la notification se fait en principe par lettre signature ou par tout autre mode de communication impliquant un accusé de réception, notamment par l'entremise de la police.

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'alinéa 4, les ordonnances de classement et les ordonnances pénales sont réputées notifiées même en l'absence d'une publication.

Selon le Tribunal fédéral, la fiction prévue par l'art. 88 al. 4 CPP est 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 Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 p. 1136, ch. 2.2.8.6 ; Riedo, in : Basler Kommentar, op. cit., n. 11 ad art. 88 CPP ; Brüscheweiler, 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\_164/2017 du 1<sup>er</sup> décembre 2017 consid. 2.1 ; TF 6B\_421/2016 du 12 janvier 2017 consid. 1.1 ; TF 6B\_1117/2015 du 6 septembre 2015 consid. 1.1 ; Denys, Ordonnance pénale : Questions choisies et jurisprudence récente, SJ 2016 II pp. 130 ss). A cet égard, le Tribunal fédéral impose au ministère public de tenter de joindre le prévenu lorsqu'il dispose de son numéro de téléphone (TF 6B\_141/2017 du 22 décembre 2017 consid. 2.3).

**2.3** En l'espèce, le Ministère public n'a pas renoncé à toute démarche pour rechercher une adresse de notification valable, dans la

mesure où il a tenté de joindre le recourant sur le numéro de téléphone portable que celui-ci avait communiqué à la police lors de son audition du 23 septembre 2017. Toutefois, le Procureur n'a tenté de joindre téléphoniquement le prévenu qu'à une seule occasion. Or, compte tenu du caractère restrictif de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, la Cour de céans considère que cette unique tentative ne permet pas de retenir que les « recherches pouvant raisonnablement être exigées » auraient été effectuées, alors que le prévenu avait indiqué dormir de droite et de gauche depuis son arrivée en Suisse en 2012, précisant se rendre de temps à autre à la Soupe populaire. Concrètement, le Ministère public aurait à tout le moins dû, entre sa première tentative d'appel infructueuse le 2 octobre 2017 et l'établissement de l'ordonnance attaquée en date du 19 octobre suivant, tenter de joindre téléphoniquement le prévenu une seconde fois (à deux ou trois jours d'intervalle), vérifier au Registre cantonal des personnes qu'il était toujours sans domicile connu et contrôler qu'il ne figurait pas sur les listes des personnes détenues. De telles démarches ne paraissent manifestement pas disproportionnées, compte tenu des conséquences d'une notification fictive, notamment quant au respect de la garantie de l'accès à un juge.

Partant, les démarches entreprises par le Ministère public ne permettent pas une application de l'art. 88 al. 4 CPP en l'espèce. Il convient dès lors d'admettre que l'ordonnance pénale du 19 octobre 2017 a été notifiée au recourant le jour où il en a effectivement pris connaissance, soit au plus tôt le 16 juillet 2019, et que l'opposition qu'il a formée le 19 juillet suivant l'a été en temps utile. C'est donc à tort que le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne, jugeant l'opposition tardive, a constaté son irrecevabilité. Il appartiendra dès lors à cette autorité de reprendre la procédure conformément à l'art. 356 CPP.

Le moyen doit être admis et le prononcé du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant les autres griefs invoqués par le recourant. Il y a en particulier lieu de relever que l'admission du recours rend sa conclusion

subsidaire tendant à la restitution du délai d'opposition sans objet, dès lors que l'ordonnance pénale n'a pas été valablement notifiée au prévenu le 19 octobre 2017.

**3.** En définitive, le recours doit être admis et le prononcé du 13 septembre 2019 annulé. Le dossier de la cause sera renvoyé au Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Le recourant a demandé à ce qu'il lui soit confirmé qu'il restait au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite pour la procédure de recours. La désignation du 25 juillet 2019 de l'avocat Christophe Tafelmacher en qualité de défenseur d'office du prévenu vaut en effet également pour la présente procédure de recours (CREP 25 juillet 2013/454 et les références citées ; Moreillon/Parein-Reymond, Petit Commentaire du Code de procédure pénale, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2016, n. 4 ad art. 130 CPP).

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 880 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 du recourant (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés à 540 fr., auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 3<sup>bis</sup> al. 1 RA) [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 par 42 fr. 40, soit à 593 fr. 20 au total, 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. Le prononcé du 13 septembre 2019 est annulé.

- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** L'indemnité allouée à Me Christophe Tafelmacher, défenseur d'office de A.\_\_\_\_\_, est fixée à 593 fr. 20 (cinq cent nonante-trois francs et vingt centimes).
- V.** Les frais d'arrêt, par 880 fr. (huit cent huitante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de A.\_\_\_\_\_, par 593 fr. 20 (cinq cent nonante-trois francs et vingt centimes), sont laissés à la charge de l'Etat.
- 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 Christophe Tafelmacher, avocat (pour A.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- 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 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).

La greffière :