

GE_GERICHTE AARP/345/2020 vom 7. Oktober 2020

GE Cour de justice, 2020-10-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_345_2020

FR: GE_GERICHTE AARP/345/2020 du 7 octobre 2020

IT: GE_GERICHTE AARP/345/2020 del 7 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale [CPP]).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

E. 2.1

Selon l'art. 298a CPP, les recherches secrètes consistent, pour les membres d'un corps de police, à tenter d'élucider des crimes ou des délits dans le cadre d'interventions de courte durée où leur identité et leur fonction ne sont pas reconnaissables, notamment en concluant des transactions fictives ou en donnant l'illusion de vouloir conclure de telles transactions. Les agents affectés aux recherches secrètes ne sont pas munis d'une identité d'emprunt au sens de l'art. 285a CPP. Leur identité véritable et leur fonction figurent dans les dossiers de procédure et sont divulguées lors d'auditions. L'art. 298b CPP prévoit les conditions de mise en œuvre d'une telle mesure, qui peut, pendant l'investigation policière, être ordonnée par la police lorsque des soupçons laissent présumer qu'un crime ou un délit a été commis et que les mesures d'investigation prises ou les actes d'instruction accomplis jusqu'alors n'ont pas abouti ou l'investigation, à défaut de recherches secrètes, n'aurait aucune chance d'aboutir ou serait excessivement difficile.

E. 2.2

Les recherches secrètes interviennent en général à un stade précoce de la procédure et servent à étayer un soupçon déjà existant. Les soupçons n'ont pas besoin d'être graves et peuvent même n'être que vagues, et n'ont pas besoin d'être

- 5/19 - P/6578/2020 dirigés contre une personnes déterminée (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2ème éd., Bâle 2019, n. 10 à 12 ad art. 289 CPP). La recherche ne peut encore être autorisée que si elle respecte le principe de subsidiarité (art. 289b al. 1 let. b CPP). Celui-ci présuppose notamment que l'autorité examine d'abord si une autre mesure moins incisive peut atteindre le résultat recherché (ultima ratio ; cf. ATF 141 IV 459 consid. 4.1 p. 461, s'agissant des mesures techniques de surveillance de l'art. 269 CPP).

E. 2.3

En l'espèce, l'appelant conteste la légitimité de la recherche secrète effectuée par la police. A tort. En effet, il ressort clairement de la procédure que l'appelant exerçait son activité de façon discrète, et il a d'ailleurs pris des précautions (vaines) pour éviter d'être repéré par la police lors du rendez-vous du 17 avril 2020. Compte tenu de surcroît du semi-confinement en vigueur au moment des faits, on voit mal quelle autre mesure moins incisive la police

aurait pu utiliser pour établir les faits. En particulier, le fait que le numéro de téléphone de l'appelant lui soit connu ne suffisait pas à établir qu'il poursuivait son exercice illicite de la prostitution, et la mise en œuvre d'une recherche secrète pour l'établir était appropriée et proportionnée. Il n'y a donc pas lieu d'écarter les déclarations et éléments recueillis par cet acte d'enquête.

E. 3

<https://covid-19-schweiz.bagapps.ch/fr-2.html> - chiffres de l'OFSP, état au 1er octobre 2020

- 11/19 - P/6578/2020 proportionnalité, au vu de la nette baisse des contaminations après la mise en œuvre des mesures de restriction initiales. Ainsi, les restrictions imposées à l'activité économique de l'appelant, tout comme les sanctions pénales de leur violation, reposaient-elles sur une base légale suffisante, répondaient à un intérêt public et respectaient le principe de proportionnalité. 3.6.2. Comme relevé ci-dessus, l'ord. 2 COVID-19 est une loi temporaire, aujourd'hui abrogée, adoptée pour faire face à une situation urgente de menace contre la santé publique. Le principe de la *lex mitior* n'est donc pas invocable à l'encontre des sanctions prononcées en application de cette loi, et l'appelant ne peut rien tirer du fait que la Loi COVID votée par le parlement ne prévoit plus de délits mais uniquement des contraventions en cas de violation des dispositions édictées par le CF. Il n'a d'ailleurs pas développé cet argument. Au surplus l'appelant ne conteste pas les faits qui lui sont reprochés. Le verdict de culpabilité du premier juge doit donc être intégralement confirmé.

E. 3.1

A teneur de l'art. 10d al. 1 de l'ord. 2 COVID-19, devenu art. 10f le 26 mars 2020 (RO 2020 786 ; RO 2020 1067), en vigueur au moment des faits, quiconque, intentionnellement, s'oppose aux mesures visées à l'art. 6, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins qu'il n'ait commis une infraction plus grave au sens du code pénal.

Cette disposition est entrée en vigueur le 17 mars 2020 et l'est restée jusqu'à l'abrogation de l'ord. 2 COVID-19 le 22 juin 2020.

E. 3.2

Une peine ou une mesure ne peut être prononcée qu'en raison d'un acte expressément réprimé par la loi (art. 1 CP). Le principe de la légalité (*nulla poena sine lege*) est aussi ancré expressément à l'art. 7 CEDH. Il se déduit également de l'art. 5 al. 1, 9 et 164 al. 1 let. c de la Constitution fédérale (Cst. ; ATF 138 IV 13 consid. 4.1 p. 19 s.). Le principe est violé lorsque quelqu'un est poursuivi pénalement en raison d'un comportement qui n'est pas visé par la loi, lorsque l'application du droit pénal à un acte déterminé procède d'une interprétation de la norme pénale excédant ce qui est admissible au regard des principes généraux du droit pénal, ou si quelqu'un est poursuivi en application d'une norme pénale qui n'a pas de fondement juridique. Le principe s'applique à l'ensemble du droit pénal. Il n'exclut pas une interprétation extensive de la loi à la charge du prévenu. La loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen de s'y conformer et de prévoir les

- 6/19 - P/6578/2020 conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude dépendant des circonstances (ATF 141 IV 179 consid. 1.3.3 p. 282). L'exigence de précision de la base légale ne doit cependant pas être comprise d'une manière absolue. Le

législateur ne peut pas renoncer à utiliser des définitions générales ou plus ou moins vagues, dont l'interprétation et l'application sont laissées à la pratique. Le degré de précision requis ne peut pas être déterminé de manière abstraite. Il dépend, entre autres, de la multiplicité des situations à régler, de la complexité ou de la prévisibilité de la décision à prendre dans le cas particulier, du destinataire de la norme, ou de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels. Il dépend aussi de l'appréciation que l'on peut faire, objectivement, lorsque se présente un cas concret d'application (ATF 138 IV 13 consid. 4.1 p. 20 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_395/2017 du 16 novembre 2017 consid. 3.1). Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle, claire et précise, alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (ATF 123 I 1 consid. 4b p. 5 ; ATF 112 consid. 7a p. 124). En particulier, des mesures de caractère pénal n'impliquant pas de restriction à la liberté personnelle peuvent se trouver définies dans une ordonnance, pour autant que celle-ci respecte le cadre légal et constitutionnel (ATF 124 IV 23 consid. 1 p. 25 et les références).

E. 3.3

Selon l'art. 2 al. 1 CP, la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur (principe de la non-rétroactivité de la loi pénale). Cependant, en vertu de l'art. 2 al. 2 CP, une loi nouvelle s'applique aux faits qui lui sont antérieurs si, d'une part, l'auteur est mis en jugement après son entrée en vigueur et si, d'autre part, elle est plus favorable à l'auteur que l'ancienne (exception de la *lex mitior*). Il en découle que l'on applique en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis, à moins que la nouvelle loi ne soit plus favorable à l'auteur. La règle de la *lex mitior* constitue une exception au principe de non-rétroactivité. Elle se justifie par le fait qu'en raison d'une conception juridique modifiée le comportement considéré n'apparaît plus ou apparaît moins punissable pénalement (ATF 134 IV 82 consid. 6.1 p. 86 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.1.1). Le principe de la *lex mitior* ne s'applique pas aux lois temporaires (*Zeitgesetze*), c'est-à-dire aux ordonnances dont la validité est dès le départ limitée dans le temps, soit expressément, soit en raison de la fonction de l'ordonnance (cf. ATF 116 IV 258 E. 4 p. 260 ss ; 105 IV 1 E. 1 p. 2 ss ; 102 IV 198 E. 2b p. 202). Une loi ultérieure plus clémentaire (y compris l'abrogation sans substitution de la loi temporaire) n'affecte donc pas l'appréciation des actes commis pendant la période de validité d'une loi temporaire (ATF 105 IV 1 E. 1 p. 3). En règle générale, l'abrogation d'une loi temporaire n'est pas fondée sur un changement de conception juridique, mais sur un changement de circonstances factuelles (ATF 89 IV 113 E. 1a p. 117 ; arrêt du Tribunal fédéral 1A_274/1999 du 25 février 2000 consid. 2.d.aa).

- 7/19 - P/6578/2020

E. 3.4

Selon l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral peut s'appuyer directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps. L'art. 185 al. 3 Cst. est le pendant, pour la sécurité intérieure, de l'art. 184 al. 3 Cst. qui confère au CF la compétence d'adopter les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des intérêts du pays ; il permet au CF d'adopter des ordonnances dites de police (AUER / MALINVERNI /

HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, Berne, 2013, n. 1623 ss). Avant le printemps 2020 et l'épidémie de COVID, elle n'avait jamais été utilisée, même si le CF avait adopté par le passé des ordonnances de police fondées sur l'ancienne constitution fédérale (cf. KÜNZLI, *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015, n. 30 ad art. 185 Cst. ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *op. cit.*, n. 1623). En revanche, le CF a fait usage de sa compétence fondée sur l'art. 184 al. 3 Cst. et la jurisprudence a été amenée à en examiner la validité.

Le CF ne peut édicter une ordonnance de police que pour maintenir, dans une circonstance particulière, la sûreté intérieure du pays. Il n'est pas possible de définir avec précision les circonstances de fait qui peuvent déclencher une intervention du CF, ni a fortiori de circonscrire l'objet des mesures que peut prendre ce dernier. Lorsqu'il édicte une ordonnance de police, le CF doit respecter la Constitution. Les ingérences dans les droits fondamentaux que peuvent entraîner les ordonnances de police doivent se justifier par un intérêt public prépondérant et respecter le principe de proportionnalité, conformément à l'art. 36 Cst (AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *op. cit.* n. 1626-1627). Lorsque le pouvoir exécutif adopte une ordonnance qui s'en tient aux conditions constitutionnelles, l'art. 184 al. 3 Cst. vaut à lui seul base légale suffisante, permettant également de restreindre, en tant que de besoin, les libertés fondamentales des particuliers (ATF 141 I 20 consid. 4.2). Partant, savoir si l'art. 184 al. 3 Cst. constitue une base légale suffisante implique de déterminer, à titre préjudiciel, si l'acte à l'origine de la décision attaquée en respecte les conditions. L'examen des conditions d'application de l'art. 184 al. 3 Cst. en lien avec l'existence d'une base légale suffisante (art. 36 al. 1 Cst.) ne coïncide pas avec les conditions du respect de l'intérêt public et de la proportionnalité au sens des art. 36 al. 2 et 3 Cst., qu'il y a donc lieu d'aborder séparément (ATF 141 I 20 consid. 4.3).

La doctrine qui s'est penchée sur les dispositions adoptées par le CF dans le cadre de la lutte contre le COVID confirme que celui-ci est habilité, lorsqu'il édicte des dispositions fondées sur l'art. 185 al. 3 Cst., à prévoir également le cas échéant des sanctions pénales (cf. STÖCKLI, *Regierung und Parlament in Pandemiezeiten*, in RDS 2020, numéro spécial, p. 25), sans violation du principe de légalité. En revanche, selon cette même doctrine, il serait contraire au principe de légalité d'adopter, sur la base de la délégation contenue à l'art. 7 de la loi sur les épidémies

- 8/19 - P/6578/2020 (LEp), des dispositions pénales allant au-delà de celles de la LEp (STÖCKLI, *loc. cit.* ; ZÜND / ERRASS, *Pandemie – Justiz – Menschenrechte*, in RDS 2020, numéro spécial, p. 89).

E. 3.5

L'ord. 2 COVID-19, adoptée par le CF le 13 mars 2020 et abrogée le 22 juin 2020, a été initialement adoptée et fondée sur la base des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. et donc le droit d'urgence (RO 2020 773). A partir du 17 mars 2020, le CF en a modifié le préambule pour la fonder sur l'art. 7 LEp (RO 2020 783). Dès cette date, les versions successives de l'ord. 2 COVID-19 ne mentionnent plus la référence à l'art. 185 al. 3 Cst.1.

Les rapports explicatifs relatifs à cette ordonnance ne fournissent aucune indication sur cette modification². Une lecture littérale pourrait ainsi conduire à la conclusion que l'ord. 2 COVID-19 ne peut excéder la teneur des dispositions pénales de la LEp et, partant, que l'art. 10f de l'ord. 2 COVID-19 est illégal. Une telle conclusion serait néanmoins hâtive et erronée. En effet, lors de son adoption initiale, l'ord. 2 COVID-19 était fondée sur les art.

184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. ; la modification ultérieure de son préambule ne supprime pas ce rattachement et il convient au contraire, pour déterminer la légalité de la sanction pénale prévue à l'art. 10f dans sa teneur en vigueur au moment des faits de la présente cause, d'examiner si elle peut se fonder sur l'art. 185 al. 3 Cst. Tel est le cas. En effet, la situation prévalant en avril 2020 était extraordinaire et le Conseil fédéral devait prendre des mesures pour protéger la santé publique et assurer le respect des mesures prises à ces fins. S'il n'avait pu prévoir que des amendes, l'effet dissuasif aurait été restreint ; la CPAR en veut pour preuve la présente situation, dans laquelle l'appelant a contrevenu une première fois à une interdiction et récidivé par la suite. Dans ces circonstances, il était indispensable de prévoir des dispositions pénales suffisamment dissuasives pour assurer le respect des interdictions prononcées et permettre de sanctionner adéquatement les éventuelles violations des règles édictées pour la préservation de la santé publique et la lutte contre la pandémie de COVID-19, le cas échéant en s'appuyant directement sur la Cst. et non sur la seule LEp. C'est d'ailleurs ce que préconisent les auteurs susmentionnés, qui soulignent tous deux que, nonobstant la modification du préambule, il faut considérer que l'ord. 2 COVID-19 était fondée également sur l'art. 185 al. 3 Cst. (STÖCKLI, op. cit., p. 25 note 98 ; ZÜND / ERRASS, op. cit. p. 89).

Icf. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20200744/index.html> "toutes les versions" 2 <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#-993003382>, bas de la page pour les rapports explicatifs successifs

- 9/19 - P/6578/2020 A titre superfétatoire, on pourrait d'ailleurs considérer que la modification du préambule intervenue le 17 mars 2020 devait se lire comme l'ajout d'une référence supplémentaire au préambule, et non comme un remplacement des références y figurant jusqu'alors, et aurait donc été mal reportée dans les compilations ultérieures du texte légal. En effet, plusieurs autres ordonnances adoptées à cette période ont, elles, conservé la référence aux art. 184 et 185 Cst. (par exemple les ordonnance COVID dans le secteur de la culture, COVID-19 sport et celle sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus, toutes trois datées du 20 mars 2020 ; l'ordonnance COVID-19 prévoyance professionnelle du 25 mars 2020). Il est certainement regrettable que la référence formelle à l'art. 185 Cst. ait été supprimée dans le préambule du texte légal, ce d'autant plus que les sanctions pénales à caractère délictuel n'ont été en vigueur que pour une période relativement brève et n'ont pas été reconduites dans la Loi COVID-19. Cette lacune ne suffit toutefois pas à rendre la disposition pénale en soi illégale et insuffisante pour fonder une restriction aux droits fondamentaux. Il faut ainsi retenir que les dispositions de l'ord. 2 COVID-19 constituent une base légale suffisante, à la fois pour restreindre les droits fondamentaux et pour sanctionner les contrevenants. 3.6.1. L'appelant conteste le caractère proportionné de l'interdiction d'exercer son activité professionnelle qui lui avait été faite et, partant, la validité de la sanction pénale prononcée. Il convient tout d'abord de souligner, contrairement à ce que soutient l'appelant, que ce ne sont pas seulement les professionnels du sexe qui se sont vu interdire l'exercice de leur activité professionnelle, mais bien de vastes pans de l'activité économique et la plupart des établissements publics. En ce qui concerne l'activité de prostitution de l'appelant, elle était interdite dès le 17 mars 2020 (RO 2020 783) par l'art. 6 al. 1 et 2 let. c et e de l'ord. 2 COVID-19, qui ordonnait la fermeture

des salons érotiques (let. c) et des prestataires offrant des services impliquant un contact physique tels que salons de coiffure, de massage, de tatouage ou de beauté (let. e). En particulier, concrétisant la législation fédérale, le Conseil d'Etat genevois a adopté, le 16 mars 2020, un arrêté proscrivant expressément en son art. 4 toute activité de prostitution (arrêté instituant des mesures contre la propagation de l'épidémie COVID 19).

L'interdiction de la prostitution, implicite début avril dans l'ord. 2 COVID-19 et explicitée par le droit cantonal, a été inscrite expressément dans cette ordonnance à partir du 27 avril 2020 (RO 2020 1249). L'appelant a admis avoir eu connaissance de cette interdiction dès son retour

- 10/19 - P/6578/2020 du Brésil ; le fait que le texte légal fédéral n'ait explicitement mentionné l'interdiction de la prostitution qu'après les faits ne lui est donc d'aucun recours. Ces interdictions étaient motivées par la nécessité, énoncée à l'art. 1 al. 2 de l'ord. 2 COVID-19, de prévenir ou endiguer la propagation du coronavirus, réduire la fréquence des transmissions, interrompre les chaînes de transmission et éviter ou endiguer des foyers locaux ainsi que protéger les personnes vulnérables. Ces objectifs répondent manifestement à un intérêt public important, soit la préservation de la santé publique ainsi que le maintien des capacités sanitaires. L'appelant ne le conteste d'ailleurs pas. Il conteste en revanche la proportionnalité de la mesure, au motif que l'interdiction a été levée par la suite, alors que la pandémie n'était pas terminée, ce qui selon lui en démontrerait la disproportion. Il est facile de critiquer rétrospectivement une mesure en mettant en avant des alternatives postérieures. Pour apprécier le caractère proportionné des mesures adoptées en mars 2020 par le CF, il convient toutefois de se replacer dans la situation qui prévalait à cette époque, dans un contexte très différent de celui prévalant aujourd'hui. Les gestes barrières, devenus quotidiens et usuels, ne l'étaient pas en mars 2020. Il n'existait aucun plan de protection sectoriel et les moyens de protection faisaient défaut, notamment du fait de l'insuffisance de masques. La progression de l'épidémie était exponentielle ; les services de soin n'avaient aucune expérience de la maladie causée par le virus. L'affirmation selon laquelle la situation en juin 2020 était semblable est complètement erronée. Plutôt que de mentionner des chiffres, la CPAR se réfère au graphique ci-dessous qui démontre la courbe des nouvelles infections et leur nombre particulièrement élevé en mars-avril 2020:

Il ne fait ainsi aucun doute que des mesures strictes étaient justifiées en mars 2020. Leur levée en juin 2020 (RO 2020 1815) s'inscrivait dans le respect du principe de

E. 4.1

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Elle doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s; 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss; 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 s.). L'absence d'antécédents a, en principe, un effet neutre sur la fixation de la peine et n'a donc pas à être prise en considération dans un sens atténuant (ATF 141 IV 61 consid. 6.3.2 p. 70). La décision doit exprimer les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur pris en compte,

de manière à ce que l'on puisse constater que tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés, que ce soit dans un sens aggravant ou atténuant (art. 50 CP). Elle peut passer sous silence les éléments qui, sans abus du pouvoir d'appréciation, apparaissent non pertinents ou d'une importance mineure. La motivation doit cependant justifier la peine prononcée, en permettant de suivre le raisonnement adopté. Le juge n'est toutefois pas tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite et

- 12/19 - P/6578/2020 notamment de l'importance qu'il accorde à l'atténuation de peine admise en vertu de l'art. 22 al. 1 CP (arrêt 6B_553/2014 du 24 avril 2015 consid. 3.5.3).

E. 4.2

Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine. Pour satisfaire à cette règle, le juge, dans un premier temps, fixera la peine pour l'infraction la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il doit augmenter la peine de base pour compte des autres infractions en application du principe de l'aggravation (Asperationsprinzip) (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2 ; 144 IV 217 consid. 3.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1216/2017 du 11 juin 2018 consid. 1.1.1), en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1175/2017 du 11 avril 2018 consid. 2.1 in medio ; 6B_688/2014 du 22 décembre 2017 consid. 27.2.1). L'auteur ne doit pas être condamné plus sévèrement lorsque plusieurs infractions sont jugées en même temps que si ces infractions étaient jugées séparément (ATF 144 IV 217 consid. 3.3.3 p. 227). Les peines pécuniaires et les peines privatives de liberté ne sont pas équivalentes, les secondes impactant plus fortement que les premières la liberté de l'auteur. On ne saurait dès lors convertir en une peine privative de liberté une peine pécuniaire parce que la quotité de celle-ci est augmentée à cause d'une autre peine pécuniaire hypothétique destinée à sanctionner une autre infraction moins grave jugée en même temps et parce qu'elle dépasse en conséquence le nombre maximal prévu par l'art. 34 al. 1 CP. Une telle conversion n'est pas prévue par l'art. 49 al. 1 CP et est contraire à l'art. 49 al. 1, 3e phrase, CP qui prescrit que le juge est lié par le maximum légal de la peine (cf. ATF 144 IV 217 consid. 3.3.3 p. 227). L'admettre signifierait de plus revenir de manière générale à la méthode abstraite, dans le cadre de laquelle le genre de peine n'est fixé qu'après que la quotité de la peine d'ensemble l'ait été (cf. CESAROV, op. cit., p. 99). Or cette solution n'est pas celle choisie par le législateur. Ainsi, selon l'art. 49 CP dans sa teneur actuelle, une personne jugée pour trois infractions, méritant aux yeux du juge concrètement chacune une peine pécuniaire, ne peut être condamnée à une peine privative de liberté d'ensemble au motif que l'aggravation de la peine pécuniaire de base conduit à augmenter celle-ci au-delà du maximum prévu par l'art. 34 al. 1 CP. La solution légale actuellement en vigueur et notamment l'art. 49 al. 1, 3e phrase, CP peuvent ainsi conduire à des résultats discutables: une personne qui aurait commis trois infractions ne justifiant chacune d'elles hypothétiquement qu'une peine pécuniaire, par exemple de 180 jours chacune compte tenu de la faute de l'auteur, ne pourrait être condamnée, si ces trois infractions sont jugées ensemble, qu'à une peine pécuniaire d'ensemble de 360 jours maximum sous l'ancien droit et de 180 jours maximum à la

- 13/19 - P/6578/2020 lumière de l'art. 34 al. 1 CP dans sa teneur entrée en vigueur au 1er janvier 2018 (ATF 144 IV 313 c. 1.1.3).

E. 4.3

Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (let. a), ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b). Il doit motiver le choix de la peine privative de liberté de manière circonstanciée (al. 2). La peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité, les peines privatives de liberté ne devant être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Lorsque tant une peine pécuniaire qu'une peine privative de liberté entrent en considération et que toutes deux apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu, conformément au principe de la proportionnalité, d'accorder la priorité à la première, qui porte atteinte au patrimoine de l'intéressé et constitue donc une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention. La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 ; 137 II 297 consid. 2.3.4 p. 301 ; voir aussi arrêts du Tribunal fédéral 6B_20/2020 du 31 août 2020 destiné à la publication, consid. 3 ; 6B_420/2017 du 15 novembre 2017 consid. 2.1).

E. 4.4

Aux termes de l'art. 42 al. 1 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

E. 4.5

En l'espèce, l'appelant a commis des infractions réitérées à l'art. 10f de l'ord. 2 COVID-19, chaque infraction étant individuellement passible de la sanction prévue par cette disposition. Il a agi pour gagner de l'argent pour vivre, alors qu'il se trouvait dans la même situation qu'un grand nombre de personnes qui se sont, comme lui, retrouvées privées de leur source de revenu, sans pour autant contrevenir aux règles édictées. Son souhait de payer son loyer était partagé par de nombreux exploitants d'établissements publics, qui n'ont pas pour autant contrevenu à l'ord. 2 COVID-19. Les mobiles de l'appelant doivent être qualifiés d'égoïstes, puisqu'il n'a pas hésité à mettre en danger le but de prévention de l'épidémie pour gagner de l'argent. Sa situation personnelle n'était certes pas facile, mais il a lui-même admis qu'il avait jusqu'alors réalisé des économies, dépensées pendant ses vacances. Si aucun reproche ne peut lui être fait à cet égard, tant la rapidité avec laquelle la situation a évolué a surpris toute la population, cette situation devait aussi lui

- 14/19 - P/6578/2020 permettre d'entrevoir la possibilité, à terme, de réunir à nouveau les sommes nécessaires pour subvenir à ses besoins. Il n'était donc nullement contraint de contrevenir aux règles édictées pour remédier immédiatement à une situation insoluble. Au contraire, il a admis avoir perçu une assistance financière pour subvenir à ses besoins vitaux. L'appelant n'a pas d'antécédent, facteur neutre sur la peine. Il a été interpellé une première fois, ce qui ne l'a pas empêché de persévérer et démontre une certaine persévérance dans son activité illicite. Cela étant, rien ne commande de prononcer à son

encontre une peine privative de liberté pour l'une ou l'autre des infractions commises en concours ; dès lors, chaque infraction doit être sanctionnée d'une peine pécuniaire, de l'ordre de 20 jours. Compte tenu de la limite de 180 unités prévues à l'art. 34 CP, qui ne peut être dépassée, il s'impose donc de sanctionner l'appelant par une peine pécuniaire de 180 jours-amende. Il n'y a pas non plus de place pour l'aggraver afin de tenir compte du délit à la LStup. L'appel doit être partiellement admis sur ce point. Compte tenu de la situation de l'appelant, le montant du jour-amende doit être fixé au minimum légal de CHF 30.-. Le bénéfice du sursis, dont les conditions sont réalisées, est acquis à l'appelant.

E. 4.6

Pour le surplus, l'appelant, qui plaide son acquittement complet, n'a nullement développé d'argumentation s'agissant de la contravention à l'art. 19a LStup. Or, cette infraction ressort de ses propres déclarations, qu'il a confirmées devant le premier juge. Sa culpabilité de ce chef et l'amende prononcée, qui paraît adéquate et même clémente, seront donc confirmées.

E. 5.1

Conformément à l'art. 66abis CP, le juge peut expulser un étranger du territoire suisse pour une durée de trois à quinze ans si, pour un crime ou un délit non visé à l'art. 66a, celui-ci a été condamné à une peine ou a fait l'objet d'une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64 CP. Cette mesure prévue par la loi qui, par essence, s'ajoute à la peine proprement dite, fait partie intégrante de la sanction à prononcer (ATF 143 IV 168 consid. 3.2 = SJ 2017 I 433). L'expulsion judiciaire pénale de l'art. 66abis CP – qui ne diffère pas fondamentalement de l'expulsion prescrite en son temps par l'art. 55 al. 1 aCP (ATF 123 IV 107 consid. 1 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_607/2018 du 10 octobre 2018 consid. 1.1 ; 6B_770/2018 du 24 septembre 2018 consid. 1.1) – ne contredit pas l'interdiction de la double peine qui découle notamment de l'art. 6 CEDH (AARP/202/2017 du 16 juin 2017 consid. 2.5).

- 15/19 - P/6578/2020 Il s'agit d'une Kann-Vorschrift (G. MÜNCH / F. DE WECK, Die neue Landesverweisung, in Art. 66a ff. StGB, Revue de l'avocat 2016, p. 163 ; G. FIOLKA / L. VETTERLI, Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, cahier spécial, Plädoyer 5/16, p. 86 ; AARP/185/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.2 ; AARP/179/2017 du 30 mai 2017 consid. 3.1.2). Le juge est donc libre, sans autre justification, de renoncer à l'expulsion facultative (M. BUSSLINGER / P. UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, cahier spécial, Plaidoyer 5/2016, p. 98). Comme toute décision étatique, le prononcé d'une expulsion non obligatoire doit respecter le principe de la proportionnalité ancré aux art. 5 al. 2 et 36 al. 2 et 3 Cst. Il convient ainsi d'examiner si l'intérêt public à l'expulsion l'emporte sur l'intérêt privé de la personne à demeurer en Suisse. Une telle pesée des intérêts répond également aux exigences découlant de l'art. 8 par. 2 CEDH concernant les ingérences dans la vie privée et familiale (arrêt du Tribunal fédéral 6B_371/2018 du 21 août 2018 consid. 3.2). S'agissant d'un étranger arrivé en Suisse à l'âge adulte, l'examen de la proportionnalité suppose une prise en compte de la nature et de la gravité de la faute, du temps écoulé depuis la commission de l'infraction, du comportement de l'auteur durant cette période, de la durée de son séjour en Suisse, de la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination (ATF 139 I 145 consid. 2.4 p. 149 ; ATF 139 I 31 consid. 2.3.3 p. 34 ss ; ATF 135 II 377 consid. 4.3 p. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_607/2018 du 10 octobre 2018 consid. 1.4.1).

E. 5.2

En l'espèce, l'appelant a commis des infractions réitérées à l'ord. 2 COVID-19, dont certaines après avoir déjà été interpellé une première fois, démontrant son absence de prise de conscience de la gravité du risque qu'il a fait courir à la santé et à la sécurité publiques. L'appelant n'a aucun lien sérieux avec la Suisse, et sa motivation à y demeurer est essentiellement économique. La Suisse n'a rien à gagner de son séjour dans le pays.

Il faut toutefois relever que les faits reprochés s'inscrivent dans un contexte particulier, dans une période extraordinaire et ne sont pas forcément le reflet d'un ancrage de l'appelant dans la délinquance. Celui-ci a été fortement marqué par sa période de détention, et on peut espérer qu'il s'abstienne à l'avenir de compromettre les intérêts de son pays d'accueil. Compte tenu par ailleurs du caractère strictement transitoire et temporaire de la législation violée par l'appelant, son expulsion apparaît somme toute disproportionnée. Son appel sera donc également admis sur ce point.

- 16/19 - P/6578/2020

E. 6

L'appelant, qui succombe sur une partie de ses griefs mais obtient gain de cause sur la quotité de la peine et l'expulsion, supportera la moitié des frais de la procédure d'appel envers l'Etat (art. 428 CPP). Le verdict de culpabilité étant intégralement confirmé, il supportera la totalité des frais de procédure de première instance, mais l'émolument complémentaire de décision sera laissé à la charge de l'état, pour tenir adéquatement compte du fait que l'appel a été partiellement accueilli.

E. 7

Considéré globalement, l'état de frais produit par Me B_____, défenseur d'office de l'appelant, satisfait les exigences légales et jurisprudentielles régissant l'assistance judiciaire gratuite en matière pénale.

Sa rémunération sera partant arrêtée à CHF 2'197.10 correspondant à huit heures et demie d'activité au tarif de CHF 200.-/heure plus la majoration forfaitaire de 20% et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 157.10.

* * * * *

- 17/19 - P/6578/2020

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.