

# VD\_GERICHTE PE17.025523 vom 18. April 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-04-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PE17.025523](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PE17.025523)

FR: VD\_GERICHTE PE17.025523 du 18 avril 2018

IT: VD\_GERICHTE PE17.025523 del 18 aprile 2018

## Erwägungen

### E. 1

Le prévenu P. \_\_\_\_\_, né en 1964, est ressortissant du Kosovo. Deuxième d'une fratrie de six enfants, il a été élevé par ses parents au Kosovo, où il a suivi la scolarité obligatoire, puis une haute école dans la métallurgie. Ayant terminé ses études en 1987, il a travaillé dans son domaine de formation durant trois ans au Kosovo avant de partir pour la Suisse en 1991. Il a épousé une ressortissante suisse en 1997; cette union a été dissoute en 2005. Dans notre pays, le prévenu a travaillé dans le domaine de l'horlogerie durant une vingtaine d'années. Il a obtenu la nationalité suisse en 2000 avant de faire retirer son passeport en 2006. En 2012, le prévenu a épousé une nommée [...], ressortissante française. Il a obtenu le permis B. Au début de l'année 2015, son épouse s'est rendue en Nouvelle Calédonie et n'est pas revenue. Le permis B du prévenu est arrivé à échéance le 18 mars 2017. Le prévenu a recouru contre la décision de refus de renouvellement de son titre de séjour auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal. Cette procédure est pendante. Depuis plusieurs années, le prévenu travaille à 50 % comme concierge [...], pour un salaire mensuel brut de 2'800 fr., soit 2'400 fr. net, gratification annuelle de 800 fr. à 1'000 fr. en sus. De mai 2015 à septembre 2016, le prévenu a, dans des conditions qui seront décrites au chiffre 2 ci-après, exploité, l'établissement public à l'enseigne du [...], qui était sis à Ecublens. Le prévenu dit n'avoir pas d'autres revenus depuis la fermeture de ce débit de boissons. Il prétend être aidé par des membres de sa famille, trois de ses frères résidant actuellement en Suisse. Il vit à Lausanne, dans un logement de quatre pièces et demie, dont le loyer

- 4 - mensuel s'élève à 2'035 francs. Pour l'heure, il ne verse pas d'acomptes d'impôt. Sa prime d'assurance-maladie est de 450 fr. par mois environ. Le prévenu est détenteur de trois véhicules, à savoir deux Mercedes et une BMW. Ce dernier véhicule lui a été donné par son frère. Pour le surplus, le prévenu déclare n'avoir ni fortune, ni dettes. Le casier judiciaire suisse de P. \_\_\_\_\_ comporte les inscriptions suivantes : - une condamnation à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour-amende, avec sursis pour un délai d'épreuve de deux ans, et amende de 540 fr., prononcée le 25 mai 2016 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, pour incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégal, emploi d'étrangers sans autorisation et délit contre la Loi fédérale sur les armes; sursis révoqué le 16 mai 2017; - une condamnation à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour-amende et amende de 1'000 fr., prononcée le 16 mai 2017 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, pour emploi d'étrangers sans autorisation, emploi répété d'étrangers sans autorisation, contravention à la Loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels et contravention à la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants.

### E. 2

Seule est litigieuse en l'espèce la créance compensatrice prononcée par le tribunal de police. Le premier juge a considéré que la créance compensatrice résultait d'une infraction génératrice de profit commise par le prévenu, à savoir l'exploitation illicite du [...] de mai 2015 à septembre 2016. En effet, dépourvu d'une licence d'exploitation, l'appelant a utilisé la licence de [...] sans remplir les exigences fixées par la loi, à savoir une présence effective de ce dernier correspondant à un temps de travail de 50 % au bar, avec une rémunération idoine, à savoir conforme à la Convention collective de travail de la branche. Cela étant, le prévenu a, toujours selon le premier juge, économisé le salaire qu'il aurait dû verser à [...] durant la période d'exploitation de 17 mois ici en cause. Calculée sur la base de la Convention collective de travail applicable à la branche, l'économie illégitime s'élève, de ce fait, à un total de 28'959 fr. 50, sur la base d'un salaire minimum de 3'407 fr. à 100 %, soit 1'703 fr. 50 à 50 %, hors charges sociales (1'703 fr. 50 x 17 mois). Par ailleurs, le prévenu a lui-même perçu les bénéfices de la gestion de cet établissement, à savoir une moyenne de 2'000 fr. brut par mois (PV aud. du 2 décembre 2015, réponse 3, p. 3), respectivement de 2'500 fr. à 3'000 fr. net par mois, pour son activité au [...] (PV aud. du 20 septembre 2016, réponse 4, p. 3). Au vu des propres déclarations du prévenu, son enrichissement illégitime pour toute la période s'élève ainsi au moins à 34'000 fr. (2'000 fr. x 17 mois).

### **E. 3**

Pour sa part, l'appelant fait tout d'abord valoir que l'exercice 2015 s'est soldé par un bénéfice de 495 fr. 10, alors que l'exercice 2016 s'est soldé par une perte de 13'371 fr. 24, après, notamment, paiement des salaires des employés et des charges sociales et qu'il n'a lui-même perçu aucun salaire (déclaration d'appel, p. 2). Il requiert en outre la production de la décision notifiée à [...] par la Préfecture (déclaration d'appel, p. 3), en faisant valoir que ce dernier aurait lui aussi été condamné à verser une créance compensatrice.

- 7 -

#### **E. 3.1**

Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3). A teneur de l'art. 398 al. 4 CPP, lorsque seules des contraventions ont fait l'objet de la procédure de première instance, l'appel ne peut être formé que pour le grief que le jugement est juridiquement erroné ou que l'état de fait a été établi de manière manifestement inexacte ou en violation du droit. Le pouvoir d'examen de l'autorité d'appel est ainsi limité dans l'appréciation des faits à ce qui a été établi de manière arbitraire, la formulation de la disposition correspondant à celle de l'art. 97 al. 1 LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110) (TF 6B\_1247/2013 du 13 mars 2014 consid. 1.2 et les références citées). En outre, aucune allégation ou preuve nouvelle ne peut être produite devant l'instance d'appel (art. 398 al. 4, deuxième phrase, CPP). Il s'agit là d'une exception au principe du plein pouvoir de cognition de l'autorité de deuxième instance qui conduit à qualifier d'appel « restreint » cette voie de droit (TF 6B\_695/2012 du 9 avril 2013 consid. 2.3.1; 1B\_768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1 et les références citées). Une telle restriction est compatible avec le droit conventionnel (cf. ATF 128 I 237 consid. 3 p. 238 s. et les références citées en particulier ATF 124 I 92 consid. 2 p. 94 ss.). En revanche, la

partie appelante peut valablement renouveler en appel les réquisitions de preuve formulées devant le premier juge et qui ont été rejetées (TF 6B\_695/2012 précité consid. 2.3.1; 6B\_362/2012 du 29 octobre 2012 consid. 8.4.1).

### **E. 3.2**

S'agissant du produit de l'exploitation, il convient de s'en tenir à l'état de fait arrêté par le premier juge. En effet, les bénéfices de l'établissement, à savoir une moyenne de 2'000 fr. brut par mois, prélevée par le prévenu, ont, comme déjà relevé, été établis sur la base des propres déclarations de l'appelant (PV aud. du 2 décembre 2015, réponse 3, page 3). Aucun élément sérieux n'infirme ces propos, ce d'autant que

- 8 - l'intéressé a également fait état de prélèvements supérieurs. Il s'agit donc d'un minimum favorable à la défense, la rémunération mensuelle moyenne retenue étant des plus modiques. Il doit ainsi être retenu en fait que le prévenu a opéré des prélèvements de caisse à hauteur de 34'000 fr. au total de mai 2015 à septembre 2016 sans discontinuer, soit durant 17 mois. Au surplus, l'art. 398 al. 4 in fine CPP, précité, interdit toute nouvelle allégation ou preuve dans une procédure portant sur des contraventions, ce qui suffit à sceller le sort de la requête tendant à la production de la décision notifiée à [...] par la Préfecture. Par surabondance, on relèvera qu'on ne voit guère comment [...], qui aurait dû être rémunéré pour ses prestations, aurait pu être condamné à une créance compensatrice. Quoiqu'il en soit, la conclusion d'appel tendant à la production de la décision rendue à l'encontre du titulaire de la licence doit être rejetée.

### **E. 4**

Sur le fond, le prévenu soutient que la créance compensatrice a pour finalité de désintéresser un tiers lésé, qui ferait cependant défaut en l'espèce. En effet, toujours selon lui, ni l'Etat, ni [...] n'aurait subi de préjudice. L'appelant soutient en outre n'avoir réalisé aucun profit qui aurait découlé de l'exploitation du [...], serait-ce même sous la forme d'économies, singulièrement par le non-paiement d'un salaire qui aurait dû être versé au titulaire de la licence mais qui ne l'a jamais été, vu la situation financière de l'établissement. Il prétend enfin que la quotité de la créance compensatrice serait exorbitante de ses moyens.

#### **E. 4.1.1**

En vertu de l'art. 70 al. 1 CP (Code pénal; RS 311.0), le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

- 9 - Aux termes de l'art. 71 al. 1, 1re phrase, CP, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. Le Tribunal fédéral a confirmé la possibilité de prononcer une créance compensatrice selon l'art. 71 al. 1, 1re phrase, CP également en cas de violation de normes de droit administratif cantonal (cf., p. ex., quant à la loi du 4 décembre 1985 sur l'aménagement du territoire et les constructions [LATC; RSV 700.11], TF 6B\_70/2016 du 2 juin 2016 consid. 7, non publié aux ATF 142 IV 315). Ce principe s'applique aux normes de la police du commerce. La créance compensatrice doit avoir pour but d'absorber effectivement un avantage illicite (ATF 119 IV 17 consid. 2c; Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/ Mazou/Rodigari [éd.], Petit commentaire CP, 2e éd., Bâle 2017, n. 9 ad art. 71 CP). Elle doit être arrêtée selon le principe des recettes brutes (cf. ATF

124 I 6 consid. 4b/ bb p. 9; ATF 119 IV 17 consid. 2a p. 20; Dupuis et alii [éd.], op. cit., n. 10 ad art. 71 CP). Ce principe n'est cependant pas absolu (TF 6B\_352/2014 du 22 mai 2015 consid. 8.1, non publié aux ATF 141 IV 273). L'avantage illicite à prendre en considération est égal à l'enrichissement irrégulier de l'auteur, à savoir tout ce que celui-ci s'est procuré par la commission de l'infraction, sans qu'il y ait lieu de déduire des frais de production ou d'acquisition (Dupuis et alii [éd.], op. cit., ibid.). L'art. 71 al. 2 CP dispose que le juge peut renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne serait pas recouvrable ou qu'elle entraverait sérieusement la réinsertion de la personne concernée. Le juge doit procéder à une appréciation globale de la situation de l'intéressé. Une réduction ou une suppression de la créance compensatrice n'est admissible que dans la mesure où l'on peut réellement penser que celle-ci mettrait concrètement en danger la

- 10 - situation sociale de l'intéressé et que des facilités de paiement ne permettraient pas d'y remédier (ATF 119 IV 17 consid. 2a p. 20 s.; TF 6B\_352/2014 du 22 mai 2015 consid. 8.1, non publié aux ATF 141 IV 273; Dupuis et alii [éd.], op. cit., n. 16 ad art. 71 CP).

#### **E. 4.1.2**

La LADB (Loi cantonale du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons [RSV 935.31]) a notamment pour but de régler les conditions d'exploitation des établissements permettant le logement, la restauration, le service de boissons ainsi que les autres débits de mets et boissons (art. 1 al. 1 let. a LADB). La loi s'applique notamment : (b) au service, contre rémunération, ou à la vente de mets ou de boissons à consommer sur place et (c) à l'usage de locaux pour la consommation, contre rémunération, de mets ou de boissons (art. 2 LADB). L'art. 4 LADB dispose que l'exercice de l'une des activités soumises à la présente loi nécessite l'obtention préalable auprès de l'autorité compétente d'une licence qui comprend : (a) l'autorisation d'exercer et (b) l'autorisation d'exploiter (al. 1). L'autorisation d'exercer est délivrée à la personne physique responsable de l'établissement (al. 2).

L'autorisation d'exploiter est délivrée à la personne morale ou physique, propriétaire ou titulaire du contrat de bail à loyer ou d'un contrat analogue, qui exploite le fonds de commerce (al. 3). L'art. 8, 1re phrase, LADB prévoit que le département (de l'économie; cf. l'art. 2 al. 1 du règlement d'exécution de la loi du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons [RLADB; RS 935.31.1]) met sur pied et tient un registre informatique public mentionnant toutes les licences au sens de l'article 4 LADB délivrées et qui sont en cours d'exploitation. Selon l'art. 32, 1re phrase, LADB, un établissement ne peut être exploité qu'à partir du moment où la licence est délivrée à l'intéressé. A teneur de l'art. 32 RLADB, les titulaires d'autorisation d'exercer, qui ne sont pas également employeurs au sens de l'article 10d du règlement, doivent pouvoir démontrer qu'ils exercent une présence effective correspondant à 50 % au moins d'une activité à temps complet dans l'établissement pour lequel ils ont obtenu une autorisation; ils doivent être

- 11 - rémunérés conformément aux dispositions légales ou conventionnelles applicables.

L'art. 63 al. 3 LADB dispose que les contraventions aux prescriptions de la présente loi ou de ses règlements d'exécution, ainsi que les contraventions aux décisions prises et aux ordres donnés par les autorités compétentes en application de la présente loi ou de ses règlements d'exécution, sont punies de l'amende jusqu'à vingt mille francs, conformément à la loi sur les contraventions.

#### **E. 4.2**

L'appelant ne conteste pas les faits incriminés, pas plus que leur qualification. Il admet donc avoir illicitement, soit en violation du droit cantonal, exploité un établissement public sans discontinuer durant 17 mois. En termes comptables, un gain illicite peut, notamment, consister en une économie, soit non seulement en une augmentation d'actif, mais aussi en une diminution de passif, tout comme, du reste, en une non-augmentation du passif ou en une non-diminution de l'actif (ATF 119 IV 17 consid. 2c p. 22 in fine), indépendamment de savoir si le bilan de l'exercice en cause est globalement créditeur ou débiteur. Les moyens d'appel déduits de la situation financière de l'établissement tombent donc à faux. Il en va de même de l'argument selon lequel nul n'aurait été lésé par les infractions en cause. Il s'agit en effet, s'agissant notamment de la contravention à l'art. 4 LADB, de violations qualifiées de normes de la police du commerce protégeant l'intérêt général. Il convient dès lors d'éviter que l'auteur conserve le bénéfice de ses actes illicites indépendamment de tout lésé. Cela étant, l'enrichissement illégitime est d'abord composé du salaire que l'appelant aurait dû verser à [...] durant la période d'exploitation de 17 mois ici en cause, à raison du minimum imposé d'un mi-temps (art. 32 RLADB) pour prendre en compte l'hypothèse la plus favorable à la défense. En effet, il est constant que [...] est seul titulaire de la licence d'exploitation au sens de l'art. 4 LADB. Or, en vertu de la norme

- 12 - réglementaire précitée, ce dernier était tenu, à défaut d'être également employeur au sens de l'art. 10d RLADB, d'exercer une activité au sein de l'établissement à raison de 50 % au moins et d'être, pour cela, rémunéré conformément aux dispositions conventionnelles applicables. L'économie faite sur le salaire qui aurait, de par la loi, dû être versé au titulaire de la licence doit ainsi être prise en compte pour le calcul du gain illicite du prévenu. Le salaire minimal découlant de la Convention collective de travail de la branche pour la période en cause n'est au surplus pas contesté. Comme en a statué le premier juge, l'économie illégitime s'élève ainsi à un total de 28'959 fr. 50, sur la base d'un salaire minimum de 3'407 fr. à 100 %, soit de 1'703 fr. 50 à 50 %, hors charges sociales (1'703 fr. 50 x 17 mois). L'enrichissement illégitime est enfin composé des montants prélevés par le prévenu sur la recette brute de l'établissement, à concurrence de 34'000 fr., comme on l'a vu plus haut. L'exploitation de l'établissement étant illégale, l'ensemble du bénéfice en découlant l'est également (cf. ATF 119 IV 17 consid. 2a p. 20). Les 34'000 fr. prélevés sur la caisse de l'établissement l'ont été sur le résultat d'exploitation, donc sur un gain illicite résultant de la vente de consommations qui n'auraient pas dû être mises sur le marché. Un gain illicite de 34'000 fr. doit donc également être retenu en plus du salaire déjà déterminé en faveur du titulaire de la licence.

#### **E. 4.3**

Ainsi, et comme l'a à juste titre retenu le premier juge, le total des gains illicites se monte à 34'000 fr. + 28'959 fr. 50, soit à 62'959 fr. 50.

#### **E. 4.4**

Reste à examiner la question de la renonciation totale ou partielle à la créance compensatrice selon l'art. 71 al. 2 CP, qui fait également l'objet des conclusions d'appel.

- 13 - A cet égard, et comme l'a relevé le premier juge, force est de constater que l'appelant ne fait l'objet d'aucune poursuite ou acte de défaut de biens. On doit en conclure qu'il parvient à couvrir ses charges avec son salaire et l'aide de sa famille. Il est en outre propriétaire d'une BMW et de deux Mercedes. Rien ne permet ainsi de considérer que la créance compensatrice prononcée ne sera pas recouvrable ni qu'elle entraverait

sérieusement la réinsertion de l'appelant, étant précisé que des modalités de paiement sont concevables.

#### **E. 5**

Vu l'issue de l'appel, les frais d'appel (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; RSV 312.03.1]) seront mis à la charge du prévenu, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP). Par identité de motifs, aucune indemnité à forme de l'art. 429 al. 1 let. a CPP ne saurait être allouée au prévenu pour la procédure d'appel.

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