

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 23 novembre 2009

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. de Montmollin et Battistolo
Greffier : M. Addor

Art. 34, 41, 47 CP; 415 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par le **MINISTERE PUBLIC** et sur le recours joint de **V._____** contre le jugement rendu le 15 juillet 2009 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne dans la cause concernant ce dernier.

Cité à comparaître en application de l'art. 438 al. 1 CPP, **V._____** ne se présente pas; son conseil, Me Fabien Mingard, se réfère à ses écritures et renonce à plaider.

Personne ne se présente pour le Ministère public.

La cour entre en délibération.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 15 juillet 2009, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a, notamment, constaté que V._____ s'était rendu coupable d'infraction et contravention à la LSEE (loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers) et d'infraction à la LEtr (loi fédérale sur les étrangers) (I); l'a condamné à une peine de 100 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 5 fr. (II) et renoncé à révoquer le sursis accordé à l'intéressé le 12 janvier 2006 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne (III).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1. L'accusé est né le 8 juin 1972 en Algérie, pays d'où il est ressortissant. Il a rejoint la Suisse à fin 2004 et y a travaillé occasionnellement sur des marchés. Depuis une année environ, il est aidé par l'Association [...] située à [...], laquelle lui offre le gîte et le couvert. En contrepartie, l'accusé fait du bénévolat au sein de cette association. Il ne bénéficie d'aucune aide financière.

Selon attestation du 19 juin 2009, l'accusé pourrait être engagé comme magasinier au sein de la Société [...] SA à [...] dès l'obtention d'un permis de travail. Cette société a entrepris des démarches en ce sens auprès du Service de la population.

2. Le casier judiciaire suisse de l'accusé comporte les inscriptions suivantes :

- 12.01.2006, Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne : recel, emprisonnement dix jours, sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 2 ans; détention préventive 5 jours,
- 22.08.2006, Tribunal de police de La Chaux-de-Fonds, séjour illégal, concours d'infractions; emprisonnement 15 jours, sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 2 ans, révoqué le 16 mai 2007, peine partiellement complémentaire au jugement du 12 janvier 2006 du Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne;
- 16 mai 2007, Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne : séjour illégal, contravention à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, concours; peine pécuniaire 20 jours-amende à 30 francs.

3. Entre sa dernière condamnation pour des faits similaires, le 16 mai 2007 et le 17 décembre 2008, l'accusé a poursuivi son séjour en Suisse, notamment à Lausanne, sans être au bénéfice d'une autorisation.

Durant la période précitée, il a exercé une activité lucrative, en qualité de vendeur sur les marchés, quand bien même il n'était pas titulaire d'un permis de travail.

L'accusé a admis les faits.

Le tribunal a retenu que l'accusé s'était rendu coupable d'infraction et de contravention à la LSEE (art. 23 al. 1 § 4 et 23 al. 6) et d'infraction à la LEtr (art. 115 al. 1 let. b et c).

Relevant qu'une peine privative de liberté ne pouvait pas être prononcée étant donné le caractère subsidiaire de ce type de sanction, il a infligé à V._____ une peine pécuniaire pour l'ensemble de son activité délictueuse entre 2007 et 2008.

C. En temps utile, le Ministère public a recouru contre le jugement précité. Il a conclu à sa réforme principalement en ce sens que V._____ est condamné pour infraction et contravention à la LSEE et infraction à la LEtr à cent jours de peine privative de liberté, et subsidiairement en ce sens que le prénommé est condamné pour les infractions précitées à une peine de cent jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr., et le jugement étant maintenu pour le surplus.

Dans le délai imparti à cet effet, V._____ a déposé un recours joint. Il a conclu à la réforme du jugement entrepris en ce sens qu'il est condamné à une peine de cent jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 1 franc. Dans ses déterminations, il a conclu au rejet du recours de Ministère public.

Le Ministère public a renoncé à déposer un préavis sur le recours joint formé par V._____.

En droit :

1. Le recours du Ministère public tend exclusivement à la réforme du jugement entrepris. En pareil cas, la cour de céans est liée par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2 CPP). En revanche, elle examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens invoqués (art. 447 al. 1 CPP). Elle ne peut cependant aller au-delà des conclusions du recourant (art. 447 al. 2 CPP).

2. Le Ministère public, sans remettre en cause la quotité de la peine infligée au condamné, s'en prend à son genre. Il soutient en effet qu'une peine privative de liberté aurait dû être prononcée à l'endroit de V._____.

2.1 A titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité, respectivement de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Le choix du type de sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 134 IV 97 c. 4.2).

Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. En vertu du principe de la proportionnalité, il y a en règle générale lieu, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 82 c. 4.1). La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général représentent des atteintes moins importantes et constituent ainsi des peines plus clémentes. Cela résulte également de l'intention essentielle, qui était au coeur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêt, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions (ATF 134 IV 60 c. 4.3).

Une peine privative de liberté ferme de moins de six mois n'entre qu'exceptionnellement en ligne de compte. Elle n'est possible que si les conditions de l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 CP ne sont pas remplies et qu'il faille simultanément admettre qu'une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général ne pourront être exécutés (art. 41 CP). En édictant cette disposition, le législateur a institué un ordre légal de priorité en faveur des sanctions non privatives de liberté. Le tribunal doit ainsi toujours examiner d'abord si une peine pécuniaire ferme peut être

prononcée. Celle-ci doit pouvoir être appliquée même aux personnes ayant une faible capacité de revenu. Son exécution doit a priori procéder d'un paiement spontané et non résulter d'une exécution forcée par voie de poursuite. Il s'ensuit que l'exécution de la peine pécuniaire n'est pas rendue impossible du seul fait qu'il apparaît dès l'abord que l'on ne pourra en obtenir le paiement dans une telle procédure. Par ailleurs, avec l'accord de l'intéressé, le travail d'intérêt général a la priorité dans tous les cas sur la peine pécuniaire (ATF 134 IV 97 c. 6.3.3.2).

2.2 La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent en revanche pas des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 c. 5.2.3).

Le sens et le but de la peine pécuniaire ne se résument pas à la seule privation de moyens financiers, mais résident dans la restriction apportée au standard de vie ainsi qu'aux possibilités de consommation qui en résultent. Le législateur a voulu qu'elle puisse aussi être prononcée à l'encontre d'auteurs dont les revenus sont faibles et même inférieurs au minimum vital, sans quoi il existerait le risque que la peine pécuniaire soit fréquemment considérée comme inadéquate et, partant, remplacée par une peine privative de liberté, ce qui irait à l'encontre d'un postulat fondamental à la base de la révision. Précisément parce qu'elle touche à ce qui leur est nécessaire pour vivre, la peine pécuniaire est d'autant plus sensible pour les auteurs démunis. Sous réserve de la faute de l'auteur ou d'événements imprévisibles, il n'y a cependant pas place pour une peine pécuniaire qui ne puisse être acquittée. C'est pourquoi le législateur a expressément renoncé à fixer un seuil minimal à la peine pécuniaire. Le prononcé d'une peine pécuniaire modique est ainsi possible à l'encontre des personnes ne réalisant qu'un faible revenu ou qui sont démunies, tels les bénéficiaires de l'aide sociale, les personnes sans activité professionnelle, celles qui s'occupent du ménage ou encore les étudiants (ATF 134 IV 97 c. 5.2.3).

2.3. En l'espèce, V._____ a été reconnu coupable d'infraction à l'art. 23 al. 1 § 4 LSEE, de contravention à l'art. 23 al. 6 LSEE et d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b et c LEtr.

Ces infractions sont passibles respectivement d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, d'une amende et d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le tribunal a retenu que la LSEE, dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier au 31 décembre 2007, était applicable s'agissant des faits commis en 2007. Pour ceux remontant à l'année 2008, la LEtr, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, était applicable. Moins favorable que la LSEE, la LEtr n'était pas applicable au titre de lex mitior à l'ensemble de la période.

Ce raisonnement, qui n'est pas contesté, ne prête pas le flanc à la critique. Cela n'est d'ailleurs pas décisif quant au point de savoir si le tribunal de police aurait dû, comme le soutient le Ministère public, infliger à V._____ une courte peine privative de liberté au lieu d'une peine pécuniaire.

2.4 En l'occurrence, V._____ a été condamné à trois reprises entre le 12 janvier 2006 et le 16 mai 2007, les deux dernières fois pour infraction à la LSEE. Dans le cadre de la procédure qui a abouti à la condamnation du 12 janvier 2006, il a été détenu préventivement durant cinq jours. Le pronostic étant défavorable, les conditions du sursis à l'exécution de la peine (art. 42 CP) n'étaient pas réalisées - question qui n'est du reste pas litigieuse. A première vue donc, une peine privative de liberté était envisageable. Cela étant, il faut se demander si une peine pécuniaire peut être exécutée dans le cas présent (art. 41 al. 1 CP). Le jugement entrepris retient à cet égard que V._____ ne perçoit aucun revenu, qu'il bénéficie de l'aide en nature d'une association et qu'il occupe à l'occasion de petits emplois sur les marchés. L'intéressé, malgré la modicité de ses ressources, n'est donc pas totalement démuné. Cette situation modeste ne fait pas obstacle au prononcé d'une peine pécuniaire

(cf. ATF 6B_541/2007 du 13 mai 2008, ad Cass., J., 18 avril 2007/219). En conséquence, les conditions auxquelles l'art. 41 al. 1 CP subordonne le prononcé d'une courte peine privative de liberté ne sont pas réalisées.

Au demeurant, on relève que l'art. 23 al. 1 LSEE dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier au 31 décembre 2007 ne permet pas de prononcer une condamnation à une peine privative de liberté (ATF 134 IV 60 c. 8.4). La courte peine privative de liberté que le Ministère public réclame ne pourrait être infligée qu'en vertu de la LEtr (art. 115 al. 1 let. b et c LEtr), pour les infractions commises en 2008. A cette courte peine privative de liberté devrait ainsi s'ajouter une peine pécuniaire sanctionnant les infractions commises en 2007. En effet, et contrairement à ce que soutient le Ministère public, peine pécuniaire et peine privative de liberté ne sont pas du même genre (Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, n. 7 ad art. 49 CP, p. 282). L'art. 49 al. 1 CP ne permet donc pas de sanctionner l'ensemble de l'activité délictueuse déployée par V._____ par une courte peine privative de liberté. Même s'il ne s'agit pas là d'un critère décisif, il ne serait pas judicieux ni cohérent, vu la nature et la durée des infractions en cause, de prononcer une courte peine privative de liberté cumulée à une peine pécuniaire.

Les conclusions principales du recours du Ministère public doivent donc être rejetées.

3. Le Ministère public demande à titre subsidiaire que le montant du jour-amende soit fixé à 10 fr., au lieu de 5 francs.

Même pour les condamnés vivant au seuil ou au-dessous du minimum vital, le montant du jour amende ne doit pas être réduit à une valeur symbolique au risque que la peine pécuniaire, que le législateur a placée sur pied d'égalité avec la peine privative de liberté, perde toute signification (ATF 134 IV 60 c. 6.5.2). A cet égard, il a été jugé qu'au montant de 5 francs par jour, la quotité du jour-amende n'était pas conforme au droit fédéral. Quelle que soit la situation économique du

condamné, l'exécution d'une peine aussi minime n'est pas susceptible d'influencer concrètement et de manière sensible son standard de vie et ses possibilités de consommation (ATF 6B_769/2008 du 18 juin 2009, c. 1.4.3).

En l'espèce, malgré la modicité des ressources de V._____, le jour-amende fixé à cinq francs n'est pas de nature à exercer une influence sensible sur son mode de vie et sur ses possibilités de consommation. Pour ne pas apparaître d'emblée symbolique, le montant du jour-amende aurait dû être fixé à 10 francs. Le condamné n'est pas démuné au point qu'une telle exigence devrait être tenue pour excessivement sévère.

Compte tenu de ce qui précède, les conclusions subsidiaires du recours du Ministère public doivent être admises.

4. Dans son recours joint, V._____ demande que le montant du jour-amende soit fixé à 1 franc.

Pour les motifs exposés au chiffre 3 ci-dessus, auxquels on renvoie, le recours ne peut qu'être rejeté sur ce point.

5. Les frais de deuxième instance sont laissés à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours du Ministère public est admis partiellement, le recours joint de V._____ est rejeté.
- II.** Le jugement est réformé au chiffre II de son dispositif en ce sens que le tribunal :

II. Condamne V._____ à une peine de 100 (cent) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (dix francs).

Le jugement est maintenu pour le surplus.

III. Les frais de deuxième instance sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier:

Du 24 novembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué aux recourants et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Fabien Mingard, avocat (pour V._____),
- M. le Procureur général du canton de Vaud.

et communiqué à :

- Service de la population, secteur étrangers (V._____, [...]),
- Office fédéral des migrations,
- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Juge d'instruction cantonal,

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), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier: