REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/11270/2019 **AARP/165/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 11 mai 2021

Entre

A_____, domicilié _____ [VD], comparant par M^e^ B_____, avocate, _____, Genève,

appelant,

contre le jugement JTDP/1150/2020 rendu le 13 octobre 2020 par le Tribunal de police,

et

SERVICE DES CONTRAVENTIONS, chemin de la Gravière 5, case postale 104, 1211 Genève 8,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

Siégeant : Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, présidente.

EN FAIT :

A. **a.** En temps utile, A_____ appelle du jugement du 13 octobre 2020, par lequel le Tribunal de police (TP) l'a reconnu coupable de d'infraction à l'Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (art. 32a *cum* art. 9 al. 1bis OLCP) et lui a infligé une amende de CHF 1'000.- (peine privative de liberté de substitution : dix jours), frais de la procédure à sa charge.

A_____ entreprend intégralement ce jugement, concluant à son acquittement et à la couverture de ses frais de défense par CHF 6'090.50. Il formule une réquisition de preuve, tendant à l'audition de C_____ et produit, outre des pièces pourtant déjà au dossier, y compris le jugement et le procès-verbal de l'audience de première instance, une déclaration écrite de la précitée avec sa traduction libre.

b. Selon l'ordonnance pénale du 17 avril 2019 du Service des contraventions, il est reproché à A_____ d'avoir employé dans son salon de massage, sis 1_____ à Genève, à diverses dates, notamment le 6 et 7 mars 2019, une travailleuse du sexe de nationalité espagnole, sans avoir respecté la procédure d'annonce, étant précisé que seule cette dernière période a été retenue par le TP.

B. Celui-ci a retenu l'état de fait suivant :

a. « *Selon le rapport de contravention du 21 mars 2019, la police a procédé à un contrôle, en date du 11 mars 2019 à 22h45, du salon de massages E_____, sis 1_____, à Genève. A cette occasion, les policiers ont constaté que C_____, ressortissante espagnole née le _____ 1984, avait travaillé sans autorisation les 6 et 7 mars 2019. En effet, l'intéressée a expliqué aux policiers être arrivée le 5 mars 2019 et avoir commencé son activité le 6 mars 2019. Or les contrôles de police ont permis d'établir que C_____ était au bénéfice d'une autorisation de travail de courte durée à partir du 8 mars 2019.*

Une capture d'écran du billet d'avion F_____-Genève du 5 mars 2019 présenté aux policiers est annexé au rapport de police. »

b. « *Dans son opposition à l'ordonnance pénale, A_____ a déclaré que C_____ n'avait pas immédiatement travaillé dès son arrivée en Suisse, ce qu'il avait expliqué aux policiers, lors du contrôle. Il avait effectué les formalités sur internet, le 7 mars 2019, lorsque l'intéressée l'avait informé qu'elle était de retour à Genève et qu'elle viendrait travailler de nuit. Par ailleurs, selon son conseil juridique, l'hypothétique infraction n'avait pas été constatée formellement, puisque, lors de son contrôle, l'intéressée était au bénéfice d'une autorisation valable du 8 au 16 mars 2019.* »

c. « *Par courriel du 8 mai 2018, l'inspectrice ayant rédigé le rapport a maintenu celui-ci, indiquant que, lorsqu'elle avait procédé au contrôle aux côtés de ses collègues, ils n'avaient pas constaté que C_____ avait travaillé les 6 et 7 mars 2019 mais l'intéressée elle-même leur avait affirmé avoir commencé son activité au salon de massages E_____ dès le lendemain de son arrivée à Genève, soit dès le mercredi 6 mars 2019. C_____ leur avait présenté une capture d'écran relative à son vol en provenance d'Espagne, en date du 5 mars 2019, afin de justifier ses propos.* »

d. « *Le 24 mai 2019, le Service des contraventions a rendu une ordonnance de maintien de l'ordonnance pénale n°2_____.* »

e.a. « *Lors de l'audience de jugement, A_____ a confirmé son opposition à l'ordonnance pénale du Service des contraventions, contestant les faits qui lui sont reprochés. Il a déclaré que C_____ était venue le voir le 7 mars 2019 pour lui demander du travail. Il avait requis l'IMES pour cette dernière le 8 mars 2019, date à laquelle l'intéressée avait commencé à travailler. Il a précisé qu'il ignorait à quelle date les filles arrivaient en Suisse et quittaient le pays, dans la mesure où elles n'habitaient pas toujours chez lui, mais elles venaient toujours un jour avant le début de leur activité afin qu'il puisse demander l'IMES. C_____ avait ainsi pu arriver en Suisse avant de venir le voir pour lui demander du travail. Elle avait également pu travailler ailleurs avant.* »

e.b. « *A_____ a sollicité une indemnité de CHF 2'680.-, ainsi que le paiement des honoraires de son conseil pour la préparation de l'audience de jugement ainsi que la participation à celle-ci.* »

e.c. « *A_____ a produit un bordereau de pièces comprenant trois attestations d'annonce concernant C_____, ainsi qu'un courrier de son conseil du 9 octobre 2019 indiquant le montant des honoraires perçus.* »

e.d. « *Convoquée en qualité de témoin, C_____ ne s'est pas présentée à l'audience de jugement.* »

e.e. « *L'inspectrice D_____ a été entendue en qualité de témoin. Elle a expliqué qu'en contrôlant l'autorisation de travail de C_____ parallèlement au livre de police avec ses collègues, ils avaient demandé à l'intéressée quand est-ce qu'elle avait commencé à travailler. Cette dernière leur avait répondu qu'elle avait commencé son activité le mercredi 6 mars 2019, précisant qu'elle avait travaillé au salon de massages E_____. L'intéressée leur avait montré son billet d'avion daté du 5 mars 2019, expliquant qu'elle avait commencé son travail le lendemain de son arrivée. La témoin a précisé que la discussion était orale et informelle, en langue espagnole, elle-même ne parlant pas cette langue mais comprenant les choses simples. En revanche l'un des policiers qui avait fait le contrôle à ses côtés parlait*

très bien espagnol. Ce dernier avait demandé à C_____ quel jour celle-ci avait commencé à travailler et l'intéressée lui avait répondu "miercoles" le 6 mars 2019. Elle en avait par ailleurs discuté avec ses collègues. Elle n'avait pas procédé à une audition formelle de C_____ consignée dans un procès-verbal, après avoir lu et expliqué les droits de la personne auditionnée, expliquant qu'ils ne procédaient habituellement pas ainsi, lorsqu'ils discutaient avec les personnes qui travaillaient dans les salons de massages. Ils n'avaient ainsi pas rendu l'intéressée attentive à une obligation de dire la vérité. »

C. **a.** Rejetant la réquisition de preuve présentée par A___ au motif que l'art. 398 al. 4 du code de procédure pénale (CPP) proscrivait, en matière contraventionnelle, l'administration de preuves nouvelles devant la juridiction de première instance (*infra* consid. 2*)*, la Chambre pénale d'appel et de révision (CPAR) a ordonné l'instruction de la cause par la voie écrite (art. 406 al. 1 let. c CPP).

b. Aux termes de sa déclaration d'appel motivée puis de son écriture du 10 mars 2021 qui en reproduit la teneur, A_____ persiste dans ses conclusions. Le TP avait violé divers principes et dispositions légales en se fondant sur les propos attribués à C_____ par la seule agente de police D_____, son collègue n'ayant pas été entendu, alors que la prostituée n'avait été interrogée qu'informellement, sans être au préalable avertie de ses droits et hors tout procès-verbal. L'agente n'était qu'un témoin par ouï-dire, soit un témoin de ce que son collègue, qui n'était du reste pas non plus un témoin des faits, lui avait rapporté au sujet des dires de C_____ en langue espagnole. De la sorte, A_____ avait notamment été privé de son droit à la confrontation avec le seul véritable témoin à charge.

En définitive, ses frais de défense ascendaient à CHF 8'419.53 (notes d'honoraires et *time sheets* non produits).

c. Le MP conclut au rejet de l'appel, renvoyant au jugement, auquel le TP se réfère également.

EN DROIT :

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]).

1.2. Conformément à l'art. 129 al. 4 LOJ, lorsque des contraventions font seules l'objet du prononcé attaqué et que l'appel ne vise pas une déclaration de culpabilité

pour un crime ou un délit, la ou le magistrat.e exerçant la direction de la procédure de la juridiction d'appel est compétent.e pour statuer.

2. **2.1.** En matière contraventionnelle, l'appel ne peut être formé que pour le grief selon lequel le jugement est juridiquement erroné ou l'état de fait a été établi de manière manifestement inexacte ou en violation du droit. Aucune nouvelle allégation ou preuve ne peut être produite (art. 398 al. 4 CPP).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_362/2012 du 29 octobre 2012 consid. 5.2). En outre, aucune allégation ou preuve nouvelle ne peut être produite devant l'instance d'appel (art. 398 al. 4, 2e 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 (arrêt du Tribunal fédéral 1B_768/2012 du 15 janvier 2013 consid. 2.1). En revanche, la partie appelante peut valablement renouveler en appel les réquisitions de preuve formulées devant la première juge et qui ont été rejetées (arrêt du Tribunal fédéral 6B_202/2015 du 28 octobre 2015 consid. 2.2 et les arrêts cités).

2.2. Dès lors, la déclaration écrite de C_____ produite par l'appelant n'est pas recevable. La juridiction d'appel ne peut pas davantage procéder à l'audition de la précitée en qualité de témoin. Tout au plus pourra-t-elle, si elle parvient à la conclusion que cette mesure probatoire était indispensable, renvoyer la cause à la première juge, afin qu'elle y procède (art. 409 al. 1 CPP ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème édition, Bâle 2019, no 30 *ad* art. 398 al. 4 CPP). Pour ce motif, la réquisition de preuve a été rejetée.

3. **3.1.1.** Aux termes de l'art. 141 CPP, les preuves administrées en violation de l'art. 140 CPP ne sont en aucun cas exploitables. Il en va de même lorsque le présent code dispose qu'une preuve n'est pas exploitable (al. 1). Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (al. 2). Les preuves qui ont été administrées en violation de prescriptions d'ordre sont exploitables (al. 3).

3.1.2. Les personnes entendues par la police au cours d'investigations policières le sont à titre de personnes appelées à donner des renseignements, si elles ne revêtent pas la qualité de prévenus (art. 179 al. 1 CPP).

En application de l'art. 180 al. 1 CPP, les personnes appelées à donner des renseignements, à l'exception de la partie plaignante, ne sont pas tenues de déposer. Elles doivent en être informées (art. 181 al. 1 CPP) ; au surplus, les dispositions

relatives à l'audition des prévenus leur sont applicables par analogie (art. 180 al. 1 2e phrase).

En outre, selon l'art. 181 al. 2 CPP, les autorités pénales doivent attirer l'attention des personnes appelées à donner des renseignements qui ont l'obligation de déposer ou qui s'y déclarent prêtes sur les conséquences pénales possibles d'une accusation calomnieuse (art. 303 CP), de déclarations visant à induire la justice en erreur (art. 304 CP) ou d'une entrave à l'action pénale (art. 305 CP).

La loi ne règle pas explicitement ce qu'il se passe lorsque les autorités pénales n'informent pas sur le droit de refuser de déposer et sur les conséquences pénales prévues aux art. 303 à 305 CP. La doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs sont d'avis que les déclarations sont inexploitables (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 3ème éd., Zurich 2018, n° 8 *ad* art. 181; Y. JEANNERET / A. KUHN, *Précis de procédure pénale*, Berne 2018, p. 219 s.; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2e éd., Bâle 2014, n° 25 *ad* art. 143). D'autres soutiennent qu'il s'agit d'une simple violation de prescription d'ordre, de sorte que les déclarations restent exploitables (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *op* cit, n° 22 *ad* art. 181; J. PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse*, 2012, n° 410; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit*, n° 27 *ad* art. 143 CP; A. DONATSCH [éd.], *StGB & JStG Kommentar : mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG*, 20ème éd., Zurich 2018, n° 22 *ad* art. 181). Pour sa part, la jurisprudence a laissé la question ouverte (ATF 141 IV 20 consid. 1.2.4 p. 28 arrêt non publié 6B_386/2020 consid. 2.3 du 14 août 2020).

3.1.2. Le TP a retenu que C_____ n'avait en effet pas été rendue attentive à son obligation de dire la vérité mais qu'on ne voyait pas quel intérêt elle aurait eu à mentir (consid. 1.2). Ce faisant, la première juge ne s'est pas posée la question de l'exploitabilité de la preuve, passant directement à son appréciation. Elle ne s'est pas non plus formalisée de ce que l'intéressée n'avait pas été informée de ce qu'elle n'était pas tenue de déposer, pas plus que de l'absence d'un procès-verbal, *a fortiori* d'un procès-verbal relu et signé (art. 78 CPP). Cela étant, la question souffre, à ce stade, de demeurer ouverte, vu ce qui suit.

3.2.1. L'art. 6 par. 3 let. d de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) garantit à tout accusé le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Cette disposition exclut qu'un jugement pénal soit fondé sur les déclarations de témoins sans qu'une occasion appropriée et suffisante soit au moins une fois offerte au prévenu de mettre ces témoignages en doute et d'interroger les témoins, à quelque

stade de la procédure que ce soit (ATF 140 IV 172 consid. 1.3 p. 176; 133 I 33 consid. 3.1 p. 41; 131 I 476 consid. 2.2 p. 480 s.; arrêt 6B_383/2019 du 8 novembre 2019 consid. 8.1.2 non publié aux ATF 145 IV 470). En tant qu'elle concrétise le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), cette exigence est également garantie par l'art. 32 al. 2 Cst. (ATF 144 II 427 consid. 3.1.2 p. 435; 131 I 476 consid. 2.2 p. 480).

3.2.2. Le TP a retenu que la culpabilité de l'appelant était établie au motif que les faits étaient établis « *par le rapport de police et les déclarations claires et précises de la témoin entendue à l'audience de jugement.* » (consid. 1.2).

Or, ce témoin, soit l'agente de police, de même que le rapport de police, ne font que relater ce que le seul témoin des faits aurait déclaré. La déposition du témoin C_____, telle que traduite par le collègue de l'agente entendue par le TP et relatée à cette dernière, est donc le seul élément à charge sur lequel est fondé le jugement.

L'appelant, qui soutient que le témoin C_____ n'avait pas travaillé les 6 et 7 mars 2019, aurait donc dû se voir donner l'occasion d'interroger son employée. La seule appréciation selon laquelle le témoin n'avait pas d'intérêt à mentir ne justifie pas que l'appelant n'ait pas eu l'occasion de le vérifier. Indépendamment de cela, l'intéressée aurait pu se tromper, voire avoir mal compris les questions de la police et/ou avoir été mal comprise par l'agent qui faisait office d'interprète. Une confrontation s'imposait d'ailleurs d'autant plus vu les conditions de l'audition (pas d'avertissement, pas de procès-verbal, *a* fortiori de procès-verbal relu et signé). Le TP avait du reste admis la réquisition d'audition du témoin. Le fait qu'elle n'ait pas comparu à l'audience n'était pas d'entrée de cause un motif de renoncer à la mesure. A tout le moins une seconde tentative aurait pu être faite.

En conclusion, le droit de l'appelant d'être confronté au témoin à charge a bien été violé. La cause doit donc être renvoyée au TP afin qu'il procède à la confrontation ou, si la mesure probatoire devait s'avérer irréalisable, détermine dans quelle mesure les propos de C_____ tels que rapportés par la police sont exploitables, cas échéant quelle est leur valeur probante et si d'autres éléments du dossier, seuls ou considérés avec lesdits propos, permettent de retenir que l'infraction est avérée.

4. Les frais de la procédure d'appel sont laissés à charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/1150/2020 rendu le 13 octobre 2020 par le Tribunal de police dans la procédure P/11270/2019.

L'admet.

Annule le jugement dont est appel et renvoie la cause au Tribunal de police pour instruction de la cause dans le sens des considérants et nouveau jugement.

Laisse les frais de la procédure d'appel à la charge de l'Etat.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, au Tribunal de police.

La greffière :	La présidente :
Melina CHODYNIECKI	Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale, sous la réserve qui suit.