

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 11 mars 2019

Composition : M. SAUTEREL, président
M. Winzap et Mme Rouleau, juges
Greffière : Mme Choukroun

Parties à la présente cause :

N._____, prévenu, représenté par Me Philippe Rossy, défenseur de choix
à Lausanne, appelant,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par le Procureur de l'arrondissement de
Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 29 novembre 2018, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté qu'N._____ s'est rendu coupable de conduite en état d'ébriété qualifiée (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 30 fr. et dit que la peine est complémentaire à celle prononcée à son encontre le 6 septembre 2018 par le Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois (II), a condamné N._____ à une amende de 1'000 fr. et dit que la peine privative de liberté de substitution sera de 5 jours en cas de non-paiement fautif de celle-ci (III), a suspendu l'exécution de la peine pécuniaire fixée au chiffre II ci-dessus et fixé un délai d'épreuve de deux ans à N._____ (IV) et a mis les frais de justice, par 1'200 fr., à sa charge (V).

B. Par annonce du 30 novembre 2018, puis déclaration du 9 janvier 2019, N._____ a fait appel de ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa libération de la prévention de conduite en état d'ébriété qualifiée, à ce qu'aucune peine ne lui soit infligée, à ce qu'aucun frais ne soit mis à sa charge et à ce qu'une indemnité de l'art 429 CPP dont le montant sera précisé ultérieurement lui soit allouée. A l'appui de son appel, il a produit un communiqué de l'OFROU intitulé « Contrôle de l'alcool dans l'air expiré sur la route : la méthode change, mais pas les règles » (P. 30/5).

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. N._____, originaire d'[...], est né le [...] 1962. Il est le père d'un enfant majeur issu d'une précédente union, pour lequel il paie une pension mensuelle de 700 francs. Marié, il est également père d'un enfant

de 5 ans. Il est responsable commercial d'un bowling, géré par une société dont son épouse détient 99% du capital-actions, et gagne environ 2'900 fr. net par mois en sus d'une commission annuelle de l'ordre de 8'000 francs. Son épouse est actuellement au chômage et perçoit une indemnité mensuelle d'environ 2'000 francs. Il assume un loyer mensuel de 1'500 fr. et des primes d'assurance-maladie de 340 fr. par mois. Il a déclaré avoir des dettes importantes et ne pas avoir de fortune.

Le casier judiciaire d'N._____ comporte les inscriptions suivantes :

- 09.08.2012 : Ministère public du canton de Fribourg, violation grave des règles de la circulation routière, peine pécuniaire 50 jours-amende à 250 fr., sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 2 ans, amende 3'000 fr. ;
- 06.09.2018 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, délit contre la LF sur les armes, peine pécuniaire 10 jours-amende à 30 fr., sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve 3 ans.

2. Dans la nuit du vendredi 15 au samedi 16 décembre 2017, N._____ a fêté son anniversaire avec un ami, lui-même accompagné de trois femmes, à la brasserie du [...]. Durant le repas, N._____ a déclaré avoir mangé une salade et n'avoir bu qu'un ou deux verres de champagne à l'apéritif, ainsi qu'une bouteille de vin rouge partagée entre 5 durant le repas. Vers 23h30-24h, il s'est rendu à pied, avec ses amis, dans la discothèque [...], située sur la Place [...] pour y rester jusqu'aux environs de 04h00-04h30. Il a indiqué avoir bu un shot comprenant un mélange d'alcool et de jus de fruit à son arrivée à la discothèque, puis une bouteille de champagne partagée entre cinq personnes, dont il aurait bu pour la dernière fois vers 03h-03h30. Il a repris le volant à 5h00 environ pour regagner son domicile à [...].

Alors qu'il était sur la route de [...] au débouché du chemin [...] à [...], N._____ a été arrêté au volant de son véhicule à 05h30 dans le cadre d'un contrôle de routine. Les agents qui ont procédé à son

interpellation ont constaté qu'il présentait d'emblée des signes inhérents à une alcoolémie, ses yeux étant injectés et son haleine sentant l'alcool. Ils lui ont alors demandé s'il avait consommé des boissons alcoolisées dans les 20 dernières minutes, ce à quoi il a répondu par la négative. Un premier test à l'éthylotest a dès lors été effectué sur place. Les agents ont relevé un taux de 0.53 mg/l. Face à ce résultat, N. _____ se serait ravisé et aurait déclaré avoir bu dans les 20 dernières minutes. Les agents l'ont donc fait patienter sur place et l'ont soumis une seconde fois à un test au moyen de leur appareil portatif, lequel s'est à nouveau révélé positif. N. _____ a donc été conduit au centre de la Blécherette pour la suite des formalités. Il a été invité à boire de l'eau, ce qu'il a fait, ainsi qu'à uriner et se rincer la bouche avant de passer un test à l'éthylomètre à usage de preuve, lequel a indiqué un taux de 0.53mg/l à 5h54, soit une quantité fondant une ivresse qualifiée. N. _____ s'est énervé lorsque le policier lui a dit, au sujet du résultat, que « c'est le double ». Le policier a alors indiqué qu'il devait lui poser des questions pour établir un rapport, ce à quoi N. _____ s'est opposé, estimant avoir déjà soufflé dans plusieurs appareils et que les policiers avaient les éléments suffisants pour établir une dénonciation. N. _____ a également refusé de signer tout document qui lui serait présenté, notamment le formulaire « protocole d'incapacité de conduire et une saisie provisoire du permis de conduire », de même que la possibilité de demander une prise de sang à ses frais. Il s'est vu saisir son permis et a regagné son domicile en taxi.

Le 31 mai 2018, le Ministère public a procédé à l'audition d'N. _____, assisté de son défenseur. À cette occasion, celui-ci a notamment confirmé avoir refusé de répondre aux questions que le gendarme voulait lui poser sans la présence de son avocat et avoir refusé de signer les documents qui lui étaient présentés ou de se soumettre à la prise de sang qui lui avait été proposée (PV aud. 1 l. 76-79, l.135-138).

Dans un rapport complémentaire du 11 septembre 2018, faisant suite à la requête du Ministère public du 13 juillet 2018, les gendarmes qui avaient procédé à l'interpellation d'N. _____ ont répondu

à une série de questions relatives aux circonstances de cette interpellation (P. 17).

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP, [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0] par une partie ayant la qualité pour recourir contre un jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel d'N._____ est recevable.

2. 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 (a) pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) pour constatation incomplète ou erronée des faits et (c) pour inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, in : Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement de l'appel (art. 389 al. 3 CPP).

3. L'appelant soutient que le résultat du test à l'éthylomètre effectué à 5h51 au centre de la Blécherette ne serait pas probant, faute d'établissement d'un rapport comme le prescrit la réglementation.

3.1

3.1.1 L'art. 55 LCR (loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 ; RS 741.01) dispose notamment que les conducteurs de véhicules, de même que les autres usagers de la route impliqués dans un accident, peuvent être soumis à un alcootest (al. 1). Si la personne concernée présente des indices laissant présumer une incapacité de conduire et que ces indices ne sont pas dus ou pas uniquement dus à l'influence de l'alcool, elle peut faire l'objet d'autres examens préliminaires, notamment d'un contrôle de l'urine et de la salive (al. 2). L'Assemblée fédérale fixe dans une ordonnance le taux d'alcool dans l'haleine et le taux d'alcool dans le sang à partir desquels les conducteurs sont réputés être dans l'incapacité de conduire au sens de la présente loi (état d'ébriété) indépendamment de toute autre preuve et du degré de tolérance individuelle à l'alcool (al. 6 let. a) et le taux qualifié d'alcool dans l'haleine et dans le sang (al. 6 let. b).

3.1.2 Sur la base des dispositions précitées, le Conseil fédéral a édicté l'OCCR (Ordonnance du 28 mars 2007 sur le contrôle de la circulation routière; RS 741.013).

L'art. 10 OCCR dispose que le contrôle de l'alcool dans l'air expiré peut être effectué au moyen d'un éthylotest au sens de l'art. 11 (al. 1 let. a) ou d'un éthylomètre au sens de l'art. 11a (al. 1 let. b).

Conformément à l'art. 11 OCCR, le contrôle effectué au moyen d'un éthylotest peut avoir lieu au plus tôt après un délai d'attente de 20 minutes (al. 1 let. a), ou après que la personne contrôlée s'est rincé la bouche, conformément aux indications éventuelles du fabricant de l'appareil (al. 1 let. b). Il y a lieu d'effectuer deux mesures pour le contrôle. Si elles divergent de plus de 0,05 mg/l, il faut procéder à deux nouvelles

mesures. Si la différence dépasse de nouveau 0,05 mg/l et s'il y a des indices de consommation d'alcool, il y a lieu d'effectuer un contrôle au moyen d'un éthylomètre ou d'ordonner une prise de sang (al. 2).

Aux termes de l'art. 11a OCCR, le contrôle effectué au moyen d'un éthylomètre peut avoir lieu au plus tôt après un délai d'attente de dix minutes (al. 1). Si l'éthylomètre décèle la présence d'alcool dans la bouche, il faut attendre au moins cinq minutes supplémentaires pour effectuer le contrôle (al. 2).

L'art. 13 OCCR, intitulé « Obligations de la police » dispose en substance que la police est notamment tenue d'informer la personne concernée qu'une prise de sang sera ordonnée en cas de refus de coopérer à un test préliminaire ou au contrôle au moyen de l'éthylomètre (art. 55, al. 3, LCR) (al. 1 let. a); que la reconnaissance du résultat du contrôle de l'alcool dans l'air expiré selon l'art. 11 entraînera l'introduction d'une procédure administrative et d'une procédure pénale (al. 1 let. b); qu'elle peut exiger une prise de sang (al. 1 let. c). Le déroulement du contrôle au moyen de l'éthylomètre, la récolte des urines, les constatations de la police, la reconnaissance du résultat dudit contrôle ainsi que le mandat de procéder à un prélèvement de sang et à la récolte des urines, ou la confirmation du mandat, doivent être consignés dans un rapport. L'OFROU fixe les exigences minimales relatives au contenu et à la forme de ce rapport (al. 3).

3.1.3 L'Ordonnance de l'OFROU concernant l'ordonnance sur le contrôle de la circulation routière du 22 mai 2008 (OCCR-OFROU, RS 741.013.1) comporte une annexe 2 qui se réfère en préambule à ses articles 22 al. 1 (l'autorité compétente doit attribuer le mandat autorisant l'analyse du sang et des urines en utilisant à cet effet le rapport prévu à l'annexe 2) et 26 al. 1 (en matière de consommation d'alcool postérieure à l'événement critique, le déroulement du contrôle au moyen de l'éthylotest, la récolte des urines, les constatations de l'autorité de contrôle, la reconnaissance du résultat dudit contrôle ainsi que le mandat de procéder à un prélèvement de sang et à la récolte des urines, ou la confirmation du

mandat (art. 13, al. 3, OCCR) doivent être consignés dans le rapport visé à l'annexe 2).

A la lecture de cette annexe 2 on constate que le rapport exigé prévoit la récolte de différentes informations relatives au conducteur contrôlé (cf. ch. 1 et 2 : identité du conducteur, véhicule conduit au moment du contrôle), aux circonstances dudit contrôle (cf. ch. 3), aux déclarations du conducteur concernant sa consommation d'alcool, son sommeil et sa consommation d'aliments (cf. ch. 4, 5 et 6), aux observations faites sur le conducteur (symptômes d'alcoolémie, etc.) par les policiers (cf. ch. 7), au résultat du test préliminaire à l'air expiré au moyen d'un éthylotest et d'un éthylomètre (cf. ch. 9-10).

3.2 En l'espèce, les bases légales mentionnées en tête de l'annexe 2 ne correspondent pas au cas litigieux puisqu'il n'y a pas eu de consommation d'alcool postérieure à l'évènement critique, ni d'attribution de mandat autorisant l'analyse du sang et des urines de l'appelant de sorte que son grief tombe à faux.

Par surabondance, et comme l'a relevé le premier juge, les rubriques du rapport relatives au cas de consommation d'alcool et de sa mesure à l'éthylomètre ont été complétées en l'occurrence par divers écrits versés au dossier, notamment parce que le Ministère public a invité les dénonciateurs à établir un rapport complémentaire répondant à une série de questions (P. 16). Par conséquent, tous les éléments d'information exigés par l'annexe 2 OCCR, dont se prévaut à tort l'appelant, figurent au dossier (cf. P. 4/1, 4/2, 16, 17, PV aud. 1).

L'appelant fait grand cas d'une citation extraite du Code suisse de la circulation routière, 41^{ème} éd., Bâle 2015 p. 1822 n° 5 ad art. 11 OCCR selon laquelle le résultat d'un test à l'éthylomètre qui n'a pas été réalisé conformément aux prescriptions, peut néanmoins être utilisé comme indice, aux côtés d'autres éléments, pour établir l'ébriété d'un conducteur. Il entend en tirer que le résultat de la mesure n'aurait que la valeur d'un indice non corroboré par d'autres éléments dès lors que ses

yeux rouges seraient la conséquence d'un problème médical et que l'odeur d'alcool dans l'haleine ne serait pas décisive. Sur ces derniers points, force est pourtant de relever que l'ébriété perçue par les gendarmes en voyant ses yeux et en sentant son haleine a été confirmée par les deux contrôles à l'éthylotest qui ont conduit les gendarmes à le convoier au Centre de la Blécherette pour un examen à l'éthylomètre, puis, enfin, par le résultat de celui-ci.

En tout état de cause, ce qui est déterminant dans cette exigence d'un rapport c'est que les droits du conducteur soient respectés. Or, tel a été le cas en l'espèce. L'appelant a ainsi été notamment informé de la possibilité de se soumettre à un contrôle d'alcool dans son sang, mais n'en a pas voulu. Son droit à l'information en relation en particulier avec la portée de la signature du formulaire de la reconnaissance de la mesure et les autres informations devant être transmises par la police (art. 13 al. 1 OCCR) n'a pas davantage été transgressé puisqu'il a été renseigné et qu'il a refusé de signer ce document; il en va de même de ses droits de prévenu lors de la première audition le 31 mai 2018 (art. 158 CPP) qui ont été respectés; par exemple, l'appelant a refusé d'être auditionné par la police sans la présence de son avocat et ce choix a été respecté (PV aud. 1 p. 2). L'informalité découlant du non établissement immédiat du rapport - qui résulte du comportement oppositionnel de l'appelant - n'a eu aucune conséquence préjudiciable ou fâcheuse pour lui et a, de plus, été réparée par la suite puisque les rubriques du rapport ont été complétées, notamment dans le rapport des gendarmes du 11 septembre 2018 (P. 17), en plus de l'audition du prévenu par le Ministère public en mai 2018.

Le grief formel de la prétendue irrecevabilité du résultat de la mesure à l'éthylomètre, manifestement mal fondé, doit ainsi être rejeté.

4. L'appelant fait valoir, en se référant à sa déclaration d'audience, selon laquelle il aurait soufflé en vidant ses poumons d'un coup, en réponse à une question de son défenseur (cf. jgt., p. 4), que la

mesure ne serait pas valable dès lors qu'on ne l'aurait pas fait souffler durant au moins 5 secondes dans le tube de l'éthylomètre, selon ce que prescrit un communiqué de presse de l'OFROU relatif aux nouvelles mesures de contrôle censé reprendre le mode d'emploi du fabricant (P. 30/5 p. 2).

La mesure a été faite par un professionnel après deux expirations distinctes dans l'appareil (PV aud. 1 p. 4). Le rapport ne signale aucune difficulté quant à un mode d'expiration non conforme aux instructions données (P. 17 p. 2). Les élucubrations tardives, manifestement préparées en vue de l'audience, relatives à la manière de souffler n'entrent pas en ligne de compte et, en tous les cas, ne ruinent pas la valeur probante de la mesure réalisée. En effet, si la manière de souffler pouvait aboutir à un "faux positif", des précisions officielles auraient été émises, ce qui n'est pas le cas. La mesure obtenue par l'éthylomètre confirme d'ailleurs celles réalisées auparavant avec l'éthylotest sur les lieux du contrôle routier.

Ce grief, mal fondé, doit dès lors aussi être rejeté.

5. L'appelant ne conteste pas la peine prononcée à son encontre. Il a été condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à 30 fr. le jour, avec sursis pendant deux ans, la peine étant complémentaire à celle prononcée à son encontre le 6 septembre 2018 par le Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, ainsi qu'à une amende de 1'000 fr., la peine privative de liberté de substitution étant fixée à 5 jours en cas de non-paiement fautif.

5.1 L'art. 49 al. 1 CP dispose que 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.

Aux termes de l'art. 49 al. 2 CP, si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire, de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement. Le cas ordinaire de concours réel rétrospectif se présente lorsque le prévenu, qui a déjà été condamné pour une infraction, doit être jugé pour une autre infraction commise avant le premier jugement, mais que le tribunal ignorait. Cette disposition tend pour l'essentiel à garantir le principe de l'aggravation également en cas de concours réel rétrospectif (ATF 142 IV 329 consid. 1.4.1 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.1). L'auteur qui encourt plusieurs peines du même genre, par exemple plusieurs peines privatives de liberté, peut ainsi bénéficier du principe de l'aggravation, indépendamment du fait que la procédure s'est ou non déroulée en deux temps. Concrètement, le juge se demande d'abord quelle peine d'ensemble aurait été prononcée si toutes les infractions avaient été jugées simultanément. La peine complémentaire est constituée de la différence entre cette peine d'ensemble et la peine de base, à savoir celle prononcée précédemment (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.3 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.2).

Le prononcé d'une peine complémentaire suppose que les conditions d'une peine d'ensemble au sens de l'art. 49 al. 1 CP sont réunies. Une peine additionnelle ne peut dès lors être infligée que lorsque la nouvelle peine et celle qui a déjà été prononcée sont du même genre. Des peines d'un genre différent doivent en revanche être infligées cumulativement car le principe d'absorption n'est alors pas applicable (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 ; TF 6B_1082/2010 du 18 juillet 2011 consid. 2.2).

5.2 En l'espèce, l'appelant a été condamné le 6 septembre 2018, soit postérieurement aux faits de la présente cause, à une peine pécuniaire de 10 jours-amende à 30 fr. le jour pour une infraction à la LArm. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, la peine à prononcer pour les faits de la présente cause, survenus en décembre

2017, est une peine additionnelle à celle de septembre 2018. Compte tenu de l'ensemble des éléments à charge et à décharge retenus par le premier juge, la condamnation de l'appelant à 30 jours-amende à 30 fr. le jour pour l'infraction à la LCR doit être confirmée. En effet, si les deux infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement, elles auraient été sanctionnées de 40 jours-amende. Il en va de même s'agissant de l'amende de 1'000 fr. prononcée à titre de sanction immédiate qui n'est pas contestée.

6. L'appelant a conclu à l'allocation d'une indemnité au sens de l'art. 429 CPP. Cette conclusion repose toutefois sur la prémisse de son acquittement. La culpabilité de l'appelant étant confirmée, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité de l'art. 429 CPP.

7. En définitive, l'appel interjeté par N. _____ doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Vu l'issue du litige, les frais de la procédure d'appel, constitués en l'espèce de l'émolument du présent jugement, par 1'500 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront mis à la charge d'N. _____, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 34, 42, 46 al. 2, 47, 49 al. 2, 50 CP,
91 al. 2 let. a LCR et 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 29 novembre 2018 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est confirmé selon le dispositif suivant :

I. constate qu'N._____ s'est rendu coupable de conduite en état d'ébriété qualifiée;

II. condamne N._____ à une peine pécuniaire de 30 (trente) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 30 fr. (trente francs), et dit que cette peine est complémentaire à celle prononcée à son encontre le 6 septembre 2018 par le Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois;

III. condamne également N._____ à une amende de 1'000 fr. (mille francs) et dit que la peine privative de liberté de substitution sera de 5 (cinq) jours en cas de non-paiement fautif de celle-ci;

IV. suspend l'exécution de la peine pécuniaire fixée au chiffre II ci-dessus et fixe un délai d'épreuve de 2 (deux) ans à N._____ ;

V. met les frais de justice, par 1'200 fr., à la charge d'N._____."

III. Les frais d'appel, par 1'500 fr., sont mis à la charge d'N._____.

IV. Le présent jugement est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **12 mars 2019**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Philippe Rossy, avocat (pour N._____),

- Ministère public central,

une copie du dispositif est adressée à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,
- Service des automobiles et de la navigation,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement 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).

La greffière :