

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/85/2023

ACPR/995/2023

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 22 décembre 2023

Entre

A _____, domicilié _____ [GE], représenté par Me Sophie BOBILLIER, avocate,
BOLIVAR BATOU & BOBILLIER, rue des Pâquis 35, 1201 Genève

recourant,

contre la décision refusant l'exécution d'une peine privative de liberté sous surveillance
électronique, rendue le 28 juillet 2023 par le Service de l'application des peines et mesures,

et

LE SERVICE DE L'APPLICATION DES PEINES ET MESURES, case postale 1629,
1211 Genève 26,

intimé.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte expédié le 9 août 2023, A_____ recourt contre la décision du 28 juillet 2023, notifiée à une date non précisée par le dossier, par laquelle le Service de l'application des peines et mesures (ci-après : SAPEM) a refusé sa demande d'exécution d'une peine privative de liberté sous la forme d'une surveillance électronique et ordonné l'exécution en régime de détention ordinaire.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision, à être autorisé à exécuter sa peine privative de liberté sous la forme d'une surveillance électronique et à l'octroi d'une indemnité pour ses frais de défense chiffrés à CHF 3'000.-.

- b.** Par ordonnance du 10 août 2023 (OCPR/51/2023), la Direction de la procédure a accordé l'effet suspensif sollicité dans le recours.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a.a. Le 10 juillet 2019, l'Administration fédérale des douanes (ci-après: AFD) a condamné A_____ à une amende de CHF 18'000.-, ainsi qu'aux frais de la procédure arrêtés à CHF 3'190.-, pour soustraction douanière commise par habitude et soustraction de l'impôt sur les importations.

Il lui était reproché d'avoir, du 10 août 2012 au 31 août 2015, importé sans annonce, diverses denrées alimentaires (huile, produits carnés, produits laitiers, fruits et légumes, produits de la boulangerie, œufs, etc.) et autres marchandises (lave-linge, serviettes, etc.) destinées à être utilisées auprès de ses cafés-restaurants, et représentant CHF 39'279.90 de droits de douane et CHF 2'419.- de TVA éludés.

a.b. A_____ n'a pas respecté l'accord du 12 août 2019 passé avec l'AFD lui permettant de s'acquitter de la somme de CHF 21'190.- par des acomptes mensuels de CHF 100.-, de sorte que la procédure de poursuite pour dettes s'est achevée par la délivrance d'un acte de défaut de biens le 10 janvier 2022.

b. Par ordonnance du 17 janvier 2023, le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM) a prononcé à l'encontre de A_____ une peine privative de liberté de 75 jours en substitution du solde (soit CHF 15'100.-) de l'amende de CHF 18'000.- prononcée à son encontre le 10 juillet 2019 par l'AFD.

c. En date du 29 mars 2023, A_____ a demandé à exécuter sa peine sous la forme d'une surveillance électronique.

Il a produit un contrat de travail, daté du 28 avril 2023, aux termes duquel il était engagé par B_____ SA, dès le 1^{er} mai 2023, en qualité de directeur responsable du bar à chicha "C_____", à 100%, soit 42 heures par semaine.

d. Le Service de probation et d'insertion (ci-après, SPI) a rendu un préavis favorable. Il remplissait les conditions légales pour en bénéficier, s'était engagé à respecter les règles de conduite et avait déclaré regretter les infractions commises.

e. A_____, né en 1962, est titulaire d'un permis C, valable jusqu'au 23 février 2024.

f. À teneur de son casier judiciaire suisse, A_____ a été condamné:

- le 11 février 2013, pour infraction à l'art. 117 al. 1 LEtr (emploi d'étrangers sans autorisation, commission répétée; période pénale: 01.2009-30.03.2010) et à l'art. 87 LAVS (période pénale: 01.2009-30.03.2010), à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 40.-;
- le 8 janvier 2014, pour recel (art. 160 ch. 1 al. 1 CP; période pénale: 05.2013), à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à CHF 60.-;
- le 28 avril 2014, pour agression (art. 134 CP) et lésions corporelles simples (art. 123 ch. 1 al. 1 CP; période pénale: 17.07.2011), à une peine pécuniaire de 150 jours-amende à CHF 30.-;
- le 2 février 2015, pour abus de confiance (art. 138 ch. 1 CP; période pénale: 13.03.2006-22.09.2008), à une peine pécuniaire de 180 jours-amende à CHF 30.-;
- le 27 septembre 2017, pour violation d'une obligation de tenir une comptabilité (art. 166 CP; période pénale: 08.07.2009) et gestion fautive par le débiteur failli (art. 165 ch. 1 CP; période pénale: 26.06.2013), à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à CHF 30.-;
- le 4 avril 2022, pour inobservation par un tiers des règles de la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite ou de la procédure concordataire (art. 324 CP), et détournement de retenues sur les salaires (art. 159 CP) et détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice (art. 169 CP) (période pénale: 17.06.2020-17.06.2021), à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 30.- et à une amende de CHF 500.-;
- le 5 octobre 2022, pour infraction à l'art. 87 LAVS (période pénale: 11. 2016-04.2019), à une peine pécuniaire de 50 jours-amende à CHF 30.-.

Une enquête pénale est, en outre, ouverte contre lui depuis le 8 juin 2023, par le Ministère public central vaudois, pour escroquerie (art. 146 CP) et blanchiment d'argent (art. 305bis CP).

- C.** Dans la décision querellée, le SAPEM a retenu que A_____ ne remplissait pas les conditions légales et réglementaires relatives à l'exécution de ses peines sous la forme d'une surveillance électronique, car son casier judiciaire suisse faisait mention de sept autres antécédents ainsi que d'une enquête pénale pour escroquerie et blanchiment d'argent; le risque de récidive pouvait, dès lors, être considéré comme concret et avéré.
- D. a.** Dans son recours, A_____ relève que les infractions pour lesquelles il avait été condamné avaient été principalement commises dans le cadre de son activité d'exploitant d'un bar à chicha de 1996 à 2023. Il avait pris conscience de son inaptitude à gérer seul une entreprise, en qualité d'indépendant, de sorte que depuis le 1^{er} mai 2023, il était employé dans un autre bar à chicha. À teneur de l'attestation de son employeur (non datée), son cahier des charges consistait à s'occuper de l'ouverture et la fermeture du bar, de la mise en place des tables, de l'accueil des clients, du service, des commandes des boissons non alcoolisées en Suisse et de la propreté de l'établissement. L'intéressé ne gérait pas la comptabilité, n'avait pas accès aux comptes bancaires liés au bar et n'était pas responsable de l'établissement des fiches de salaires des employés ni du versement de ceux-ci. Le relevé quotidien des revenus générés pendant le service se faisait sous la surveillance d'un tiers, et ce malgré son poste de directeur responsable du bar. Il estime dès lors qu'il lui était impossible de récidiver des infractions commises jusqu'alors.

Il n'avait aucune information s'agissant de la procédure ouverte par le Ministère public central vaudois.

Il avait été condamné à une amende pour contravention à la LTVA et à la LD. L'impossibilité d'accéder à une peine alternative moins sévère qu'une peine privative de liberté, telle que la surveillance électronique, semblait dès lors disproportionnée.

En toute hypothèse, le risque de récidive n'était pas d'une certaine importance et les infractions envisagées n'étaient pas graves. Il convenait de retenir un pronostic favorable et de rejeter l'existence d'un risque de récidive concret et avéré.

- b.** Le SAPEM conclut au rejet du recours. Ce n'était pas par choix, ni par prise de conscience de son inaptitude à gérer seul une entreprise, que A_____ avait mis un terme à son activité d'indépendant mais par suite d'une procédure de faillite clôturée par jugement du 2 février 2023; il avait d'ailleurs persisté dans la commission d'infractions puisqu'il avait également fait l'objet de condamnations pénales dans le cadre de la procédure de faillite. Il voyait dans la nomination de l'intéressé en qualité

de directeur du bar à chicha de son neveu – toutes les prérogatives liées à cette fonction lui ayant été retirées – un poste fait sur mesure dans le seul but qu'il puisse obtenir la surveillance électronique. Par conséquent, l'attestation produite ne permettait pas de déduire *de facto* qu'il lui serait impossible de réitérer des infractions commises jusqu'alors. A_____ avait de nombreux antécédents et faisait l'objet d'une enquête pénale ouverte le 8 juin 2023, par le Ministère public central vaudois, pour blanchiment d'argent et escroquerie. Or, une telle procédure permettait, en application de l'art. 43 du règlement sur les formes alternatives d'exécution des peines (RFAEP) du 13 décembre 2017, de suspendre ou révoquer la surveillance électronique, et donc, *a fortiori*, de refuser la surveillance électronique.

Dans son ordonnance du 17 janvier 2023, le TAPEM avait conclu à l'absence de prise de conscience du recourant de l'illicéité de ses actes.

Il se demande, en outre, si le recourant vit seul dans son logement et, sinon, si les personnes majeures faisant ménage commun avec lui avaient donné leur accord à cette surveillance électronique. Bien que le SPI eût effectivement rendu un préavis favorable, il n'était pas en possession d'un quelconque accord écrit. En outre, selon les pièces produites par le recourant, celui-ci vivait en colocation dans un logement, illicitement. Il s'interroge également sur le réel domicile de l'intéressé, faute d'une police d'assurance responsabilité civile pour le domicile annoncé.

c.A_____ réaffirme l'inexistence du risque de récidive. Il n'avait aucune information sur la procédure ouverte dans le canton de Vaud. Il vivait seul et avait passé un accord avec la régie pour pouvoir rester dans l'appartement de l'immeuble voué à la destruction. Il était sexagénaire et il s'agissait de sa première demande d'exécution alternative d'une peine privative de liberté.

d. La Direction de la procédure a demandé au Ministère public vaudois de l'informer sur la procédure ouverte contre A_____. Le Procureur a répondu que les informations requises ne pouvaient pas être transmises, faute pour A_____ d'avoir été entendu.

e.A_____ voit dans cette réponse le renforcement de la "*théorie du peu de gravité de la procédure parallèle*" et l'impossibilité d'y voir un potentiel risque de récidive.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, concerner une décision rendue par le SAPEM, dans une matière pour laquelle il est compétent (art. 40 al. 1 et art. 5 al. 2 let. e de la Loi d'application du code pénal suisse du 27 août 2009 [LaCP; E 4 10]), sujette à

recours auprès de la Chambre de céans, les art. 379 à 397 CPP s'appliquant par analogie, et émaner du condamné visé par la décision querellée, qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision entreprise (art. 382 CPP).

2. Le recourant reproche au SAPEM d'avoir refusé l'exécution de la peine sous surveillance électronique.

2.1. Conformément à l'art. 79b al. 1 let. a CP, à la demande du condamné, l'autorité d'exécution peut ordonner l'utilisation d'un appareil électronique fixé au condamné (surveillance électronique), au titre de l'exécution d'une peine privative de liberté de 20 jours à 12 mois.

Selon l'al. 2, l'autorité ne peut ordonner la surveillance électronique que s'il n'y a pas lieu de craindre que le condamné s'enfuit ou commette d'autres infractions (let. a); s'il dispose d'un logement (let. b); s'il exerce une activité régulière qu'il s'agisse d'un travail, d'une formation ou d'une occupation, pendant au moins 20 heures par semaine, ou s'il est possible de l'y assigner (let. c); si les personnes adultes faisant ménage commun avec lui y consentent (let. d); et s'il approuve le plan d'exécution établi à son intention (let. e).

2.2. La surveillance électronique est un mode d'exécution de la peine privative de liberté (*Vollzugsstufe*), alternative à la prison qui vient s'ajouter aux solutions de la semi-détention (art. 77b CP) et du travail d'intérêt général (art. 79a CP) en début de peine. L'idée centrale de cette mesure, si elle tend sans doute à désengorger les prisons, est avant tout de limiter les effets nocifs de la détention, en évitant au condamné qu'il doive exécuter sa peine et qu'il risque ainsi de perdre ses assises sociales (travail, famille, etc.). Concrètement, cette solution voit en principe le condamné travailler ou s'occuper une partie de la journée et, durant son temps libre, regagner son logement et y rester, des aménagements du temps libre étant évidemment envisageables (L. MOREILLON / A. MACALUSO / N. QUELOZ / N. DONGOIS, *Commentaire romand : Code pénal I (art. 1 – 110 CP)*, 2^{ème} éd., Bâle 2021, n. 5 ad art. 79b CP).

Si on en croit la structure de la loi, il faut considérer que la surveillance électronique doit avoir la préférence sur la semi-détention, dès lors que ce second mode d'exécution de la peine peut intervenir en cas d'échec du premier, comme le prévoit l'art. 79b al. 3 CP. On peut y déceler une hiérarchisation des modes d'exécution de la peine privative de liberté, allant de la surveillance électronique au mode d'exécution ordinaire, en passant par la semi-détention (L. MOREILLON / A. MACALUSO / N. QUELOZ / N. DONGOIS, *op. cit.*, n. 9 ad art. 79b CP).

2.3. La condition de l'absence de risque de récidive posée par l'art. 79b al. 2 let. a CP étant identique à celle posée par l'art. 77b al. 1 let. a CP, elle doit être appliquée de la

même manière (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1261/2021 du 5 octobre 2022, consid. 2.1; 6B_872/2021 précité, consid. 2.2 et la référence citée).

Le risque de fuite ou de récidive visé par l'art. 77b CP doit être d'une certaine importance et les nouvelles infractions d'une certaine gravité. Pour poser un pronostic quant au comportement futur du condamné, l'autorité d'exécution des peines doit tenir compte, notamment, de ses antécédents judiciaires, de sa personnalité, de son comportement en général et au travail, ainsi que des conditions dans lesquelles il vivra (ATF 145 IV 10 consid. 2.2.1 et les références).

Contrairement au sursis et à la libération conditionnelle, toutes les infractions sont envisagées dans le risque de récidive mentionné à l'art. 79b al. 2 let. a CP, et pas seulement les délits et crimes (L. MOREILLON / A. MACALUSO / N. QUELOZ / N. DONGOIS, *op. cit.*, n. 13 ad art. 79b CP note 44).

L'existence d'un risque de récidive fait à lui seul obstacle à l'octroi du régime de la semi-détention ou de la surveillance électronique, sans qu'il n'y ait lieu de tenir compte de la situation familiale du condamné, de ses activités professionnelles, de son intégration, etc. (arrêt du Tribunal fédéral 6B_872/2021 précité, consid. 3.2.4).

2.4. L'art. 43 du règlement sur les formes alternatives d'exécution des peines (RFAEP) du 13 décembre 2017, prévoit que "*si une enquête pénale est ouverte à l'encontre de la personne condamnée, le service de l'application des peines et mesures peut suspendre ou révoquer la surveillance électronique.*"

2.5. En l'espèce, le SAPEM a refusé l'exécution, par le recourant, de 75 jours de peine privative de liberté de substitution, sous la forme de la surveillance électronique.

Si le recourant a, certes, été condamné à plusieurs reprises, depuis 2013, on ne saurait retenir qu'il existe actuellement un risque de récidive concret. Ces diverses infractions ont été commises dans le cadre de son activité d'indépendant, activité pour laquelle il a fait faillite; il est désormais employé d'une société tierce, ce qui rend, *de facto*, impossible la récidive des infractions précédemment commises en sa qualité de gérant. Que le contrat soit conclu avec son neveu – lequel supporte la responsabilité de son employé – ne change rien à cela. Les faits pour lesquels une procédure est ouverte par le Ministère public vaudois sont inconnus, tout comme la période pénale; on ne peut dès lors rien déduire de cette information. En outre, le risque que l'intéressé constitue une nouvelle société durant l'exécution des 75 jours à subir paraît faible, compte tenu de son emploi et de son âge.

Il s'ensuit qu'au vu des infractions concernées, le risque de réitération – dont l'examen est le même pour la semi-détention et la surveillance électronique – ne

saurait, en l'état, être retenu pour empêcher l'exécution de la peine privative de liberté sous une forme alternative.

Conformément aux principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine sus-rappelées, la priorité doit, lorsque les autres conditions sont remplies, être donnée à la surveillance électronique, dans la mesure où le recourant n'a, à ce jour, jamais exécuté de peine privative de liberté.

Dans ses observations, le SAPEM semble douter que les conditions liées au logement soient remplies, alors même que le SPI a émis un préavis favorable sur ces questions. Il lui appartiendra dès lors de clarifier ces points.

3. Fondé, le recours doit être admis ; partant, la décision querellée sera annulée et le SAPEM invité à examiner la demande d'exécution de peine sous la forme d'une surveillance électronique, en tenant compte des considérations qui précèdent, puis à statuer à nouveau.
4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).
5. Le recourant, qui obtient gain de cause, conclut à une indemnité de CHF 3'000.- pour l'activité de son avocat, sans la justifier.

S'agissant d'un recours de 7 pages, d'une réplique de quelques pages et d'un courrier, l'indemnité sera réduite à CHF 1'200.- TVA incluse (7.7%).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours.

Annule la décision querellée et renvoie la cause au Service de l'application des peines et mesures pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'200.-, TVA (7.7% incluse).

Notifie le présent arrêt, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, et au Service de l'application des peines et mesures.

Le communique, pour information, au Ministère public.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente; Mesdames Corinne CHAPPUIS BUGNON et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :

Arbenita VESELI

La présidente :

Daniela CHIABUDINI

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).