

**COUR DE CASSATION PENALE**

---

---

Séance du 23 mars 2009

---

Présidence de M. CREUX, président  
Juges : M. de Montmollin et Mme Epard  
Greffier : M. Valentino

\*\*\*\*\*

**Art. 189, 198 al. 2 CP**

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **X.**\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 2 mars 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause le concernant notamment.

Elle considère :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 2 mars 2007, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a, notamment, libéré X.\_\_\_\_\_ des griefs de brigandage qualifié, lésions corporelles graves, lésions corporelles simples qualifiées, rixe, menaces, utilisation abusive d'une installation de télécommunication, infraction à la loi fédérale sur les banques et à la loi fédérale sur les bourses, conduite d'un bateau sans permis de conduire, vol d'usage d'un cycle, conduite d'un cyclomoteur sans permis de conduire, sans permis de circulation et sans assurance-responsabilité civile et contravention à la loi fédérale sur les transports publics (X), l'a condamné pour vol, vol en bande, tentative de vol en bande, brigandage, tentative de contrainte, contrainte sexuelle, dommages à la propriété, violation de domicile, recel, violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, vol d'usage d'un bateau et infraction et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants à une peine privative de liberté de trois ans, sous déduction de deux cent trente-huit jours de détention préventive, (XI) et mis une partie des frais de la cause par 42'293 fr. 30 à la charge de X.\_\_\_\_\_ (XXIV).

**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.** Le 25 janvier 2006, le prénommé et deux comparses se sont rendus dans le studio où B.\_\_\_\_\_, prostituée, exerçait son industrie.

L'un d'eux, muni d'un pistolet à plomb vide de munitions, a demandé à entrer, s'est glissé dans l'appartement et a réclamé l'argent de la victime qui s'est effondrée. Il a ensuite fait entrer ses acolytes et B.\_\_\_\_\_ leur a remis 700 francs. L'accusé s'est également emparé d'un appareil cellulaire et a profité du climat de menace pour caresser la poitrine de la victime.

**2.** Pour ces faits, le tribunal a considéré que les trois agresseurs s'étaient rendus coupables de brigandage au sens de l'art. 140 ch. 1 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0). Nonobstant les dénégations du recourant, les premiers juges ont en outre retenu à son encontre l'infraction de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 al. 1 CP.

**3.** Pour le surplus, le tribunal a retenu à l'encontre de X. \_\_\_\_\_ les infractions de vol, vol en bande, tentative de vol en bande, dommages à la propriété, recel, violation de domicile, vol d'usage d'un bateau, tentative de vol d'usage d'un bateau, violence ou menace contre les autorités ou les fonctionnaires, tentative de contrainte, brigandage, contrainte sexuelle et infraction et contravention à la LStup (Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951, RS 812.121), qu'il n'est pas nécessaire de résumer en détail dans le présent arrêt.

**C. a)** En temps utile, le prénommé a recouru contre ce jugement, concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'il est libéré des chefs d'accusation de violation de domicile et de contrainte sexuelle et condamné pour tentative de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, en sus des infractions non contestées, à une peine privative de liberté de deux ans au plus, avec sursis, sous déduction de deux cent trente-huit jours de détention préventive, subsidiairement à une peine privative de liberté inférieure à trois ans, avec sursis partiel, dont la partie à exécuter n'est pas supérieure à la détention préventive subie, plus subsidiairement à une peine privative de liberté de trois ans, avec sursis partiel, dont la partie à exécuter n'est pas supérieure à la détention préventive subie. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement attaqué, la cause étant renvoyée à un autre tribunal.

**b)** Par arrêt du 22 octobre 2007, la cour de céans a admis partiellement le recours de X. \_\_\_\_\_ en le libérant de l'accusation de violation de domicile dans trois cas et en ne retenant que la tentative dans

le cadre de l'infraction de l'art. 285 CP. Les autres infractions ayant toutes été retenues à l'encontre du prénommé, elle a réduit la peine privative de liberté de deux mois, fixant ainsi sa durée à trente-quatre mois.

**D.** L'intéressé a interjeté un recours en matière pénale tendant à la réforme de l'arrêt du 22 octobre 2007 en ce sens qu'il est libéré de la prévention de contrainte sexuelle, subsidiairement condamné pour contravention contre l'intégrité sexuelle au sens de l'art. 198 CP, que la peine privative de liberté est fixée à deux ans au plus assortie du sursis, subsidiairement à moins de trois ans assortie du sursis partiel.

Par arrêt du 22 janvier 2009, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a admis le recours, annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à l'autorité cantonale.

La Haute Cour a relevé que le raisonnement de la Cour de cassation pénale selon lequel les premiers juges pouvaient sans arbitraire retenir la version qui était apparue constamment en cours d'enquête et ne pas reprendre celle totalement nouvelle donnée par B.\_\_\_\_\_ à l'audience n'était pas insoutenable au vu des éléments cités par la cour de céans. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'il pouvait être tenu pour établi qu'au moins le recourant avait touché les seins de la victime. Il a en revanche constaté que les circonstances retenues ne permettaient pas d'établir l'intensité de l'attouchement, savoir s'il s'agissait d'un geste furtif ou d'une caresse insistante. Notre Haute Cour a dès lors annulé l'arrêt du 22 octobre 2007 et renvoyé la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle examine ou fasse examiner cette question et détermine si les faits imputés à l'intéressé doivent être qualifiés de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP ou constituent une contravention sexuelle au sens de l'art. 198 al. 2 CP.

**E. a)** Invité à déposer un mémoire complémentaire, le Ministère public a relevé, par courrier du 24 février 2009, que du moment

que le jugement entrepris ne précise pas en quoi le degré du geste correspondrait plus à un acte d'ordre sexuel qu'à un attouchement, il convient de mettre X.\_\_\_\_\_ au bénéfice du doute et de ne retenir à son encontre qu'un attouchement. Dans la mesure où l'infraction précitée constitue une contravention contre l'intégrité sexuelle au sens de l'art. 198 al. 2 CP qui est désormais prescrite, il y a lieu de libérer le prénommé sur ce point. La Ministère public est d'avis qu'au regard de l'ensemble des faits reprochés à l'intéressé, une peine privative de liberté de trente mois est adéquate. Se fondant ensuite sur les motifs exposés à la page 49 du jugement, il fait valoir que la peine devrait être ferme.

**b)** Par mémoire du 27 février 2009, X.\_\_\_\_\_ a conclu à ce qu'il soit libéré du chef d'accusation de contrainte sexuelle, respectivement de contravention contre l'intégrité sexuelle. S'agissant des questions de la réduction de peine et du sursis, il s'est référé au recours qu'il a déposé le 22 mars 2007 et a conclu à ce qu'il soit condamné à une peine privative de liberté de deux ans au plus, avec sursis, sous déduction de deux cent trente-huit jours de détention préventive, subsidiairement à une peine privative de liberté de trente mois au plus, avec sursis partiel, la partie à exécuter n'étant pas supérieure à la détention préventive subie.

### **En droit :**

**1.** Lorsque le Tribunal fédéral admet un recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance (cf. art. 107 al. 2 LTF, Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin, RS 173.110). L'autorité à laquelle l'affaire est renvoyée doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt de cassation et elle doit s'en tenir aux instructions du Tribunal fédéral (cf. Piquerez, Traité de procédure pénale suisse, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, n. 1488 *in fine*, p. 891). A cet égard, la jurisprudence rendue sous l'empire de

l'ancienne procédure fédérale reste tout à fait pertinente: le recours ayant circonscrit le débat, il n'appartient pas à l'autorité cantonale de revenir sur des questions qui sortent du cadre des considérants du Tribunal fédéral et elle n'a ainsi plus qu'à examiner, conformément à l'arrêt, les points qui ont donné lieu à cassation (cf. FF 2001 4000, spéc. p. 4143; Corboz, Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation, in SJ 1991 pp. 57 ss, spéc. pp. 99 s.; ATF 117 IV 97, JT 1993 IV 130).

**2.** Il convient de relever d'emblée que l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 22 janvier 2009 n'a été annulé que sur un point, à savoir la qualification de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP. Pour le surplus, ladite décision a été confirmée, dans la mesure où elle était contestée; il n'y a dès lors pas à y revenir.

**3.** Au considérant 3 *in fine* de son arrêt, le Tribunal fédéral a indiqué que pour décider si c'est bien l'art. 189 CP qui doit être appliqué ou si, comme le prétend le recourant, seul entre en considération l'art. 198 al. 2 CP, est déterminante l'intensité de l'attouchement, savoir s'il s'agit d'un geste furtif ou d'une caresse insistante. La Haute Cour a estimé que dans la mesure où l'état de fait de l'arrêt de la cour de céans était lacunaire sur ce point, celui-ci devait être annulé et la cause retournée à l'autorité cantonale pour qu'il soit établi si les faits litigieux tombent sous le coup de l'art. 189 CP ou de l'art. 198 al. 2 CP.

**4. a)** La Cour de cassation constate que le jugement de première instance retient, en page 43, que l'accusé a exploité le climat de menaces généré par l'irruption des trois agresseurs pour caresser la poitrine de la victime. Quelques lignes plus pas, les premiers juges ont précisé que la victime avait répété avoir été tripotée. Il y a dès lors lieu d'examiner tout d'abord, comme le requiert la Haute Cour, si ces faits doivent être qualifiés de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP ou

constituent une contravention contre l'intégrité sexuelle au sens de l'art. 198 al. 2 CP.

**b)** Selon le Tribunal fédéral (cf. arrêt, p. 6), conformément à l'art. 189 al. 1 CP, est passible d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, l'aura contrainte à subir un acte d'ordre sexuel.

Constitue un acte d'ordre sexuel au sens de cette disposition une activité corporelle sur soi-même ou sur autrui qui tend à l'excitation ou à la jouissance sexuelle de l'un des participants au moins (Corboz, *Les infractions en droit suisse*, Berne 2002, vol. I, n. 6 ad art. 187 CP; Donatsch, *Strafrecht III*, 9<sup>e</sup> éd., 2008, p. 459). Selon la jurisprudence, il faut d'abord distinguer les actes n'ayant aucune apparence sexuelle, qui ne tombent pas sous le coup de la loi, des actes clairement connotés sexuellement du point de vue de l'observateur neutre, qui remplissent toujours la condition objective de l'infraction, indépendamment des mobiles de l'auteur. Dans les cas équivoques, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments d'espèce (ATF 125 IV 58, c. 3b et les réf. cit.). Selon la doctrine, une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits constitue un acte d'ordre sexuel (Corboz, *op. cit.*, n. 11 ad art. 187 CP; Maier, *Basler Kommentar, Strafrecht*, 2<sup>e</sup> éd., 2007, n. 31 ad art. 189 CP; Stratenwerth/Jenny, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 6<sup>e</sup> éd., 2003, § 7 n. 14).

Le Tribunal fédéral relève en outre que se rend coupable de la contravention réprimée par l'art. 198 al. 2 CP notamment celui qui importune une personne par des attouchements d'ordre sexuel. La notion d'attouchement d'ordre sexuel est subsidiaire par rapport à celle d'acte d'ordre sexuel. La loi vise dans ce cas un comportement moins grave, savoir un contact rapide, par surprise, avec le corps d'autrui. L'acte doit toutefois avoir objectivement une connotation sexuelle et l'auteur doit avoir agi sans le consentement de la victime. Sont ainsi visées en particulier les "mains baladeuses". L'auteur touche par surprise les

organes sexuels d'une autre personne, notamment les seins ou les fesses d'une femme, même par-dessus ses habits, ou se frotte à elle pour lui faire sentir son sexe en érection (Corboz, op. cit., n. 10 ss ad art. 198 CP; Meng/Schwaibold, Basler Kommentar, op. cit., n. 17 ad art. 198 CP; Stratenwerth/Jenny, op. cit., § 10 n. 36; Donatsch, op. cit., p. 521; Kathrin Kummer, Sexuelle Belästigung, 2001, pp. 71 ss).

En définitive, selon notre Haute Cour (cf. arrêt, p. 6 *in fine*), si l'auteur ne se limite pas à un attouchement, par nature fugace, mais accomplit un acte d'ordre sexuel, l'art. 189 CP est seul applicable (Corboz, op. cit., n. 22 ad art. 198 CP; Strathenwerth/Jenny, op. cit., § 10 n. 40; Maier, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, 1994, pp. 283 ss).

**c)** En l'espèce, force est de constater tout d'abord que le climat de contrainte dans lequel a eu lieu le contact physique entre Xhevdet Shabani et Nevdilene Bemba (jugt, p. 43 *in initio*) n'est pas déterminant quant à la qualification du geste incriminé. La seule question à trancher est celle de savoir si ce geste doit être considéré comme un acte d'ordre sexuel ou un attouchement. Sur ce point, le Tribunal fédéral a relevé que c'est en vain que le recourant reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'il avait caressé et non seulement touché la poitrine de la victime (cf. arrêt, p. 5 *in fine*). Dans ces conditions, il est admis que l'accusé a caressé les seins de B.\_\_\_\_\_ (jugt, p. 43 *in initio*). Or, dans la mesure où les premiers juges n'ont pas spécifié si le contact avait eu lieu à même la peau ou par-dessus les habits, il convient de mettre l'intéressé au bénéfice de l'interprétation la plus favorable, soit celle consistant à admettre qu'il a caressé la poitrine de la prénommée par-dessus les habits, comme lui-même le fait valoir en page 5 de son recours du 22 mars 2007. Cela étant, reste à savoir s'il s'est agi d'un geste furtif ou d'une caresse insistante. A cet égard, le jugement de première instance précise certes que la victime a affirmé avoir été tripotée; cependant, cela ne suffit pas à exclure un contact rapide, par surprise. Ainsi, en l'absence d'indication quant au degré d'intensité du contact physique, on ne peut retenir que les caresses aient été insistantes. Dans ces circonstances, le recourant doit être mis au bénéfice du doute sur ce point, comme

l'invoque également le Ministère public dans son mémoire complémentaire, de sorte que les faits qui lui sont imputés ne peuvent être qualifiés que de contravention contre l'intégrité sexuelle au sens de l'art. 198 al. 2 CP.

Le Ministère public est d'avis que cette contravention serait prescrite. Tel n'est cependant pas le cas. L'art. 70 al. 3 CP en vigueur dès le 1<sup>er</sup> octobre 2002 lors de la commission de l'infraction avait la même teneur que l'art. 97 al. 3 CP actuel. Il n'y a donc pas matière à application de l'art. 2 al. 2 CP (lex mitior) et il suffit ici de constater que l'infraction a été commise le 25 janvier 2006, que le jugement de première instance a été rendu le 2 mars 2007, alors que le délai de prescription de trois ans n'était pas échu, et que la prescription n'a plus couru depuis lors.

**d)** X. \_\_\_\_\_ invoque une violation de l'art. 47 CP et soutient que la peine privative de liberté prononcée à son encontre doit être arrêtée à deux ans au plus. S'agissant des vols commis entre 2000 et 2002, il souligne qu'il s'était souvent contenté de faire le guet, élément que tant l'autorité de céans que le tribunal de première instance auraient ignoré. Il se réfère, à cet égard, aux arguments qu'il a développés dans son recours du 22 mars 2007.

Or, le Tribunal fédéral a invité la cour de céans à se prononcer uniquement sur la qualification du contact physique que le prénommé a eu avec la victime. Cela étant, il n'appartient pas à l'autorité cantonale de revenir sur des questions qui sortent du cadre des considérants du Tribunal fédéral.

Ainsi, il n'y a pas lieu de se pencher sur la question d'une éventuelle violation de l'art. 47 CP, dès lors que la décision de la Haute Cour n'a pas annulé l'arrêt de l'autorité de céans sur ce point (cf. ch. 2 *supra*).

**e)** Il n'en reste pas moins que la quotité de la peine doit être réduite afin de tenir compte de la modification de la qualification de

l'infraction susmentionnée en faveur d'une contravention au sens de l'art. 198 al. 2 CP.

Au vu des très nombreuses infractions retenues à la charge du recourant, l'admission du recours sur le point précité ne permet pas de diminuer la peine dans une large mesure. Par conséquent, la cour de céans considère qu'une réduction de quinze jours, soit une peine privative de liberté de trente-trois mois et demi, est adéquate en l'espèce.

**5. a)** L'intéressé invoque finalement la violation des art. 42 et 43 CP. Il se fonde sur son recours du 22 mars 2007.

**b)** Le maximum légal de vingt-quatre mois prévu à l'art. 42 al. 1 CP étant dépassé, la question du sursis ordinaire ne se pose pas.

S'agissant du sursis partiel mentionné à l'art. 43 CP, la cour de céans rappelle que selon les termes de la loi, c'est la faute de l'auteur qui est déterminante. Celle-ci permet d'établir d'abord une part punitive de la peine (prévention générale) et, partant, la mesure de la peine ferme. Puis, il convient de vérifier si les conditions applicables au sursis ordinaire (absence de pronostic défavorable, réparation du dommage et absence d'antécédents sérieux) sont remplies.

**c)** En l'occurrence, les considérations émises par la cour de céans dans son arrêt du 22 octobre 2007 restent pleinement valables. Ainsi, compte tenu de l'importance des actes qui sont reprochés à X.\_\_\_\_\_, de la durée de son activité délictueuse, de la récidive et du fait qu'il n'a fait aucun effort, notamment pour trouver un travail, l'octroi du sursis partiel est exclu.

Par ailleurs, force est de constater que le Tribunal fédéral ne revient pas non plus sur cette question, alors que la peine de privation de liberté de trente-quatre mois prononcée par la Cour de cassation à

l'encontre du prénommé était déjà inférieure à la limite supérieure du sursis partiel fixé à trois ans.

Ce moyen est donc mal fondé et doit être rejeté.

**6.** Pour le surplus, on relèvera qu'il n'y a pas lieu de revenir sur les autres conclusions de l'arrêt du 22 octobre 2007 condamnant le prénommé aux frais de deuxième instance ainsi que sur le plan civil, faute de recours sur ce point.

**7.** En définitive, le recours de X. \_\_\_\_\_ doit être admis partiellement et le jugement du 2 mars 2007 du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois réformé dans le sens des considérants.

Vu l'issue du recours, les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant, par 193 fr. 70, TVA comprise, seront laissés à la charge de l'Etat, conformément à l'article 450 CPP.

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

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. Le jugement est réformé au chiffre XI de son dispositif en ce sens que le tribunal :
  - XI. Condamne X. \_\_\_\_\_ pour vol, vol en bande, tentative de vol en bande, brigandage, tentative de contrainte,

désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel, dommages à la propriété, violation de domicile, recel, tentative de violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, vol d'usage d'un bateau, tentative de vol d'usage d'un bateau, infraction et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants, à une peine privative de liberté de trente-trois mois et quinze jours, sous déduction de deux cent trente-huit jours de détention préventive.

Le jugement tel que réformé par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2007 est maintenu pour le surplus.

**III.** Les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant X. \_\_\_\_\_ par 193 fr. 70, sont laissés à la charge de l'Etat.

**IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

**Du 24 mars 2009**

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué au recourant 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 X. \_\_\_\_\_),
- Me Philippe Chaulmontet, avocat (pour [...]),
- Banque Cantonale Vaudoise, Département juridique, M. Pierre Godel,
- Mme B. \_\_\_\_\_,
- Chemins de fer fédéraux suisses, Service clients CFF (F7000),
- M. [...],
- Mme [...],
- [...],
- M. [...],
- M. [...],
- M. [...],
- M. [...],
- M. [...],
- M. [...],
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Département de l'Intérieur, Office d'exécution des peines,
- Service de la population, secteur étrangers (23.10.1982),
- Service de la population, division asile,
- Ministère public de la Confédération,
- Office fédéral des migrations,
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- 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 :