

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 14 septembre 2009

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. de Montmollin et Battistolo
Greffier : Mme Sidi-Ali

Art. 411 let. h et i CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par **W.**_____ contre le jugement rendu le 4 août 2009 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause le concernant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 4 août 2009, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment constaté que W._____ s'est rendu coupable d'infraction grave et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants ainsi que d'infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et à la loi fédérale sur les étrangers (I) et l'a condamné à une peine privative de liberté de vingt-et-un mois sous déduction de cent vingt jours de détention préventive (II).

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. W._____ est ressortissant Guinéen. Arrivé en Suisse en janvier 2002, il a déposé une demande d'asile qui lui a été refusée. Le 6 février 2002, il a fait l'objet d'un prononcé de renvoi qui n'a pas été exécuté, faute de documents de voyage idoines. De mars 2002 à fin 2003, il a été logé au Centre Fareas de Bex. En 2004, il a été déplacé au Centre Fareas de Lausanne puis Nyon et, depuis l'été 2004, n'ayant plus d'aide financière, il a vécu chez des amis dans la région de Montreux et Villeneuve. Sa seule entrée d'argent venait de la vente de drogue. Entre octobre 2006 et mai 2007, il est allé en Belgique où il a travaillé quelques semaines au noir. Entre octobre 2008 et mars 2009, il est allé au Portugal, où il a également travaillé au noir. N'ayant plus de travail, il est revenu en Suisse au mois de mars 2009. W._____ a été arrêté le 7 avril 2009 et est depuis en détention préventive.

2. a) A Montreux et environs, du 4 août 2006 (la consommation antérieure étant prescrite) au 7 avril 2009, l'accusé a régulièrement consommé de la cocaïne par voie nasale, à raison de quatre boulettes par mois.

b) Dans la région de Montreux et Villeneuve notamment, entre fin 2004 et novembre 2008, à l'exception des périodes où il était en Belgique et au Portugal, W._____ a écoulé, auprès de sept toxicomanes, au total entre 92,3 et 96,7 g de cocaïne pour un montant total compris entre 10'970 fr. et 11'700 fr., à savoir:

- dès fin 2004 et jusqu'à fin novembre 2008, 64,4 g (92 boulettes de 0,7 g) pour 7'820 fr. à D._____ (pv aud 4);
- de début 2005 à fin août 2006, 8 g (10 boulettes de 0,8 g à 90 fr.) pour 900 fr. à [...] (pv aud 11);
- depuis l'été 2005, 3 à 3,6 g (5-6 boulettes de 0,5 ou 0,6 g à 70 ou 80 fr.) pour 350 à 480 fr. à [...] (pv aud 15);
- courant 2005 à août 2006, 10 à 15 boulettes (6 à 9 g) pour 700 à 1'200 fr. à [...] (pv aud 13);
- depuis 2006, 7 g de cocaïne (10 boulettes de 0,7 g à 100 fr.) pour 700 fr. à [...] (pv aud 14 p. 2 et 3);
- courant 2006, une boulette de 0,7 g pour 100 fr. à [...] (pv aud 12);
- de début 2007 à l'été 2008, entre 3,2 et 4 g (4 à 5 boulettes de 0,8 g à 100 fr.) pour 400 à 500 fr. à [...] (pv aud 6).

W._____ admet avoir vendu de la drogue à ces sept personnes, mais il minimise les quantités. Le tribunal a retenu les versions des témoins.

c) A Montreux, de fin 2005 à octobre 2006, W._____ a vendu de la cocaïne par boulette à 70 fr., à raison de 4 à 5 boulettes par semaine, soit au total entre 20 et 25 boulettes de cocaïne (15 à 20 g) pour 1'400 à 1'750 francs.

A Montreux, de mai 2007 à septembre 2008, W._____ a vendu de la cocaïne par boulette au prix de 40 ou 70 fr., à raison de 4 boulettes par semaine, soit au total 272 boulettes de cocaïne (163,2 g) pour 10'880 à 19'040 francs.

Après son retour en Suisse au mois de mars 2009 et jusqu'en avril 2009, date à laquelle il a été interpellé, W._____ a vendu 3 boulettes de cocaïne pour un montant total de 190 francs.

L'accusé a minimisé à l'audience les quantités vendues durant ces trois périodes. Or ces quantités correspondent à celles qu'il a admises en cours d'enquête. Ce sont donc celles-ci que le tribunal a retenues.

d) A Montreux, lors de son interpellation le 7 avril 2009, W._____ détenait notamment 7 boulettes cocaïne destinées à la vente, d'un poids total net de 4,2 g, ainsi que 1'346 fr. 10 et 150 euros.

e) W._____ a acheté la cocaïne dans la région de Montreux auprès d'un surnommé "Spike" identifié en la personne d'A._____ puis, après l'interpellation de ce dernier, auprès d'un Africain non identifié surnommé "Mike" rencontré à Montreux. Ces trafiquants vendaient les sept boulettes de cocaïne pour 200 francs. Au total, W._____ a acheté 10 à 15 g (15 à 20 boulettes) pour 430 à 570 fr. auprès d'A._____ et 238 boulettes (142,8 g) pour 6'800 fr. auprès du surnommé "Mike", non identifié. Les autres fournisseurs de W._____ n'ont pas pu être identifiés par l'enquête.

f) Prenant en considération le taux de pureté de la cocaïne le plus favorable à l'accusé, soit celui de 19,1 % déterminé par l'Institut de police scientifique lors de l'examen de la cocaïne séquestrée, le tribunal a retenu, pour 270 g de cocaïne, un total de 51 g de cocaïne pure vendue par l'accusé entre fin 2004 et le 7 avril 2009.

C. En temps utile, W._____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant principalement à l'annulation du jugement et subsidiairement à sa réforme, en ce sens qu'il est condamné pour infraction et contravention à la LStup et pour infraction à la LSEE et à la LEtr et condamné à une peine

privative de liberté sensiblement inférieure à vingt-et-un mois, assortie du sursis.

En droit :

1. Le recours est en nullité et en réforme. En pareil cas, il appartient à la cour de céans de déterminer la priorité d'examen des moyens invoqués (Besse-Matile et Abravanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, in JT 1989 III 98, spéc. 99; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66, spéc. p. 107; Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3^e éd., Bâle 2008, n. 1.4 ad art. 411 CPP). En l'espèce, il convient d'examiner en premier lieu les moyens de nullité – que le recourant invoque d'ailleurs à titre principal –, ceux-ci pouvant faire apparaître des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause (art. 411 let. i CPP).

2. a) Dans un premier moyen, qui relève de l'art. 411 let. h CPP, le recourant fait valoir que l'état de fait du jugement comporte des contradictions intrinsèques. Il relève que le jugement retient d'une part une infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers et à la loi fédérale sur les étrangers, en raison de séjours illégaux en Suisse pour des périodes déterminées, excluant expressément d'autres périodes en raison de séjours à l'étranger, alors que d'autre part de la vente de cocaïne lui est imputée pour ces mêmes périodes d'absence de Suisse.

b) Le moyen tiré de l'art. 411 let. h CPP est conçu comme un remède exceptionnel. En effet, la Cour de cassation n'est pas une juridiction d'appel. Le tribunal de première instance établit souverainement les faits selon sa conviction, en appréciant tous les

éléments d'instruction réunis en cours d'enquête et lors des débats et en exposant de façon claire, précise et complète les circonstances qu'il retient (Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, op. cit., n. 8.1 ad art. 411 CPP; JT 1999 III 83, c. 6b; Besse-Matile et Abravanel, op. cit., p. 103). Le recours en nullité ne doit pas permettre au recourant de discuter à nouveau librement les faits devant l'autorité de recours, à laquelle il appartiendrait de choisir la version la plus vraisemblable (Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, op. cit., n. 8.1, 10.3 et 11.1 ad art. 411 CPP; JT 1991 III 45; Besse-Matile et Abravanel, op. cit., p. 103).

Saisie d'un recours en nullité fondé sur l'art. 411 let. h CPP, la Cour de cassation examine si l'état de fait du jugement présente des insuffisances, des lacunes ou des contradictions sur des points qui pourraient être décisifs et s'il existe des doutes sérieux sur des faits admis par le tribunal et importants pour le jugement de la cause en se fondant sur le dossier et sur les nouvelles pièces qui peuvent être produites à l'appui du recours, pour autant qu'elles se rapportent à des faits antérieurs au jugement ou, du moins, à l'expiration du délai de recours (Cass., 28 septembre 1981, JT 1983 III 91 ; Bovay, Dupuis, Moreillon et Piguet, op. cit., n. 10.8 ad art. 411 CPP, p. 484).

Le moyen de la lettre h de l'art. 411 CPP envisage des vices de deux natures : les insuffisances ou lacunes et les contradictions. « La jurisprudence n'a pas cherché à discerner lacunes et insuffisances si ce n'est, peut-être, pour considérer que l'insuffisance n'est pas à proprement parler une lacune béante sur un point essentiel mais la présentation d'un point de fait qui ne saisit pas celui-ci dans tous ses éléments nécessaires » (Bersier, op. cit., p. 81). « Quant aux contradictions, ne sont pertinentes que celles qui opposent des faits retenus dans le jugement à d'autres faits retenus dans le même jugement, soit les contradictions intrinsèques » (Bersier, op. cit., p. 82).

c) Pour établir ces faits, les premiers juges se sont référés à l'audition de D._____. Or, il résulte de son audition [pv aud. 4] que celui-ci a bien fait ses estimations de consommation, et, partant, d'achats à

l'accusé, en continu de 2004 à fin novembre 2008. Il ne fait de réserve que pour les "périodes de Pâques", durant lesquelles son fournisseur s'absentait. Les périodes de Pâques ne correspondent toutefois que très partiellement aux époques pour lesquelles le tribunal a retenu que W._____ était absent de Suisse, soit d'octobre 2006 à mai 2007 et d'octobre 2008 à mars 2009. Il y a donc effectivement une contradiction dans les faits retenus.

On pourrait certes considérer que la consommation et les achats limités de D._____, à savoir trois boulettes par mois, n'ont pas une très grande incidence sur le jugement. Les achats retenus en période d'absence du recourant portent ainsi sur 42 boulettes de 0,7 g, soit 29,4 g au total, ce qui correspond à 5,6 g de cocaïne pure. C'est peu au vu des 51 g purs retenus à charge contre le recourant pour l'ensemble de la période incriminée. Mais, à cette quantité contestée, s'ajoutent les incertitudes que le recourant soulève dans un deuxième grief.

3. a) Invoquant une appréciation arbitraire des preuves au sens de l'art. 411 let. i CPP, le recourant fait valoir que le jugement prétend se fonder sur ses aveux pour établir certaines ventes, alors même qu'il n'a jamais admis ces quantités. Il soutient également que le tribunal a additionné les quantités dénoncées par les témoins à celles découlant de ses aveux - contestés, comptabilisant ainsi certaines de ces quantités à double.

b) De même qu le moyen tiré de l'art. 411 let. h CPP, celui de la lettre i est conçu comme un remède exceptionnel. Dans le cadre de ce moyen de nullité, la cour de céans n'invalide la solution retenue par le juge de la cause que lorsque celui-ci a outrepassé son pouvoir d'appréciation et a interprété les preuves de manière arbitraire. Les constatations de fait et l'appréciation des preuves sont arbitraires lorsqu'elles sont évidemment fausses, contredisent d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, reposent sur une inadvertance manifeste ou un abus du pouvoir d'appréciation, par

exemple si l'autorité s'est laissé guider par des considérations aberrantes ou a refusé de tenir compte de faits ou de preuves manifestement décisifs (Bersier, op. cit., spéc. p. 83; Besse-Matile et Abravanel, op. cit., p. 104 et les réf. cit.). Pour être taxée d'arbitraire, la violation incriminée doit être manifeste et reconnue d'emblée. Ainsi, l'arbitraire n'existe pas du simple fait qu'une autre solution eût été possible ou serait apparue plus justifiée; il faut que les contestations incriminées reposent sur des considérations manifestement insoutenables et que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 101 Ia 298; TF du 17 octobre 1994, 6P.94/1994, consid. 2a ad Cass., 30 mai 1994, n° 141).

c) Aux considérants 5 et 6 du jugement, le tribunal retient des ventes pour les périodes de fin 2005 à octobre 2006, puis de mai 2007 à septembre 2008, en précisant, au considérant 10 que ces quantités correspondent à celles que W. _____ a admises en cours d'enquête. Cela ressort effectivement de ses déclarations (cf. pv aud. 2 et 7). Ainsi, contrairement à ce que prétend le recourant, il a admis les quantités vendues. Le tribunal n'a pas fait preuve d'arbitraire en tenant ces faits pour établis.

Toutefois, les aveux du recourant en cours d'enquête portent sur des quantités globales calculées avec la police, sans référence aux acheteurs. Or, lorsque le tribunal parvient à un total de 270 g de cocaïne vendue, il semble, bien qu'il ne précise pas son calcul, avoir additionné les quantités établies sur la base des témoignages des acheteurs aux quantités établies sur la base des aveux du recourant. Cette manière de faire n'est pas admissible. Elle présente un risque manifeste que les quantités en cause soient comptées à double. Le grief d'arbitraire est donc fondé et le jugement doit être annulé.

4. En définitive, le recours doit être admis, le jugement annulé et la cause renvoyée à un autre tribunal d'arrondissement, soit le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, pour

nouvelle instruction dans le sens des considérants et nouveau jugement, en application de l'art. 444 CPP.

Partant, les frais de deuxième instance seront laissés à la charge de l'Etat (art. 450 al. 2 CPP).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
prononce :

- I.** Le recours est admis.

- II.** Le jugement est annulé et la cause renvoyée au Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants.

- III.** Les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant par 550 fr. (cinq cent cinquante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

- IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

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).

La greffière :