

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 31 août 2009

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. de Montmollin et Battistolo
Greffier : M. Valentino

Art. 47, 49 CP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par le **MINISTÈRE PUBLIC** contre le jugement rendu le 23 mars 2009 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause concernant **E._____**.

Cité à comparaître en application de l'art. 438 al. 1 CPP (Code de procédure pénale du 12 septembre 1967, RSV 312.01), l'intimé, dispensé de comparaître, ne se présente pas, ni aucun défenseur en son nom.

La cour entre en délibération.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 23 mars 2009, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a pris acte du retrait de plainte de la société S._____ et de la convention passée entre elle et E._____ (I), constaté que celui-ci s'était rendu coupable d'abus de confiance et de faux dans les titres (II), l'a condamné à une peine de 270 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 150 fr., peine complémentaire à celles prononcées à son encontre le 29 mars 2005 par le Tribunal de police de Lausanne et le 7 septembre 2006 par le Tribunal de police de l'Est vaudois (III), suspendu l'exécution de la peine pécuniaire et fixé à E._____ un délai d'épreuve de quatre ans (IV) et mis les frais de justice par 4'349 fr., y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office par 1'475 fr., à la charge du prénommé (V).

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. A Lausanne, D._____ a exploité depuis 1998 diverses sociétés, en raisons individuelles ou sous forme de sociétés anonymes, actives dans le domaine financier, dont notamment [...] et T._____. Il a fait miroiter à des investisseurs des opportunités de placement avec des taux d'intérêt défiant toute concurrence. Or, l'argent confié était utilisé à d'autres fins que celles convenues. Il lui arrivait également de prêter cet argent à des tiers, moyennant intérêts, sans l'assentiment des

investisseurs. E._____ avait des liens amicaux avec D._____ depuis 2001 ou 2002, sans être impliqué directement dans les activités de celui-ci.

Le 22 décembre 2003, à Lausanne, [...], gérant de la société S._____, sise à Monaco, a remis à D._____ six chèques émis par la société [...] d'un montant de 155'100 fr. chacun, en faveur de T._____. Le 24 décembre 2003, le prénommé a tenté d'encaisser lesdits chèques auprès de la B._____, mais sans succès, l'établissement bancaire exigeant une preuve de l'origine licite des fonds. Sur le formulaire de déclaration de l'ayant droit économique, il a faussement certifié être le seul ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Il a ensuite transmis à la banque une lettre datée du 17 décembre 2003, qu'il a demandé à l'accusé de signer, faisant référence au chèque et indiquant faussement que celui-ci concernait "l'étude du marché pour l'implantation de supermarchés bio en France, ainsi qu'une participation au chiffre d'affaires 2002-2003". Il a produit également une attestation rédigée par lui-même, datée du 5 janvier 2004, aux termes de laquelle l'argent représentait des honoraires pour l'implantation de supermarchés bio en France. Tous ces documents n'étant pas convaincants pour l'établissement bancaire, D._____ a alors rédigé, au début du mois de janvier 2004, un faux certificat de consulting, antidaté au 26 novembre 2002. Il y était indiqué que T._____ avait été mandaté par l'intimé pour la mise sur pied de supermarchés bio sur le territoire suisse et français, les chèques se rapportant alors à de prétendus paiements d'honoraires et participation au chiffre d'affaires de D._____. E._____ a ensuite signé ce contrat. La B._____ n'ayant en définitive pas accepté de payer les chèques, D._____ a demandé à l'accusé de l'aider et de faire des démarches auprès de la R._____ et du [...] pour leur encaissement. Il lui a promis de lui accorder un prêt en contrepartie.

A une date indéterminée au début du mois de janvier 2004, les deux intéressés ont repris le faux contrat de consulting en inversant les noms des parties, afin de faire croire qu'E._____ avait été mandaté par T._____. L'intimé a émis une facture mensongère, datée du 6 décembre

2003, à charge de D._____, en relation avec ce pseudo mandat pour un montant de 155'100 fr. avec pour libellé : "Consultance technique pour l'année 2002-2003, selon entretien".

Les 5, 12 et 19 janvier 2004, les 5 et 23 février 2004 ainsi que le 16 mars 2004, après avoir produit ces documents auprès du [...] et de la R._____, l'accusé a pu encaisser la totalité des chèques, en indiquant sur le formulaire ad hoc de ces deux banques être le seul ayant droit économique de cet argent. Il a remis les fonds à D._____ en mains propres, à l'exception de 188'000 fr. que ce dernier lui a laissé conserver à titre de prêt, sans toutefois que S._____ ou son gérant n'aient donné leur accord.

Aux débats, suite à une convention que l'intimé et la société précitée ont signée, celle-ci a retiré sa constitution de partie civile ainsi que la plainte qu'elle avait déposée.

2. Pour les faits relatés ci-dessus, le tribunal a considéré qu'E._____ s'était rendu coupable de faux dans les titres au sens de l'art. 251 ch. 1 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 RS 311.0) et abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 CP.

Les premiers juges ont, en revanche, libéré le prénommé du chef d'accusation de recel parce que les conditions de cette infraction n'étaient pas réalisées.

C. En temps utile, le Ministère public a recouru contre ce jugement et déposé un mémoire concluant à sa réforme principalement en ce sens qu'E._____ est condamné à une peine privative de liberté de quatorze mois et quinze jours, peine complémentaire à celles prononcées à son encontre le 29 mars 2005 par le Tribunal de police de Lausanne et le 7 septembre 2006 par le Tribunal de police de l'Est vaudois et subsidiairement en ce sens que le prénommé est condamné à 255 jours-

amende, le montant du jour-amende étant fixé à 340 fr., peine complémentaire à celles prononcées à son encontre le 29 mars 2005 par le Tribunal de police de Lausanne et le 7 septembre 2006 par le Tribunal de police de l'Est vaudois, les frais d'arrêt étant laissés à la charge de l'Etat.

Par mémoire du 19 juin 2009, l'intimé a conclu au rejet du recours.

En droit :

1. Le recours est en réforme exclusivement. En pareil cas, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1 CPP). Elle ne peut cependant aller au-delà des conclusions du recourant. Elle est liée en outre par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, inexistantes en l'espèce, qu'elle rectifie d'office, ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (art. 447 al. 2 CPP; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66 ss, spéc. pp. 70 s., ch. 8).

2. a) Le Ministère public invoque une violation des art. 34, 47 et 49 CP. Il reproche au tribunal d'avoir prononcé une peine d'ensemble de 375 jours-amende au motif que, selon l'art. 34 al. 1 CP, la peine pécuniaire ne peut excéder 360 jours-amende. Il fait ainsi valoir que la peine complémentaire ne pouvait consister qu'en une peine privative de liberté. Il soutient encore que la peine infligée à E._____ est arbitrairement clémente. Il conclut principalement à une peine complémentaire de

quatorze mois et demi de privation de liberté et subsidiairement à une peine pécuniaire de 255 jours-amende à 340 fr. le jour, le montant du jour-amende que les premiers juges ont fixé à 150 fr. étant trop bas. Il admet implicitement l'octroi du sursis.

b) Le cas du concours réel rétrospectif se présente lorsque l'accusé, 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. L'art. 49 al. 2 CP, qui correspond à l'art. 68 ch. 2 aCP, enjoint au juge de prononcer une peine complémentaire ou additionnelle, de telle sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement. Concrètement, le juge doit se demander comment il aurait fixé la peine en cas de concours simultané, puis déduire de cette peine d'ensemble hypothétique la peine de base, soit celle qui a déjà été prononcée (TF 6B_28/2008 du 10 avril 2008, c. 3.3). Le juge n'est toutefois pas lié par le genre de peine infligée lors du premier jugement (Jürg-Beat Ackermann, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2 éd., 2007, n. 71 ad art. 49).

Il faut d'abord déterminer l'infraction pour laquelle la loi prévoit la peine la plus grave, puis évaluer la sanction qu'elle mérite dans le cas concret et ensuite l'augmenter en fonction de la peine évaluée pour l'autre infraction à juger. L'élément de la peine d'ensemble relatif à l'acte en concours rétrospectif sera déterminé comme une peine additionnelle. Cette méthode permet d'appliquer l'art. 49 al. 1 CP sans négliger l'art. 49 al. 2 CP. Sur le plan formel, la sanction est toujours une peine d'ensemble mais, sur celui de sa quotité, il est tenu compte du concours rétrospectif (ATF 127 IV 106, c. 2; 116 IV 14, c. 2b et les réf. cit.).

Face à plusieurs condamnations antérieures, la démarche est la même. Il faut cependant rattacher chacune des infractions anciennes à la condamnation qui suit la commission de l'acte délictueux; en effet, un jugement pénal doit en principe sanctionner tous les actes répréhensibles commis avant son prononcé; cela est corroboré par l'institution de la peine additionnelle dont il résulte que le juge qui prononce la seconde

condamnation doit toujours tenir compte de la première, si l'acte découvert précédait celle-ci. Le rattachement des actes anciens à la condamnation qui les suit permet de former des groupes d'infractions. Pour fixer la peine d'ensemble, on recherche l'infraction (ou le groupe d'infractions) la plus grave. On en détermine la peine qui servira de base; à celle-ci viennent s'ajouter les peines relatives aux autres groupes; pour celles qui concernent les groupes d'infractions anciennes, on les évalue comme des peines additionnelles. Ces dernières ne sont ensuite pas cumulées, mais "absorbées" (TF 6S.848/1998 du 10 septembre 1999, c. 1c/cc; ATF 116 IV 14, précité, c. 2c.; TF 6B_28/2008, précité, c. 3.3; Jürg-Beat Ackermann, *op. cit.*, n. 79 ad art. 49).

c) A teneur de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). Le critère essentiel est celui de la faute.

La disposition précitée n'énonce pas de manière détaillée et exhaustive tous les éléments qui doivent être pris en considération, ni les conséquences exactes qu'il faut en tirer quant à la fixation de la peine. Elle laisse donc au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte qu'un recours portant sur la quotité de la peine ne sera admis que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si les éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la peine apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doive parler d'un abus du pouvoir d'appréciation. La cour de céans ne peut donc modifier la peine infligée que si elle a été fixée sur la base d'une argumentation erronée ou si elle est arbitrairement sévère (Bovay/Dupuis/Monnier/Moreillon/Piguet, *Procédure pénale vaudoise, Code annoté*, 3^e éd., Bâle 2008, n. 1.4 ad art.

415 CPP et les réf. cit.; ATF 129 IV 6, c. 6.1; 128 IV 73, c. 3b; 127 IV 101, c. 2c; 123 IV 150, c. 2a; 122 IV 241, c. 1a; 118 IV 21, c. 2a; 116 IV 288, c. 2b).

Une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 132 III 209).

d) En l'espèce, on rappellera tout d'abord qu'E. _____ a été condamné le 29 mars 2005 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne, pour ivresse au volant, à trente jours d'emprisonnement. Il a en outre été condamné le 7 septembre 2006 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois, pour détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice, à septante-cinq jours d'emprisonnement, avec sursis pendant trois ans. Les faits à l'origine de la présente affaire s'étant déroulés entre fin décembre 2003 et le 16 mars 2004, c'est à juste titre que les premiers juges ont estimé qu'ils devaient être sanctionnés d'une peine complémentaire au sens de l'art. 49 al. 2 CP. Les décisions précitées figurent au dossier (pièces 43 et 44).

A ce stade, on observera que les premiers juges n'ont pas formellement fixé une peine d'ensemble pour ensuite déduire de la peine ainsi fixée les peines afférentes aux infractions déjà sanctionnées. Ils se sont en effet limités à rappeler que les conditions de l'art. 49 al. 2 CP étaient remplies et qu'il y avait dès lors lieu de fixer une peine complémentaire à celles infligées à l'intimé en 2005 et 2006 (jugt, p. 13).

Or, conformément à la jurisprudence précitée, la peine doit être fixée en fonction des infractions les plus graves, puis adaptée en fonction des autres infractions commises pour fixer, en définitive, une peine d'ensemble.

En l'occurrence, le tribunal a examiné, à charge et à décharge, les divers éléments relatifs aux antécédents et à la situation personnelle d'E._____ (jugt, p. 13). D'un côté, il a souligné que celui-ci répondait de la circonstance aggravante d'un concours d'infractions. Sous l'angle de la gravité de la faute, les premiers juges ont retenu que le prénommé s'était comporté de manière crasse. Ils ont constaté que l'abus de confiance dont il s'était rendu coupable portait sur une somme importante et que pour parvenir à ses fins, il n'avait pas hésité à établir de faux documents et à émettre une fausse déclaration apposée sur un formulaire bancaire. Ils ont ensuite précisé que la situation financière de l'accusé ne justifiait pas ses actes.

D'un autre côté, le tribunal a retenu en faveur de l'intimé sa bonne collaboration durant l'enquête et ses regrets.

Les éléments ainsi relevés par les premiers juges et fondés sur les différents critères de l'art. 47 CP sont pertinents.

Reste à déterminer si la peine prononcée est exagérément clémente. A cet égard, on relèvera que les infractions réprimées en 2005 et 2006 sont de relativement peu de gravité au regard de celles qui font l'objet de la présente procédure. En effet, la peine privative de liberté maximum des infractions les plus graves, soit le faux dans les titres au sens de l'art. 251 ch. 1 CP et l'abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 CP, est de cinq ans. Partant, retenues en concours, les nouvelles infractions dont le prénommé s'est rendu coupable pourraient lui valoir une sanction maximale de sept ans et demi de peine privative de liberté, conformément à l'art. 49 al. 1 CP. Cela étant, il convient de se demander si le tribunal a pris suffisamment en compte, dans l'examen de la culpabilité de l'accusé, les infractions de faux dans les titres et d'abus de confiance. A ce sujet, les premiers juges font clairement état du fait qu'il "sera largement tenu compte des condamnations précédentes" (jugt, p. 13, par. 4), voulant exprimer par là que lesdites condamnations pèseraient d'un poids déterminant dans la fixation de la peine d'ensemble. Ainsi, si le

tribunal n'a pas voulu alourdir davantage la peine, c'est apparemment principalement en raison des infractions déjà réprimées.

Or, au regard de la gravité des nouvelles infractions, les peines d'emprisonnement de trente jours et de septante-cinq jours fixées respectivement en 2005 et 2006 influent de manière peu significative sur la peine d'ensemble à infliger.

Comme le tribunal l'a à juste titre indiqué, les faits reprochés à l'intéressé en relation avec les nouvelles infractions sont graves (jugt, p. 12 *in fine*). Il convient ainsi de tenir suffisamment compte du concours d'infractions, de l'appât du gain qui a poussé E. _____ à accepter la somme de 188'000 fr. et de la durée relativement longue de l'activité délictueuse du prénommé, qui a procédé à trois reprises afin d'encaisser les chèques, se limitant dans un premier temps à signer un faux document, avant de faire lui-même les démarches en vue desdits encaissements.

A cela s'ajoute que les infractions portaient sur une somme importante, soit près d'un million de francs. Sur ce point, les premiers juges se sont bornés à indiquer que l'argent investi par S. _____ devait être placé en vue d'un rendement et pas pour être prêté à l'accusé (jugt, p. 10 *in fine*). La Cour de cassation constate que cette motivation n'est pas suffisante pour permettre de comprendre dans quel but D. _____ a utilisé l'argent reçu; elle peut donc compléter les considérants du jugement sur ce point en application de l'art. 433a al. 2 CPP. En se fondant sur la pièce 15/1 du dossier, à laquelle fait d'ailleurs référence le tribunal (jugt, p. 11, par. 2), la cour de céans retient par conséquent que l'argent que D. _____ a reçu de S. _____ a été utilisé à des fins personnelles dans le cadre de ses affaires. Sur la base de l'état de fait ainsi complété, on relèvera que l'intimé a commis l'infraction d'abus de confiance en coaction avec le prénommé non seulement sur les 188'000 fr. reçus, mais également sur les autres sommes encaissées, dans la mesure où il savait comment son comparse utiliserait l'entier du montant précité (jugt, pp. 11 s.).

Compte tenu de la culpabilité d'E._____, qui, au vu des éléments précités, doit être qualifiée de lourde, la Cour de cassation estime que la peine pécuniaire de 270 jours-amende infligée à l'intéressé est arbitrairement clémente.

Sur ce point, l'argument du Ministère public selon lequel il n'est pas possible de prononcer une peine pécuniaire au motif que la peine d'ensemble dépasserait 360 jours-amende n'est pas à lui seul déterminant, dans la mesure où ce qui importe en premier lieu, ce n'est pas que le juge ne soit pas lié par le genre de peine infligée lors du premier jugement, mais que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (TF 6B_28/2008, précité, c. 3.3). En l'espèce, il faut relever que si un seul jugement avait été prononcé, le prénommé n'aurait pas été condamné à une peine d'ensemble inférieure à dix-huit mois de privation de liberté, comme le relève à juste titre le recourant; une peine pécuniaire ne saurait dès lors être fixée pour le seul motif que le comportement de l'accusé a fait l'objet de plusieurs condamnations, comme semble le laisser entendre le tribunal, ce d'autant plus que l'intimé a été condamné, à l'époque, à deux peines d'emprisonnement.

Il y a donc lieu d'infliger à E._____ une peine privative de liberté complémentaire. Du moment qu'il convient de déduire de la peine d'ensemble susmentionnée celles prononcées les 29 mars 2005 et 7 septembre 2006, soit un total de trois mois et demi, la peine privative de liberté complémentaire à prononcer doit être fixée à quatorze mois et demi.

3. En définitive, le recours doit être admis et le jugement du 23 mars 2009 du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne 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 de l'intimé par 220 fr., 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,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est admis.
- II. Le jugement est réformé au chiffre III de son dispositif en ce sens que le tribunal :

III. Condamne E. _____ à une peine privative de liberté de 14 (quatorze) mois et demi, peine complémentaire à celles prononcées à son encontre le 29 mars 2005 par le Tribunal de police de Lausanne et le 7 septembre 2006 par le Tribunal de police de l'Est vaudois.

Le jugement est maintenu pour le surplus.

- III. Les frais de deuxième instance, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office d'E. _____ par 220 fr. (deux cent vingt francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 1^{er} septembre 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 Coralie Devaud, avocate-stagiaire (pour E. _____),
- Me Marc-Olivier Buffat, avocat (pour S. _____),
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Département de l'intérieur, Office d'exécution des peines,
- Mme la Vice-Présidente du Tribunal correctionnel de l'arrondissement
de Lausanne,
- 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 :