Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 435/2007 /rod

Arrêt du 12 février 2008
Cour de droit pénal

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Ferrari et Zünd.
Greffier: M. Vallat.

Parties
X._____,
recourante, représentée par Me Vivian Kühnlein, avocat,

contre

Ministère public du canton de Vaud,
rue de l'Université 24, 1005 Lausanne,
intimé.

Objet
Sursis à l'exécution de la peine,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 26 mars 2007.

Faits:

A.
Par jugement du 8 septembre 2006, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné X._____ pour abus de confiance (art. 138 ch. 1 CP) à la peine de vingt-deux mois d'emprisonnement. En bref, il était reproché à l'intéressée, en tant que gérante, directrice et administratrice de Y._____ SA, d'avoir, entre 1997 et 2001, détourné 1'365'696 fr. 50 au préjudice d'une fondation qui a son siège à Paris, et 486'672 fr. 30 au préjudice d'une association religieuse, toutes deux propriétaires d'immeubles gérés par la régie.

Les considérants relatifs à la fixation de la peine faisaient état d'une longue instruction sur l'activité actuelle de X._____ et des documents trouvés lors d'une visite domiciliaire qui ne laissaient que peu de doutes sur l'acquisition de biens immobiliers en Suisse par des personnes étrangères ou à leur nom. L'accusée avait en outre nié l'évidence, soit qu'un dénommé Z._____ tirait les ficelles et les cordons de la bourse. Cette "reconversion" laissait un goût amer et démontrait aux yeux du tribunal que l'accusée n'avait pas pris conscience de la manière correcte de gérer les affaires, ce défaut de prise de conscience étant corroboré par le manque de collaboration de l'intéressée aux débats. Le Tribunal correctionnel a également relevé que la culpabilité de l'intéressée ne justifiait plus une peine encore compatible avec le sursis, qui ne serait en aucun cas envisageable vu l'absence de pronostic favorable.

B.
Par arrêt du 26 mars 2007, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois a partiellement admis le recours de X._____ et, en application de la nouvelle partie générale du code pénal, réformé ce jugement en assortissant du sursis onze des vingt-deux mois de privation de liberté avec un délai d'épreuve de quatre ans.

Selon la cour cantonale, la nature des infractions commises et les constats très mitigés opérés par le tribunal à propos de l'activité actuelle de la recourante, ne permettaient plus de dire qu'une peine ferme ne paraissait pas nécessaire. Il fallait notamment relativiser la prise de conscience de la recourante. Le sursis au sens de l'art. 42 CP ne se justifiait donc pas. Cependant, l'effet de prévention spéciale lié au sursis partiel devait également être pris en considération compte tenu des activités actuelles de la recourante. Cet arrêt indiquait encore que la question de la prise de conscience devait être replacée dans son contexte et que le constat effectué sur ce point par le tribunal n'apparaissait pas arbitraire. La recourante avait montré un manque de collaboration évident à l'audience de jugement notamment lorsqu'il s'était agi de déterminer son activité actuelle dans la perspective d'établir un pronostic pour le futur. L'instruction avait montré qu'elle persistait dans des affaires où intervenaient de multiples sociétés et qu'elle refusait de s'expliquer spontanément sur une affaire qui, au vu d'une seule pièce, suscitait déjà des interrogations. Les remarques et allusions faites par le tribunal au sujet de l'incompétence de la recourante ne devaient pas être prises comme des reproches au plan pénal, mais comme un indice sérieux qu'en reprenant des affaires dans le même domaine, à la suite de ses échecs, avec un client étranger et de multiples sociétés, l'intéressée ne donnait pas l'impression d'avoir tiré les conséquences de ses activités passées.

C.
X._____ interjette un recours en matière pénale contre cet arrêt. Elle conclut principalement à sa réforme en ce sens que la totalité de la peine soit assortie du sursis et subsidiairement à l'annulation de l'arrêt entrepris. Elle requiert en outre l'assistance judiciaire.

La juridiction cantonale et le ministère public n'ont pas présenté d'observations.

Considérant en droit:

1.
Le recours en matière pénale peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est circonscrit par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral l'applique d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente. Il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (cf. ATF 130 III 136 consid. 1.4 p. 140). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

2.
La recourante soulève tout d'abord un grief d'ordre constitutionnel, qu'il convient d'examiner préalablement. Elle reproche à la cour cantonale, au titre de la violation de son droit d'être entendue (art. 29 Cst.), de n'avoir pas examiné l'un des arguments qu'elle a soulevé en procédure cantonale.

2.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivé. Cette garantie tend à donner à la personne touchée les moyens d'apprécier la portée du prononcé et de le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure. L'objet et la précision des indications à fournir dépendent de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (ATF 112 Ia 107 consid. 2b p. 109; voir aussi ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102, 125 II 369 consid. 2c p. 372, 124 II 146 consid. 2a p. 149). L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties et peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 126 I 15 consid. 2a/aa p. 17; 125 II 369 consid. 2c p. 372; 124 II 146 consid. 2a p. 149; 124 V 180 consid. 1a p. 181 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement si

les exigences posées par l'art. 29 al. 2 Cst. ont été respectées (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51, 122 I 153 consid. 3 p. 158 et
les arrêts cités).

2.2 En l'espèce, la recourante expose qu'elle a invoqué sous l'angle de l'égalité de traitement dans l'application de l'art. 42 CP, la condamnation, prononcée par le même tribunal d'arrondissement en décembre 2006, d'un autre régisseur immobilier, qui a pu bénéficier du sursis bien que les détournements qui lui étaient reprochés portassent sur des montants nettement supérieurs à ceux en cause en l'espèce.

Comme la jurisprudence a déjà eu l'occasion de le souligner, eu égard aux nombreux paramètres qui interviennent dans la fixation de la peine, une comparaison avec des affaires concernant d'autres accusés et des faits différents est d'emblée délicate et généralement stérile dès lors qu'il existe presque toujours des différences entre les circonstances, objectives et subjectives, que le juge doit prendre en considération dans chacun des cas (ATF 120 IV 136 consid. 3a p. 144; 116 IV 292). Il ne suffit notamment pas que le recourant puisse citer l'un ou l'autre cas où une peine particulièrement clémente a été fixée pour prétendre à un droit à l'égalité de traitement (ATF 120 IV 136 consid. 3a p. 144 et les arrêts cités). Le principe de la légalité prime du reste sur celui de l'égalité (ATF 124 IV 44, consid. 2c p. 47).

Cette pratique restrictive a été développée essentiellement en matière de fixation de la quotité de la peine et souligne clairement les limites très étroites dans lesquelles les comparaisons sont pertinentes dans ce contexte. Or, la recourante n'invoque pas le précédent qu'elle allègue dans cette perspective - elle souligne au contraire dans ses écritures ne plus contester la quotité de sa peine - , qu'il n'y a dès lors pas lieu d'examiner (art. 106 al. 2 LTF) mais dans celle de l'octroi du sursis. Elle entend déduire de la comparaison qu'elle propose un lien entre les montants détournés et l'octroi ou le refus du sursis dans l'un et l'autre cas. Ce faisant, elle perd de vue que l'octroi du sursis dépend essentiellement du pronostic relatif aux perspectives d'amendement de l'intéressé (art. 42 al. 1 CP), sur lesquelles l'ampleur des détournements opérés n'a d'influence qu'en tant qu'elle constitue l'une des circonstances de l'infraction, à côté de nombreux autres facteurs (cf. infra consid. 3.2). Aussi, faute de toute autre indication sur l'ensemble des circonstances topiques, personnelles notamment, qui prévalaient dans le cas invoqué la recourante ne démontre-t-elle pas à satisfaction de droit (art. 106 al. 2 LTF) en quoi cette comparaison aurait été décisive dans le cas d'espèce. Le recours est rejeté sur ce point.

3.
Sur le fond, la recourante n'élève plus aucun grief sur la qualification des infractions qui lui sont reprochées, ni sur la quotité de la peine infligée. Elle critique exclusivement le refus du sursis complet à l'exécution de la peine de 22 mois de privation de liberté.

3.1 Selon le nouvel art. 42 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (al. 2). L'octroi du sursis peut également être refusé lorsque l'auteur a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'attendre de lui (al. 3). Le juge peut prononcer, en plus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende selon l'art. 106 CP (al. 4).

3.2 Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le juge doit par ailleurs

motiver sa décision de manière suffisante (cf. art. 50 CP); sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (cf. ATF 134 IV 5 consid. 4.2.1; ATF 128 IV 193 consid. 3a; 118 IV 97 consid. 2b).

Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (cf. ATF 134 IV 5 consid. 4.2.2).

3.3 L'art. 43 CP prévoit que le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine pécuniaire d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (al. 1). La partie à exécuter ne peut excéder la moitié de la peine (al. 2). En cas de sursis partiel à l'exécution d'une peine privative de liberté, la partie suspendue, de même que la partie à exécuter, doivent être de six mois au moins. Les règles d'octroi de la libération conditionnelle ne lui sont pas applicables (al. 3).

3.4 Les conditions subjectives permettant l'octroi du sursis (art. 42 CP), à savoir les perspectives d'amendement, valent également pour le sursis partiel prévu à l'art. 43 CP dès lors que la référence au pronostic ressort implicitement du but et du sens de cette dernière disposition. Ainsi, lorsque le pronostic quant au comportement futur de l'auteur n'est pas défavorable, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue. Mais un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel. En effet, s'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé de quelque manière par un sursis complet ou partiel, la peine doit être entièrement exécutée (cf. ATF 134 IV 10 consid. 5.3.1 et les réf.).

En revanche, les conditions objectives des art. 42 et 43 CP ne correspondent pas: les peines privatives de liberté jusqu'à une année ne peuvent être assorties du sursis partiel; une peine de 12 à 24 mois peut être assortie du sursis ou du sursis partiel; le sursis complet à l'exécution d'une peine privative de liberté est exclu, dès que celle-ci dépasse 24 mois alors que jusqu'à 36 mois, le sursis partiel peut être octroyé (cf. ATF 134 IV 11, consid. 5.3.2).

3.5 Lorsque la peine privative de liberté est d'une durée telle qu'elle permette le choix entre le sursis complet (art. 42 CP) et le sursis partiel (art. 43 CP), soit entre un et deux ans au plus, l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 est la règle et le sursis partiel l'exception. Cette dernière ne doit être admise que si, sous l'angle de la prévention spéciale, l'octroi du sursis pour une partie de la peine ne peut se concevoir que moyennant exécution de l'autre partie. La situation est comparable à celle où il s'agit d'évaluer les perspectives d'amendement en cas de révocation du sursis (ATF 116 IV 97). Lorsqu'il existe - notamment en raison de condamnations antérieures - de sérieux doutes sur les perspectives d'amendement de l'auteur, qui ne permettent cependant pas encore, à l'issue de l'appréciation de l'ensemble des circonstances, de motiver un pronostic concrètement défavorable, le tribunal peut accorder un sursis partiel au lieu du sursis total. On évite de la sorte, dans les cas de pronostics très incertains le dilemme du « tout ou rien ». L'art. 43 CP permet alors que l'effet d'avertissement du sursis partiel autorise, compte tenu de l'exécution partielle ordonnée simultanément, un pronostic largement plus favorable pour l'avenir. Encore faut-il que l'exécution partielle de la peine apparaisse incontournable pour améliorer les perspectives d'amendement. Tel n'est pas le cas, lorsque la combinaison d'une amende au sens de l'art. 42 al. 4 CP avec le sursis apparaît suffisante sous l'angle de la prévention spéciale. Le tribunal doit examiner préalablement cette possibilité (ATF 134 IV 14, consid. 5.5.2).

3.6 En l'espèce, procédant en deux temps, la cour cantonale a jugé, en se référant aux éléments d'appréciation relevés par le Tribunal correctionnel, que la nature des infractions commises et les constats très mitigés faits à propos de l'activité actuelle de la recourante ne permettaient pas de dire qu'une peine ferme ne paraissait pas nécessaire, la prise de conscience de la recourante devant notamment être relativisée. La cour cantonale en a déduit que le prononcé d'un sursis au sens de l'art. 42 nCP ne se justifiait pas (arrêt entrepris consid. 12.3 p. 17). Elle a ensuite relevé que la faute de la recourante était suffisamment lourde pour justifier une peine ferme (prévention générale), mais que l'effet de prévention spéciale lié à un sursis partiel devait également être pris

en considération compte tenu des activités actuelles de la recourante. Partant, il y avait lieu d'accorder le sursis partiel, la partie à exécuter et la partie suspendue étant chacune fixée à onze mois (arrêt entrepris, consid. 13.2 p. 17 s.).
3.6.1 La recourante soutient que la nature des infractions reprochées ne constituerait pas un élément pertinent pour poser un pronostic en vue du sursis. Elle conteste, par ailleurs, l'appréciation portée par la cour cantonale sur ses activités actuelles.

Il est vrai qu'en elle-même, la nature de l'infraction ne fournit aucune indication sur les perspectives d'amendement du condamné. La jurisprudence l'a relevé à de nombreuses reprises, notamment en relation avec la conduite en état d'ébriété (ATF 101 IV 257 consid. 1 p. 258, 98 IV 159, consid. 2 p. 161) ou les infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants (ATF 101 IV 122 consid. 2, p. 123). La cour cantonale n'a cependant pas raisonné de la sorte en l'espèce. A ses yeux, l'existence d'un doute sur l'absence de pronostic défavorable ne résultait pas simplement du fait que la recourante avait commis des infractions contre le patrimoine, mais de la circonstance que la poursuite de ses activités dans l'immobilier malgré ses démêlés avec la justice relativisait sa prise de conscience. Dans son principe, ce raisonnement n'est pas contraire au droit fédéral.
3.6.2 Cela étant, la motivation de l'arrêt cantonal, même si elle renvoie au jugement de première instance, ne permet pas de comprendre le raisonnement suivi. Le pronostic formulé repose en effet exclusivement sur deux éléments. La cour cantonale a relevé, d'une part, la nature des infractions commises en relation avec les constats très mitigés faits par le tribunal correctionnel à propos de l'activité actuelle de la recourante et, d'autre part, indiqué qu'il fallait relativiser la prise de conscience de la recourante (arrêt entrepris, consid. 12.3, p. 17). Or, le seul fait que la recourante continue à exercer des activités dans l'immobilier, au travers de nombreuses société et, le cas échéant, pour des clients à l'étranger, ne permet pas encore d'affirmer que seule l'exécution d'une peine d'emprisonnement ferme serait de nature à la dissuader de commettre de nouvelles infractions. Si ces faits présentent en effet quelques similitudes avec ceux jugés en l'espèce (la fondation grugée avait son siège à Paris et plusieurs sociétés sont intervenues), ils apparaissent en définitive communs à de nombreuses activités immobilières licites. Par ailleurs, en l'absence de toute constatation de fait précise sur la nature des immeubles en
question et la situation personnelle de ces clients étrangers, il n'est pas possible de contrôler si ces activités sont effectivement illicites ou même simplement douteuses et constituent, dans cette mesure, un élément défavorable du pronostic.
3.6.3 Reste le reproche d'avoir refusé de collaborer à l'instruction, dont le Tribunal correctionnel a déduit un défaut de prise de conscience et la cour cantonale qu'il fallait relativiser la prise de conscience de la recourante. Ce refus de collaborer à l'instruction ne porte cependant pas sur l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il n'a, en particulier, pas trait aux infractions sanctionnées. Il ressort en effet du jugement de première instance qu'aux débats, l'intéressée n'a contesté ni les montants détournés ni la qualification pénale de l'infraction, en confirmant au surplus ne pas se prévaloir de l'Ersatzbereitschaft (jugement, consid. II.3 p. 11). Il a donc essentiellement été reproché à la recourante d'avoir refusé de collaborer à l'instruction quant à sa situation professionnelle actuelle.

Contrairement à ce que paraît avoir pensé le Tribunal correctionnel, le seul refus de collaborer à l'instruction ne permet pas encore de tirer des conclusions sur la prise de conscience du condamné et motiver le refus du sursis. Le juge doit, au contraire, rechercher les raisons qui motivent ce refus puis les confronter à l'ensemble des éléments pertinents pour le pronostic (ATF 101 IV 257 consid. 2a p. 259; cf. aussi arrêts 6S.477/2002 du 12 mars 2003, 6S.296/2003 du 15 octobre 2003 et 6S.276/2006 du 26 septembre 2006). L'arrêt cantonal et le jugement de première instance ne fournissent aucune indication sur ce point. Les autorités cantonales n'ont pas non plus indiqué comment elles avaient pris en considération dans leur pronostic l'absence de tout antécédent de la recourante dont le casier judiciaire vierge (jugement, consid. I. p. 7) constitue pourtant un élément d'appréciation favorable essentiel, ainsi que la réputation de la recourante, à propos de laquelle ces décisions sont muettes. Dans ces conditions, il n'est pas possible de contrôler comment a été appliqué le droit fédéral. Il s'ensuit que la cause doit être renvoyée à la cour cantonale, afin qu'elle complète l'instruction et rende une nouvelle décision.

4.
Le recours est admis partiellement. La recourante supporte une part des frais judiciaires dans la mesure où elle

succombe (art. 66 al. 1 LTF). Elle peut prétendre une indemnité de dépens réduite dans la mesure où elle obtient gain de cause (art. 68 al. 1 LTF), ce qui rend, dans la même mesure, sans objet sa requête d'assistance judiciaire (art. 64 al. 2 dernière phrase LTF), qui doit, pour le surplus être rejetée, en tant que le grief constitutionnel soulevé était d'emblée dénué de toute chance de succès (art. 64 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis partiellement et la cause renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle procède conformément aux considérants qui précèdent. Il est rejeté pour le surplus.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 1000 francs, sont mis à la charge de la recourante.

3.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée dans la mesure où elle a encore un objet.

4.
Le canton de Vaud versera au mandataire de la recourante une indemnité de dépens de 1500 francs.

5.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale.
Lausanne, le 12 février 2008
Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Schneider Vallat