Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 313/2008 /rod

Arrêt du 25 juin 2008
Cour de droit pénal

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

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Gisèle de Benoit, avocate,

contre

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

Objet
Utilisation sans droit de valeurs patrimoniales (art. 141bis CP),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 24 septembre 2007.

Faits:

A.
Par jugement du 18 janvier 2007, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné X._____, à côté de plusieurs autres accusés, à une peine de deux cent dix jours-amende à 50 francs l'un avec sursis pendant trois ans pour utilisation sans droit de valeurs patrimoniales.

B.
La Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois a partiellement admis le recours de l'intéressé par arrêt du 24 septembre 2007. Sans remettre en cause la qualification de l'infraction, la nature de la sanction et le nombre des jours-amende, la cour cantonale a ramené la valeur de ceux-ci de 50 à 30 francs l'un. Cet arrêt repose en substance sur les faits pertinents suivants.
B.a La Banque W._____ a commandé à Y._____, par l'intermédiaire de Z._____, société qui s'occupe du software des bancomats de plusieurs banques, des modifications techniques mineures sur tous ses distributeurs de billets. Il s'agissait de modifier l'orthographe de certains termes, notamment au niveau des accents. Ces modifications ont été mises en vigueur le 5 mai 2003, à 13h25. Le 7 mai 2003, vers 09h30, Z._____ a reçu l'ordre de la Banque W._____ de bloquer tous les bancomats, des erreurs ayant été constatées.

L'analyse de l'incident a révélé une erreur dans la dernière version du logiciel fourni par Y._____. Selon les analyses de l'incident, le champ DISPACNT (montant disponible pour le retrait) devait valoir 0 en cas de solde négatif, mais apparemment, les signes + ou - y ont été introduits, alors qu'ils n'auraient dû s'appliquer qu'au champ SALDO (solde de compte). Cette erreur de programmation dans la mise à jour du logiciel a eu pour effet que du 5 mai 2003 à 13h25 au 7 mai 2003 à 9h45, le solde disponible journalier affiché par l'appareil correspondait, en positif, au solde négatif du compte et augmentait donc à chaque retrait, jusqu'à un plafond

de 7000 francs par retrait. En résumé, plus les retraits étaient nombreux, plus le solde disponible journalier était important. Seuls les comptes débiteurs ont été concernés par cette faille. A aucun moment, les comptes débiteurs concernés n'ont en revanche été crédités d'un quelconque montant. Les sommes retirées étaient au contraire dûment portées au débit du compte, dont le solde débiteur augmentait ainsi à chaque retrait (arrêt entrepris, consid. B.1.a, p. 2 et les rectifications apportées à l'état de fait du jugement de première instance, figurant au consid. 1, p. 6).
B.b Le 6 mai 2003, en retirant au bancomat de l'argent sur son compte W._____, X._____ a remarqué que son solde disponible journalier augmentait. Il savait son compte débiteur mais n'ignorait pas qu'il pouvait disposer d'un dépassement limité. Il a répété l'opération plusieurs fois en cours de journée puis dans la nuit qui a suivi et a ainsi soutiré 132'663 francs à la banque. Sans contester ce montant et sa façon de procéder, il a prétendu avoir confié cet argent à un chauffeur routier en partance pour la Macédoine, pour régler une dette qu'il avait contractée là-bas en 2001. Il a été retenu qu'il avait disposé de l'argent.

C.
X._____ forme un recours en matière pénale contre cet arrêt. Il conclut, avec suite de frais et dépens, à son acquittement et requiert le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Invité à déposer des observations, le Ministère public du canton de Vaud a conclu au rejet du recours. Il soutient que l'art. 141bis CP est applicable au recourant et, subsidiairement, que si cette disposition n'était pas applicable, il faudrait envisager d'appliquer l'art. 147 CP.

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.
Le recourant conteste que ses actes soient constitutifs de l'infraction visée par l'art. 141bis CP (utilisation sans droit de valeurs patrimoniales). Il conteste que des valeurs patrimoniales soient tombées en son pouvoir en soulignant que seule sa limite de crédit telle qu'elle s'affichait à l'écran avait été affectée, cependant que son compte était réellement débité du montant de ses retraits. Il conteste ensuite le caractère involontaire de l'obtention de valeurs patrimoniales en relevant que son intervention volontaire était nécessaire pour que le transfert de valeur devienne effectif.

2.1 Conformément à l'art. 141bis CP, celui qui, sans droit, aura utilisé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales tombées en son pouvoir indépendamment de sa volonté sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 141bis CP). Cette disposition suppose que l'auteur acquière involontairement un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales et les utilise sans droit à son profit ou au profit de tiers. Son application est restreinte aux cas dans lesquels les valeurs patrimoniales sont tombées au pouvoir de l'auteur indépendamment de sa volonté. Contrairement à l'art. 137 CP, elle n'a pas le caractère d'une infraction subsidiaire qui trouverait application lorsque les conditions d'une autre infraction ne sont pas remplies, par exemple pour suppléer à l'application de l'art. 146 CP en l'absence d'astuce ou à l'art. 138 CP lorsque l'auteur utilise sans droit des valeurs patrimoniales qui lui ont été transférées

sans toutefois lui avoir été confiées. Selon la jurisprudence, la condition liée au caractère involontaire est typiquement réalisée dans les cas où un virement erroné est effectué par inadvertance, soit en cas de bonification d'un autre
compte que celui de l'ayant droit. Cette condition est également réalisée en cas de double paiement sur un même compte, soit lorsque celui qui effectue le virement s'acquitte une seconde fois de la dette qu'il a déjà soldée parce qu'il croit par erreur en être encore tenu. En revanche, les valeurs patrimoniales ne sont pas tombées au pouvoir de l'auteur indépendamment de sa volonté lorsqu'il a lui-même causé le virement erroné en trompant le responsable ou y a contribué. Il faut que l'auteur ait été surpris par la bonification intempestive, que celle-ci se soit réalisée sans son intervention et qu'il n'y ait pas droit (ATF 131 IV 11 consid. 3.1.2, p. 14 et les références citées).

2.2 Le code pénal ne définit pas la notion de « valeur patrimoniale », à laquelle il se réfère néanmoins dans nombre de ses dispositions (art. 70, 72 et 73 [confiscation], 71 [créance compensatrice], 138 [abus de confiance], 141bis [utilisation sans droit de valeurs patrimoniales], 163, 164, 165 et 169 [crimes ou délits dans la faillite et la poursuite pour dettes], 305bis [blanchiment d'argent], 305ter [défaut de vigilance en matière d'opérations financières et de droit de communication], 344a [for en cas de confiscation indépendante]. La Loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées du 19 mars 2004 (LVPC; RS 312.4) ne définit pas non plus cette notion.

En elle-même, cette notion a pour fonction de compléter celle de « chose mobilière » et de supprimer la limitation de l'application de certaines règles du droit pénal aux seules choses mobilières (v. Marcel Alexander Niggli, Strafrecht II, Basler Kommentar, 2e éd., 2007, vor Art. 137, n. 52; v. aussi Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5e éd., Berne 1995, § 13, n. 55). Ainsi de l'art. 305bis CP, où le recours à la notion de valeur patrimoniale tend à permettre une application aussi large que possible de la norme quant à l'objet de l'infraction. Cette notion recouvre, dans ce contexte, tout objet ayant principalement une valeur économique (cf. p. ex.: Mark Pieth, Strafrecht II, Basler Kommentar, 2e éd., 2007, art. 305bis, n. 5), l'argent notamment et toutes autres choses mobilières (Ursula Cassani, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9, Crimes et délits contre l'administration de la justice, Berne 1996, art. 305bis, n. 7; Jürg-Beat Ackermann, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Niklaus Schmid [Hrsg.], Zurich 1998, art. 305bis, n. 192).

En ce qui concerne l'art. 141bis CP et en relation avec le cas d'espèce, on doit donc tout d'abord se demander si les billets de banque retirés par le recourant ne constituent pas en eux-mêmes des « valeurs patrimoniales » au sens de cette disposition. La réponse à cette question ne peut cependant qu'être négative. Entré en vigueur au 1er janvier 1995, l'art. 141bis CP a été adopté afin de rendre superflue l'application par analogie de l'art. 141 aCP (Détournement, appropriation d'objets trouvés) au détournement de créances (ATF 121 IV 258 consid. 2a p. 259; à propos de l'application de l'art. 141 aCP au détournement de créances, cf. ATF 116 IV 134; 87 IV 115). Or, l'ancien art. 141 CP, comme les actuels art. 137 et 141 CP, avait précisément déjà pour objet « les choses mobilières ». Il s'ensuit que la notion de « valeur patrimoniale » de l'art. 141bis exclut les choses mobilières, notion qui recouvre notamment le numéraire, à l'instar des papiers-valeurs incorporant une créance ou un autre droit (cf. ATF 103 IV 87 consid. 1 p. 89, 100 IV 31 ss). Il s'ensuit que la valeur patrimoniale doit être tombée au pouvoir de l'auteur avant qu'il puisse la convertir en espèces et disposer de ces dernières. Dans le cadre de l'application de
l'art. 141bis CP, le retrait de billets auprès d'un distributeur automatique constitue ainsi tout au plus une utilisation possible des valeurs patrimoniales, parmi d'autres (virement de compte à compte, émission d'un chèque, etc.).
2.2.1 Il convient donc d'examiner si des valeurs patrimoniales sont tombées au pouvoir du recourant avant qu'il puisse disposer des billets de banque.

La créance du titulaire du compte à l'égard de l'institution bancaire constitue typiquement une valeur patrimoniale au sens de l'art. 141bis CP. En cas de bonification ou de double paiement erronés, la créance du titulaire du compte se trouve tout au moins augmentée, si bien que des valeurs patrimoniales tombent en son pouvoir. L'obtention ou l'augmentation d'une limite de crédit ne peut, en revanche, être appréhendée de la même manière. Dans une première approche, on peut constater qu'elle a pour seul effet de permettre au titulaire du compte

d'accroître sa dette à l'égard de la banque et, par conséquent, d'accroître la créance de la banque à son égard. On ne perçoit donc pas concrètement, dans cette perspective, quelle valeur patrimoniale serait tombée au pouvoir du recourant. D'un point de vue économique, on doit cependant également constater que l'augmentation de la limite de crédit permet au titulaire du compte de disposer de sommes d'argent, correspondant à un emprunt à la banque, qu'il peut dans la règle non seulement retirer sous forme liquide, mais également transférer sur d'autres comptes ou en main de tiers en tirant, par exemple, un chèque ou en opérant de toute autre manière une assignation. L'intéressé dispose donc
nécessairement de valeurs patrimoniales indépendamment des espèces qu'il peut retirer. La circonstance qu'en l'espèce un retrait avait pour effet d'augmenter la limite de crédit pour le retrait suivant démontre déjà que les valeurs patrimoniales, sous la forme de « crédits » étaient disponibles avant le retrait effectif des billets. Pour le surplus, le fait que le retrait n'était possible qu'en billets dès lors que seule la limite journalière de retrait au bancomat était affectée (à l'exclusion du solde du compte) n'y change rien. Cet élément n'a, en effet, trait qu'à l'utilisation de la valeur patrimoniale et ne conditionne donc qu'indirectement l'existence d'un pouvoir de l'auteur sur cette dernière. Il n'est cependant pas nécessaire de trancher définitivement cette question en l'espèce.
2.2.2 Le recourant, qui savait son compte débiteur, a tout d'abord constaté en retirant de l'argent sur ce compte que son solde augmentait. Il a ensuite opéré 29 retraits indus entre la journée du 6 et la nuit du 6 au 7 mai 2003 (jugement de première instance, consid. II.3, p. 33 auquel renvoie l'arrêt cantonal, consid. B, p. 2). En outre, le recourant a pu constater lors des retraits que son compte était apparemment crédité, puisque le solde disponible indiqué par le bancomat était positif et augmentait lors de chaque retrait (arrêt entrepris, consid. 2b, p. 9), ce qui s'entend du « solde journalier disponible » (arrêt entrepris, consid. 1, p. 6). Il s'ensuit que le recourant n'ignorait pas que chaque opération de retrait avait pour effet d'augmenter son solde journalier disponible, alors qu'il savait son compte débiteur. Il a donc agi volontairement en poursuivant ses prélèvements sachant que chaque retrait autorisait le ou les suivants. Pour retenir le caractère involontaire de l'obtention des sommes en question, l'arrêt cantonal retient certes que le recourant « devai[en]t en effet éprouver à chaque retrait le même sentiment de surprise de voir que le dysfonctionnement de la machine perdurait » (arrêt cantonal, consid. 2b, p. 9). Que le recourant fût surpris d'obtenir le résultat escompté n'exclut cependant pas sa volonté d'atteindre ce résultat, soit de disposer de sommes d'argent auxquelles il ne pouvait prétendre. Il s'ensuit que les sommes en question ne sont pas parvenues en son pouvoir indépendamment de sa volonté, ce qui exclut l'application de l'art. 141bis CP.

2.3 L'inapplicabilité de l'art. 141bis CP au cas d'espèce n'a cependant pas pour conséquence que les actes reprochés au recourant doivent échapper à toute sanction. Si l'on ne peut reprocher au recourant d'avoir utilisé des « valeurs patrimoniales tombées en son pouvoir indépendamment de sa volonté », il n'en a pas moins pu disposer, en exploitant une faille du système informatique, d'espèces - soit de choses mobilières - qu'il a effectivement retirées de l'appareil. On doit ainsi envisager l'application des autres dispositions pénales ayant trait à des infractions patrimoniales portant sur des choses mobilières.
2.3.1 Conformément à l'art. 141 CP, celui qui, sans dessein d'appropriation, aura soustrait une chose mobilière à l'ayant droit et lui aura causé par là un préjudice considérable sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Au sens de l'art. 141 CP, la soustraction, qui ne se confond pas avec la notion similaire utilisée par le texte français de l'art. 139 CP (Corboz, op. cit. art. 141 CP, n. 3; Stratenwerth, op. cit., § 14, n. 6) signifie simplement enlever la chose à l'ayant droit (ATF 115 IV 207 consid. 1b/aa p. 207). L'art. 141 CP suppose en outre l'absence de dessein d'appropriation, soit de volonté de l'auteur d'incorporer la chose mobilière à son patrimoine en vue de la conserver ou de l'aliéner (ATF 85 IV 17 consid. 1 p. 19; Corboz, op. cit., art. 139, n. 9). La volonté de s'approprier la chose va au-delà de la simple intention de l'enlever à l'ayant droit. En conséquence, l'art. 141 CP ne s'applique pas dans les hypothèses prévues aux art. 137 à 140 CP (Corboz, op. cit. p. 255).

En l'espèce, s'agissant de numéraire, dont le recourant a disposé (arrêt cantonal. consid. 1c, p. 4) et qu'il prétend avoir remis à un tiers solvendi causa, le dessein d'appropriation ne fait aucun doute, si bien que l'art. 141 CP n'entre pas en ligne de compte. Il reste ainsi à examiner l'application des art. 137 à 140 CP, respectivement 147 et 148 CP.
2.3.2 On peut tout d'abord exclure avec certitude l'abus de confiance (art. 138 CP), parce que les espèces

n'ont pas été confiées au recourant (cf. également: ATF 110 IV 80), et le brigandage (art. 140 CP) faute de toute violence ou menace. Seules entrent donc en considération le vol (art. 139 CP), l'infraction subsidiaire d'appropriation illégitime (art. 137 CP) et les infractions spécifiques des art. 147 et 148 CP.
2.3.2.1 En tant que lex specialis, l'art. 148 CP (abus de cartes-chèques et de cartes de crédit) prime l'art. 147 lorsque l'auteur utilise sa carte à un distributeur automatique (Corboz, op. cit., art. 147 n. 21; v. aussi message du Conseil fédéral du 24 avril 1991 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire [infractions contre le patrimoine et faux dans les titres]ainsi que modification de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays [dispositions pénales]; FF 1991 II 933 ss, spéc. pp. 989-991). Cette circonstance est réalisée en l'espèce, ce qui paraît exclure en soi l'application de l'art. 147 CP.
2.3.2.2 Selon l'art. 139 CP, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se l'approprier sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Sous l'empire de l'ancien art. 137 CP, le Tribunal fédéral a notamment jugé que celui qui prélève de l'argent auprès d'une installation Postomat au moyen de sa carte, bien qu'il sache que son compte est à découvert, se rend coupable de vol (ATF 110 IV 80 consid. 2, p. 83 s.).
En ce qui concerne la question de l'enrichissement, il est tout d'abord établi que les retraits effectués par le recourant ont eu pour conséquence une augmentation de son passif envers la banque. L'existence d'une créance du lésé, notamment en restitution n'exclut cependant pas l'enrichissement au sens de l'art. 139 CP et un enrichissement momentané suffit (ATF 91 IV 130; Marcel Alexander Niggli, op. cit, vor Art. 137 CP, n. 68). Au demeurant, l'absence d'enrichissement illégitime n'exclut pas le dessein d'en obtenir un (Corboz, op. cit., art. 138 CP, n. 14). Or, il ressort de l'arrêt cantonal que le recourant comme les autres accusés « pouvaient constater lors de leurs retraits que les comptes étaient apparemment crédités, puisque le solde disponible indiqué par le bancomat était positif et augmentait lors de chaque retrait » (arrêt entrepris, consid. 2b, p. 9). Cette constatation plaiderait ainsi plutôt en faveur d'un dessein d'enrichissement, le recourant poursuivant ses prélèvements en espérant que son compte soit simultanément crédité. Il n'est cependant pas possible de trancher définitivement ce point, en l'absence de constatations de fait claires.
2.3.2.3 Le vol suppose également la soustraction de la chose mobilière, soit le bris de la possession d'un tiers (ATF 104 IV 72 consid. 1a, p. 72; Corboz, op. cit. art. 139 CP, n. 2; Stratenwerth, op. cit., § 13, n. 82).

Selon la jurisprudence, la possession de l'exploitant d'un distributeur automatique sur la marchandise contenue dans ce dernier cesse aussitôt que la marchandise est expulsée de l'appareil. Il en va en particulier ainsi des billets distribués par un bancomat, à condition que l'appareil ait été utilisé conformément aux clauses contractuelles, dont le respect conditionne l'accord de la banque de céder sa possession sur les billets (ATF 132 IV 108, consid. 2.3, p. 112, 110 IV 80 consid. 2b). En l'espèce, il est constant que le recourant a utilisé sa propre carte et a utilisé son propre code d'identification pour opérer les retraits. Par ailleurs, la limite de crédit aurait dû normalement se traduire par l'impossibilité physique de retirer des espèces au bancomat. On ignore cependant concrètement si, en plus de cette limitation matérielle, les clauses contractuelles liant le recourant à la banque stipulaient également une interdiction expresse d'opérer des prélèvements en-dessous de la limite de crédit, étant rappelé que les moyens et la manière qu'utilise l'auteur pour priver le possesseur de son pouvoir de disposition importent peu. Ils peuvent être fondés sur la force, la ruse, l'adresse, voire la simple exploitation d'une occasion
favorable (cf. ATF 110 IV 80 précité) soit, comme en l'espèce, l'exploitation d'une erreur informatique. Il s'ensuit que la qualification de vol ne peut être exclue a priori, sans que l'on dispose non plus des éléments de fait suffisants permettant d'en examiner plus précisément toutes les conditions.

2.4 Cela étant, il convient encore d'examiner, à titre subsidiaire, l'application de l'art. 137 CP (appropriation illégitime), pour l'hypothèse où l'application de l'art. 139 devrait être exclue. Conformément à l'art. 137 CP, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, en tant que les conditions prévues aux art. 138 à 140 ne seront pas réalisées (ch. 1). Si l'auteur a trouvé la chose ou si celle-ci est tombée en son pouvoir indépendamment de sa volonté, s'il a agi sans dessein d'enrichissement ou si l'acte a été commis au préjudice des proches ou des familiers, l'infraction ne sera poursuivie que sur plainte (ch. 2).

Comme on l'a vu, le recourant s'est approprié (cf. supra consid. 2.3.1) des choses mobilières (cf. supra consid. 2.2) appartenant à autrui (la banque). Quant aux conditions de l'intention d'un enrichissement illégitime et de la manière dont la chose mobilière est tombée dans le pouvoir de l'auteur, elles influencent principalement les conditions de la poursuite de l'infraction (art. 137 ch. 2 CP). Elles n'ont donc pas d'incidence en l'espèce sur la punissabilité du recourant, dès lors que la lésée a porté plainte (Jugement, consid. II.1 in fine, p. 29 et consid. 3 p. 33). Il s'ensuit que cette disposition apparaît applicable en l'espèce sous la seule condition que la qualification de vol (art. 139 CP) ou d'abus de cartes-chèques et de cartes de crédit (art. 148 CP) ne doive pas être retenue.

3.
Le recourant invoque encore l'erreur sur l'illicéité. Il soutient que, compte tenu de la nature du problème juridique soulevé, son erreur de droit serait excusable, persuadé qu'il était que son comportement ne revêtait pas un caractère pénalement répréhensible.

Cette argumentation ne résiste pas à l'examen. De jurisprudence constante, l'erreur sur l'illicéité suppose que l'auteur ait eu des raisons suffisantes de croire qu'il ne faisait rien d'illicite et non seulement qu'il tînt l'acte pour non pénalement répréhensible (ATF 128 IV 201, consid. 2 p. 210 et la référence). En l'espèce, il est établi que le recourant n'ignorait ni que son compte fût débiteur ni qu'il ne pouvait disposer que d'un dépassement limité. Il a répété ses opérations de retrait dans la journée du 6 mai 2003, puis durant la nuit, pour un total de plus de 130'000 francs (arrêt cantonal, consid. 1c, p. 4). Au fait des limites contractuelles régissant ses relations avec la banque, le recourant n'invoque aucun élément constituant une raison suffisante de croire qu'il aurait soudainement bénéficié d'une limite de crédit plus étendue, lui permettant de disposer de plus de quarante fois son salaire mensuel (cf. jugement de première instance, consid. I.4, p. 25). La multiplication des opérations dans un bref intervalle, de jour puis de nuit, qui suggère qu'il a entendu profiter d'une aubaine, ne plaide pas non plus en faveur de l'existence de telles raisons. Ce grief est infondé.

4.
Il résulte de ce qui précède que l'arrêt entrepris doit être annulé en tant qu'il condamne le recourant en application de l'art. 141bis CP et la cause renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle la réexamine au regard des art. 148, 139 et 137 CP, après avoir mis le recourant - qui n'a pas été renvoyé devant le Tribunal correctionnel sous ces chefs d'inculpation - en mesure de s'exprimer sur l'application de ces dispositions conformément aux règles cantonales de procédure et aux garanties constitutionnelles fédérales. Elle tiendra par ailleurs compte dans son nouvel arrêt de l'interdiction de la reformatio in pejus, dont il convient de rappeler cependant qu'elle ne porte pas sur la qualification de l'infraction comme telle (Gilbert Kolly, Zum Verschlechterungsverbot im schweizerischen Strafprozess, RPS 113 [1995]p. 294 ss, spéc. 311).

5.
Le recourant obtient partiellement gain de cause. Il peut prétendre une indemnité de dépens réduite (art. 68 al. 1 LTF). La demande d'assistance judiciaire est sans objet dans cette mesure. Pour le surplus, en tant qu'il portait sur la commission d'une infraction ou sur l'erreur de droit, le recours était dénué de chances de succès. La demande d'assistance judiciaire est rejetée dans cette mesure (art. 64 al. 1 LTF). Le recourant supporte des frais réduits en raison de l'issue du recours et de sa situation financière particulièrement défavorable (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est admis partiellement et l'arrêt attaqué est annulé. La cause est renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision au sens des considérants.
2. La requête d'assistance judiciaire est rejetée dans la mesure où elle n'est pas sans objet.
3. Les frais judiciaires, arrêtés à 400 francs, sont mis à la charge du recourant.
4. Le canton de Vaud versera au recourant 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 25 juin 2008
Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Schneider Vallat