Urteilskopf

119 IV 17

4. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 15 février 1993 dans la cause E. c. Ministère public du canton de Vaud (pourvoi en nullité)
Regeste (de):
Art. 58 Abs. 4 StGB; Ersatzforderung des Staates.

Sind an einer Tat mehrere beteiligt, besteht keine Solidarhaftung für die Ersatzforderung (E. 2b).

Hat jemand Betäubungsmittel weder aus dem Gewinn einer vorhergehenden Widerhandlung erworben noch kostenlos erhalten, stellt ihr Besitz oder Konsum keinen Vermögensvorteil dar. Sie dürfen deshalb bei der Berechnung der Ersatzforderung nicht berücksichtigt werden (E. 2c; Präzisierung der Rechtsprechung).

Nachdem die Höhe des unrechtmässigen Vorteils, den der Täter aus den strafbaren Handlungen erlangt hat, festgestellt wurde, ist zu prüfen, ob sich eine Herabsetzung oder sogar ein Verzicht auf die Ersatzforderung rechtfertigt, weil sie die soziale Integration des Täters gefährden würde; diese Prüfung setzt eine umfassende Beurteilung der finanziellen Lage des Betroffenen voraus, und es ist deshalb gegebenenfalls zu berücksichtigen, dass der Täter sich für den Einstieg in den Handel mit Betäubungsmitteln verschuldet hat und die Schuld noch zurückbezahlen muss (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 58 al. 4 CP; créance compensatrice de l'Etat.

Une créance compensatrice ne saurait être mise à la charge de plusieurs participants à une infraction solidairement entre eux (consid. 2b).

La détention ou la consommation de stupéfiants, qui n'ont été acquis ni grâce aux bénéfices d'une précédente infraction ni à titre gratuit, ne constitue pas un avantage de nature patrimoniale et ne doit donc pas être prise en considération pour déterminer le montant de la créance compensatrice (consid. 2c; précision de la jurisprudence).

Après avoir déterminé l'avantage illicite que l'auteur a retiré de ses actes délictueux, il faut examiner s'il se justifie de réduire, voire de supprimer, la créance compensatrice au motif qu'elle compromettrait l'intégration sociale du débiteur; cela suppose une appréciation globale de la situation financière de l'intéressé, dans le cadre de laquelle il y aura lieu de tenir compte, le cas échéant, d'une dette contractée pour se lancer dans le trafic et qui doit encore être remboursée (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 58 cpv. 4 CP; risarcimento a favore dello Stato.

Non può essere posta a carico di più partecipanti a un reato un'obbligazione risarcitoria con responsabilità solidale (consid. 2b).

Il possesso o il consumo di stupefacenti, non acquistati grazie all'utile proveniente da un reato precedente o a titolo gratuito, non costituisce un indebito profitto di carattere patrimoniale e non può quindi essere preso in considerazione per determinare l'ammontare del risarcimento (consid. 2c; precisazione della giurisprudenza).

Una volta determinato l'indebito profitto che l'autore ha tratto dagli atti punibili da lui commessi, occorre esaminare se si giustifica di ridurre il risarcimento, o di rinunciarvi, per il fatto che esso compromette-

rebbe l'integrazione sociale del debitore; ciò presuppone una valutazione globale della situazione finanziaria dell'interessato, nel cui quadro va tenuto conto, se del caso, di un debito contratto per partecipare al traffico e che deve ancora essere rimborsato (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 18

BGE 119 IV 17 S. 18

A.- Au début du mois d'août 1990, E. a investi, à la demande de son ami G. 35'000 francs - dont 25'000 francs avaient été empruntés - pour l'achat de 300 g de cocaïne. Le couple s'était associé à T. pour réaliser cette opération. G. et T. se sont rendus à Genève où ils ont acquis 178 g de cocaïne. La drogue fut entreposée au domicile de E., où elle fut coupée avec un autre produit et conditionnée pour la vente. Chaque membre du trio prit 10 g pour sa consommation personnelle et le solde fut vendu. L'essentiel du produit des ventes fut réinvesti pour répéter l'opération. T. et G. se rendirent à Genève le 1er septembre 1990 et acquirent 100 g de cocaïne. Ayant procédé de la même manière, le trio acheta encore, le 10 septembre 1990, 80 g de cocaïne avec le produit de la seconde opération. Cette drogue fut à nouveau mise en vente. Selon l'autorité cantonale, le gain brut des ventes successives de cocaïne se monte à une somme de l'ordre de 80'000 francs; il n'est cependant pas établi que E. ait cherché à se procurer des revenus importants; il est au contraire vraisemblable que son seul souci ait été de pouvoir recouvrer sa mise de fonds; il a été constaté que sur la totalité des montants encaissés, E. avait retiré elle-même une somme de 4'176 francs et avait prélevé 22 g de cocaïne pour son usage personnel. Il fut relevé par ailleurs qu'elle avait consommé, entre fin juin et le 25 septembre 1990, divers stupéfiants.

BGE 119 IV 17 S. 19

B.- Par jugement du 30 mars 1992, le Tribunal correctionnel du district de Lausanne a condamné E., pour infraction grave et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants, à la peine de 16 mois d'emprisonnement, avec sursis pendant deux ans, et à une créance compensatrice envers l'Etat d'un montant de 5'000 francs, une partie des frais de la cause étant mise à sa charge. La condamnée recourut en réforme auprès de la Cour de cassation cantonale en contestant exclusivement la créance compensatrice mise à sa charge. Statuant le 26 octobre 1992, la juridiction cantonale rejeta ce recours.

C.- Contre cet arrêt, E. s'est pourvue en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Observant qu'elle avait investi 35'000 francs, dont 25'000 francs avaient été empruntés, et qu'elle n'avait retiré que 4'176 francs sur l'ensemble des opérations délictueuses, elle soutient que sa condamnation à une créance compensatrice de 5'000 francs procède d'une fausse application de l'art. 58 CP. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'aucune créance compensatrice ne soit mise à sa charge. Elle sollicite par ailleurs l'effet suspensif et l'octroi de l'assistance judiciaire. La cour cantonale s'est référée aux considérants de l'arrêt attaqué, tandis que le Ministère public, sans formuler d'observations, a conclu au rejet du pourvoi.

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral ne peut être formé que pour violation du droit fédéral, à l'exception de la violation directe de droits de rang constitutionnel (art. 269 PPF). La Cour de cassation n'est pas liée par les motifs invoqués, mais elle ne peut aller au-delà des conclusions de la recourante (art. 277bis PPF). Comme en l'espèce la recourante a clairement circonscrit le litige à la seule question de la créance compensatrice, il s'agit du seul problème qui doit être examiné ici. La Cour de cassation est liée par les constatations de fait de l'autorité cantonale, sous réserve de la rectification d'une inadvertance manifeste (art. 277bis al. 1 PPF). Le pourvoi a un caractère strictement cassatoire (art. 277ter al. 1 PPF), de sorte que les conclusions de la recourante sont irrecevables dans la mesure où elles semblent tendre à autre chose qu'à l'annulation

de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour qu'il soit statué à nouveau.

2. a) Selon l'art. 58 al. 1 CP, le juge prononcera la confiscation notamment des objets et valeurs qui sont le produit d'une infraction s'il y a lieu de supprimer un avantage ou une situation illicite. L'art. 58 al. 4 CP prévoit que "lorsque des objets ou des valeurs ne sont plus détenus par celui à qui ils ont procuré un avantage illicite et chez qui ils devraient être confisqués, leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent à l'avantage illicite sera ordonné". Inspirée de l'adage selon lequel "le crime ne paie pas", cette mesure a pour but d'éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction (ATF 117 IV 110 consid. a, ATF 106 IV 337 consid. aa, ATF 105 IV 24, ATF 104 IV 229 consid. b). Elle peut être prononcée non seulement à l'encontre d'un participant à l'infraction, mais également à l'égard d'un tiers qui tirerait un profit illégitime d'une infraction (ATF 115 IV 178 consid. 2b aa). Lorsque les conditions en sont remplies, la mesure doit être ordonnée (ATF 115 IV 175 consid. 3 et les références citées). La créance compensatrice, prévue par l'art. 58 al. 4 CP, a pour but d'éviter que celui qui a disposé des objets ou valeurs à confisquer soit privilégié par rapport à celui qui les a conservés (ATF 109 IV 124 consid. b, ATF 106 IV 337 consid. aa, ATF 105 IV 24, ATF 104 IV 6, 229 consid. b). Celui qui vend des stupéfiants, ce qui constitue une infraction (art. 19 ch. 1 al. 4 LStup), réalise par son acte un profit illicite équivalent à la totalité de la somme reçue; certes, il a fourni de la drogue en échange de l'argent reçu, mais il s'agit d'une marchandise dangereuse dont la vente est interdite, de sorte qu'il n'avait aucun droit d'en tirer une somme quelconque et qu'il était même exposé en tout temps à ce que la drogue lui soit confisquée sans aucune contrepartie (art. 19 ch. 1 al. 5 LStup, 58 al. 1 let. b CP); l'avantage illicite qui peut être confisqué est donc le prix total de la vente; si l'intéressé ne détient plus les fonds, il doit être condamné, en application de l'art. 58 al. 4 CP, à une créance compensatrice équivalente envers l'Etat (cf. ATF 109 IV 124 consid. b, ATF 105 IV 22 s. consid. 1a et 2, ATF 103 IV 143 ss; SCHULTZ, Die Einziehung, der Verfall)... in ZBJV 114 (1978) p. 316). La jurisprudence a déduit des termes "s'il y a lieu", figurant à l'art. 58 al. 1 let. a CP, que le juge dispose d'une certaine marge d'appréciation lui permettant de réduire ou supprimer la créance compensatrice lorsque l'intéressé n'est plus enrichi et que cette mesure

compromettrait son intégration ou sa réintégration sociale (ATF 106 IV 10, 337 consid. bb, ATF 105 IV 24, ATF 104 IV 229 consid. b). Savoir s'il y a lieu de faire usage de cette faculté suppose une appréciation globale de la situation de l'intéressé (ATF 106 IV 337 consid. bb); en particulier, on ne doit pas attendre de lui qu'il fasse passer la créance compensatrice avant ses obligations découlant du droit de la famille (ATF 106 IV 338). Une réduction ou une suppression de la créance compensatrice n'est cependant admissible que dans la mesure

où l'on peut réellement penser que celle-ci mettrait concrètement en danger la situation sociale de l'intéressé, sans que des facilités de paiement permettent d'y remédier (ATF 106 IV 10 consid. 2). b) La cour cantonale a constaté en fait - d'une manière qui lie la Cour de cassation - que le trio avait encaissé, à la suite de ces diverses ventes de stupéfiants, une somme totale de l'ordre de 80'000 francs. La première question à résoudre est de savoir si chacun des trois participants pourrait être astreint à une créance compensatrice équivalente à la totalité de cette somme en vertu du principe de la solidarité. S'il est vrai que les participants à un acte illicite sont tenus solidairement de réparer le dommage qui en découle (art. 50 al. 1 CO), la confiscation prévue par l'art. 58 CP ne constitue pas une forme de réparation du dommage et ne doit pas être confondue avec l'action aquilienne prévue par l'art. 41 CO (ATF 100 IV 106 consid. 1). Selon un principe général formulé à l'art. 143 al. 2 CO, la solidarité n'existe que lorsqu'elle a été convenue ou qu'elle est prévue par la loi. Comme aucune disposition ne prévoit la solidarité dans le cas de la créance compensatrice de l'art. 58 al. 4 CP, il faut en déduire que celle-ci est exclue et que chaque participant n'est tenu que pour la part qu'il a reçue (TRECHSEL, Kurzkommentar, ad art. 58 no 8; SCHULTZ, Allg. Teil II, 4e éd., p. 211; STRATENWERTH, Allg. Teil II, p. 500 no 63 et les références citées; cf. également: la jurisprudence vaudoise citée par GUSTAV HUG-BEELI, Betäubungsmitteldelikte, Zurich 1983, p. 181-183; LOUIS GAILLARD, La confiscation des gains illicites, le droit des tiers, in Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Fribourg 1985, p. 170). Si les parts ne peuvent pas être déterminées, la doctrine propose de diviser le montant par tête (STRATENWERTH, op.cit., loc.cit.). Cette solution se justifie également pour des motifs logiques. Si, à la suite d'une infraction, un seul des participants acquiert un avantage illicite et qu'il le conserve en nature, il est évident que la confiscation ne pourra être prononcée qu'à son encontre et que les autres participants ne pourront pas être frappés d'une telle mesure. Il a été

rappelé que la créance compensatrice a pour but de traiter celui qui a disposé de l'avantage illicite de la même manière que s'il l'avait conservé. Si un seul des participants a reçu l'avantage illicite et en a disposé pour lui-même, il est évident que c'est lui qui doit être astreint à une créance compensatrice et que l'on ne saurait s'adresser aux autres, puisque cela reviendrait à les désavantager du seul fait que le bien n'a pas été conservé en nature. Cela irait à l'encontre du but de la créance compensatrice, qui n'est qu'un substitut de la confiscation en nature, et qui ne doit, par rapport à celle-ci, engendrer ni avantage ni inconvénient.
En l'espèce, il a été constaté en fait que la recourante avait retiré elle-même des ventes une somme de 4'176 francs et avait prélevé 22 g de cocaïne pour son usage personnel. Ces biens n'existant plus, il convient d'examiner dans quelle mesure ils peuvent fonder une créance compensatrice en application de l'art. 58 al. 4 CP. c) La seconde question qu'il faut résoudre ici est de savoir si la drogue que la recourante a elle-même consommée doit être prise en compte pour déterminer le montant de la créance compensatrice. Selon l'art. 58 al. 4 CP, la créance compensatrice doit correspondre à l'avantage illicite. Cette dernière notion appelle une interprétation. S'il est vrai qu'elle paraît plus large que le concept d'enrichissement illégitime (ATF 100 IV 105 s. consid. 1), on ne doit pas perdre de vue qu'il s'agit de déterminer la quotité d'une créance compensatrice. Or, cette créance est une dette d'argent. Elle ne peut être compensatrice et remplacer les objets ou valeurs qui ont disparu que si ceux-ci sont également estimables en argent. Cela résulte à l'évidence du texte de l'art. 58 al. 4 CP qui prévoit que la créance compensatrice doit être "d'un montant équivalent" à l'avantage illicite. On ne peut vraiment parler d'un montant équivalent que si l'on considère un avantage appréciable en argent; d'ailleurs, s'il s'agit d'un avantage qui n'a aucun caractère patrimonial, la créance compensatrice n'apparaît pas comme une réponse adéquate et c'est alors plutôt le rôle de la peine de faire en sorte que le crime ne paie pas. Il faut donc admettre, avec la doctrine, que l'avantage doit avoir une valeur économique (TRECHSEL, op.cit., ad art. 58 no 5) et qu'il doit revêtir la forme d'une augmentation de l'actif, d'une diminution du passif, d'une non-augmentation du passif ou d'une non-diminution de l'actif (cf. SCHULTZ, Allg. Teil II, p. 210; GAILLARD, op.cit., p. 167 s.). Dans la mesure où l'arrêt paru à l' ATF 100 IV 105 s. consid. 1 donne à penser le contraire, cette jurisprudence ne peut pas être maintenue.

Selon les constatations cantonales, la drogue a été achetée - les participants s'étant réparti les tâches entre eux - et la recourante a fourni les fonds nécessaires. Rien ne permet d'affirmer que la cocaïne qu'elle a gardée pour elle-même aurait été acquise à l'aide des bénéfices d'une précédente vente, plutôt qu'au moyen de ses fonds ou de leur remploi. Il faut donc raisonner comme si la recourante avait acheté les 22 g de cocaïne, qu'elle a ensuite détenus, puis consommés. Elle n'a donc pas vendu cette quantité de stupéfiants, ce qui aurait donné lieu - comme il a été rappelé ci-dessus - à un avantage illicite équivalent au prix de vente, puisqu'il est interdit de vendre cette substance et qu'elle est susceptible d'être confisquée en tout temps sans contrepartie. La détention et la consommation de la drogue n'ont évidemment pas eu pour effet d'améliorer la situation patrimoniale de la recourante. Il faut donc examiner si elle a tiré un avantage illicite de l'achat de cette drogue. Certes, l'achat a bien eu lieu parce que la recourante préférait détenir de la drogue, plutôt que de l'argent. Cet avantage purement subjectif n'est toutefois pas pertinent, puisqu'il ne s'agit pas d'une valeur économique. On doit déduire des faits retenus que la recourante a acheté la drogue pour son juste prix, de sorte qu'elle en a fourni, au moment de l'achat, la contre-valeur économique. On ne voit donc pas qu'elle ait été enrichie, de sorte qu'il n'y a pas eu d'avantage patrimonial. Il n'est pas nécessaire d'examiner ici ce qu'il en serait si l'acquisition avait eu lieu à titre gratuit.
D'ailleurs, si l'on devait admettre que le toxicomane qui achète de la drogue pour sa consommation personnelle acquiert un avantage illicite équivalent au prix de son achat, cela reviendrait, par le jeu de la créance compensatrice, à exiger de lui qu'il paie sa drogue deux fois, ce qui ne peut être le but de l'art. 58 al. 4 CP. SCHULTZ (Allg. Teil II, p. 214) admet également que celui qui achète puis revend de la drogue ne réalise un profit illicite qu'au moment de la revente. Il est vrai que THOMAS MAURER (Die Berechnung der Ersatzforderung des Staates gemäss Art. 58 StGB und Art. 24 BMG, in SJZ 73 (1977) p. 358) a soutenu que la consommation personnelle devait être prise en compte pour déterminer l'avantage illicite, mais cet auteur recherche le bénéfice net, selon une conception de l'avantage illicite qui a été rejetée par la jurisprudence. En conséquence, les 22 g de cocaïne que la recourante a achetés et consommés elle-même ne doivent pas être pris en compte pour déterminer le montant de la créance compensatrice.

d) Il résulte de ce qui précède que l'avantage illicite réalisé par la recourante se limite au montant de 4'176 francs qu'elle a personnellement reçu à la suite des ventes de stupéfiants. Comme la créance compensatrice doit être équivalente à l'avantage illicite, il est évident qu'elle ne peut pas dépasser ce montant. Dès lors, la somme de 5'000 francs fixée en l'espèce procède d'une mauvaise application de l'art. 58 al. 4 CP. L'arrêt attaqué doit donc être annulé pour ce motif et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

3. Selon la jurisprudence déjà rappelée ci-dessus, l'autorité cantonale devait encore se demander s'il fallait réduire ou supprimer la créance compensatrice pour le motif que celle-ci mettrait en péril l'intégration sociale de la recourante, qui n'est plus enrichie. Le tribunal de première instance n'a pas du tout examiné cette question. Quant à la Cour de cassation cantonale - dont la décision fait seule l'objet du pourvoi -, elle a observé que la recourante avait un salaire régulier de 1'620 francs par mois et vivait en concubinage; elle n'a cependant tenu aucun compte, dans son raisonnement sur ce point, de la dette contractée par la recourante pour se lancer dans le trafic de stupéfiants, dont elle a admis la réalité dans la partie en fait de son arrêt. Or, la jurisprudence citée exige une appréciation globale de la situation financière de l'intéressée. Comme la cour cantonale admettait que la recourante avait emprunté une somme importante pour se lancer dans le trafic de stupéfiants, mise de fonds qu'elle n'a pas pu récupérer par ses agissements illicites, elle devait s'inquiéter, dans le cadre de l'appréciation globale requise, de l'incidence de cette dette sur la situation financière de l'accusée. A lire ses écritures, il sem-

ble que les infractions qu'elle a commises ont entraîné pour elle de graves conséquences financières qui grèvent lourdement son budget. En omettant d'élucider complètement et de traiter cet aspect, la cour cantonale a perdu de vue un élément pertinent pour dire si, aux termes de l'art. 58 al. 1 let. a CP, il y a lieu de supprimer l'avantage illicite, précédemment établi, au moyen d'une créance compensatrice. Pour ce motif également, l'arrêt attaqué viole le droit fédéral et l'autorité cantonale devra aussi traiter la question sous cet angle.