

## TCVS P1 06 76

*ATC (Cour pénale II) du 18 décembre 2007, Ministère public c. X.*

**Fixation de la peine; travail d'intérêt général; sursis.**

- Droit transitoire en matière pénale; lex mitior; application de la méthode concrète dans le cadre de la comparaison de la sévérité de l'ancien et du nouveau droit (art. 2 CP; consid. 7a).
- Principes régissant la fixation d'une peine pécuniaire (art. 34, 47 CP; consid. 7b), d'une amende (art. 106 CP; consid. 7c) et d'un travail d'intérêt général (art. 37, 39, 107 CP; consid. 7d et 7g).
- Principes régissant l'octroi du sursis à la peine; les dispositions sur le sursis ne sont pas applicables en cas de contravention (art. 42, 105 CP; consid. 7h).

**Strafzumessung; gemeinnützige Arbeit; bedingter Strafvollzug.**

- Übergangsrecht im Bereich des Strafrechts; lex mitior; Anwendung der konkreten Methode durch Vergleich der Strenge des alten und des neuen Rechts (Art. 2 StGB; E. 7a).
- Grundsätze zur Festsetzung einer Geldstrafe (Art. 34, 47 StGB; E. 7b), einer Busse (Art. 106 StGB; E. 7c) und einer gemeinnützigen Arbeit (Art. 37, 39, 107 StGB; E. 7d und 7g).
- Grundsätze für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs; die Bestimmungen über die bedingte Strafe sind bei Übertretungen nicht anwendbar (Art. 42, 105 StGB; E. 7h).

**Considérants (extraits)**

(...)

7. Le 1<sup>er</sup> janvier 2007 est entrée en vigueur la révision de la partie générale du code pénal (RO 2006 p. 3459 et 3535).

a) Aux termes de l'art. 2 CP, est jugé d'après le présent code quiconque commet un crime ou un délit après l'entrée en vigueur de ce code (al. 1; principe de la non-rétroactivité). Le présent code est aussi applicable aux crimes et aux délits commis avant la date de son entrée en vigueur si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction (al. 2; lex mitior).

Pour la comparaison de la sévérité de l'ancien et du nouveau droit, le juge doit appliquer la méthode concrète en tenant compte de l'état de fait complet au regard de l'ancien et du nouveau droit et n'appliquer le nouveau droit que s'il conduit effectivement à un résultat plus favorable au condamné. Il doit appliquer dans chaque espèce le droit ancien ou le droit nouveau; il ne saurait combiner ces deux droits, par exemple en appliquant la loi ancienne pour dire, à raison d'un seul et même fait, quelle infraction a été commise et la nouvelle pour décider

si et comment l'auteur doit être puni (ATF 114 IV 1 consid. 2a). Si le résultat est le même à chaque fois, c'est l'ancien droit qui doit trouver application (ATF 130 IV 101 consid. 1; 129 IV 40 consid. 5.1; Stratenwerth/Wohlers, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 2007, n. 3 ad art. 2 CP; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, 8e éd. 2007, p. 315).

Le caractère plus ou moins sévère d'une peine se mesure à l'importance de l'atteinte qu'elle porte objectivement aux libertés individuelles, notamment à la liberté de mouvement, au droit de propriété ou au droit d'entretenir des relations avec les tiers. Ainsi, les peines privatives de liberté sont toujours considérées comme étant plus sévères que les peines pécuniaires (Moreillon, *De l'ancien au nouveau droit des sanctions : Quelle lex mitior ?*, in Kuhn/Moreillon/Viredaz/Willi-Jayet, *Droit des sanctions - De l'ancien au nouveau droit*, 2004, p. 309; Popp/Levante, *Commentaire bâlois*, n. 11 ad art. 2 in fine CP; Riklin, *Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches : Fragen des Übergangsrechts*, in PJA 2006 p. 1473).

En l'espèce, le premier juge a prononcé une peine d'emprisonnement et une amende. Les infractions commises par X. sont passibles, selon le nouveau droit, d'une peine privative de liberté, d'une peine pécuniaire et d'une amende. L'intéressé a, en outre, donné son accord à un travail d'intérêt général, auquel sa situation personnelle ne fait pas obstacle et qui peut, partant, être ordonné (consid. 7g). Il apparaît donc que le nouveau droit lui est plus favorable.

b) Le montant de la peine pécuniaire dépend de deux décisions strictement indépendantes. Le juge fixe d'abord le nombre «d'unités journalières de condamnation» (appelées jours-amende) en fonction de la culpabilité de l'auteur uniquement et indépendamment de ses capacités financières. Il détermine ensuite le montant d'un jour-amende en tenant compte de la capacité économique du condamné. Le montant de la peine pécuniaire due s'obtient en multipliant le nombre de jours-amende auxquels le prévenu est condamné par le montant que représente un jour-amende (Kuhn, *La fixation de la peine*, in RJJ 2006 p. 244; Stratenwerth/Wohlers, n. 4 ad art. 34 CP)

Conformément à l'art. 34 al. 1 in fine CP, le nombre de jours-amende - de 1 à 360 (Stratenwerth/Wohlers, n. 4 ad art. 34 CP) - doit être le reflet de la culpabilité de l'auteur. Le juge fait application des critères de fixation de la peine, ancrés aux articles 47 à 51 CP. Selon 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). Comme dans l'ancien droit, le critère essentiel est celui de la faute. Le législateur reprend, à l'al. 1, les critères des antécédents et de la situation personnelle, et y ajoute la nécessité de prendre en considération l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. Codifiant la jurisprudence, l'al. 2 de l'art. 47 CP énumère de manière limitative les critères permettant de déterminer le degré de gravité de la culpabilité de l'auteur. Ainsi, le juge devra prendre en considération la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, que la jurisprudence mentionnait sous l'expression du «résultat de l'activité illicite», ainsi que le caractère répréhensible de l'acte, qui correspond plus ou moins à la notion «de mode et d'exécution de l'acte» prévue par la jurisprudence (arrêt 6B\_14/2007 du 17 avril 2007 consid. 5.2; ATF 129 IV 6 consid. 6.1). Sur le plan subjectif, le texte légal cite la motivation et les buts de l'auteur, qui correspondent aux mobiles de l'ancien droit (art. 63 aCP), et la mesure dans laquelle l'auteur aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, qui se réfère au libre choix de l'auteur entre la licéité et l'illicéité (arrêt 6B\_14/2007 du 17 avril 2007 consid. 5.2; cf. ATF 127 IV 101 consid. 2a).

A teneur de l'art. 34 al. 2 CP, le jour-amende est de 3000 fr. au plus. Le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier, familiales, et du minimum vital.

c) L'amende est la peine caractéristique des contraventions. Sauf disposition contraire de la loi, le montant maximum de l'amende est de 10'000 fr. (art. 106 al. 2 CP). L'art. 106 al. 2 CP dispose que le juge prononce dans son jugement, pour le cas où, de manière fautive, le condamné ne paie pas l'amende, une peine privative de liberté de substitution d'un jour au moins et de trois mois au plus. Le juge fixe l'amende et la peine privative de liberté de substitution en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise (art. 106 al. 3 CP). Sous réserve du montant maximum de l'amende, il n'y a pas, en ce qui concerne sa fixation, de réelle différence entre l'ancien et le nouveau droit (arrêt 6B\_264/2007 du 19 septembre 2007 consid. 4.5).

Lorsque le juge fixe la peine privative de liberté de substitution, il applique, en principe, le taux de conversion de 100 fr. par jour, dans la mesure où on peut le rattacher à un critère objectif de la loi, soit le ratio entre la valeur maximale de l'amende et le nombre maximum de jours de peine privative de liberté de substitution (10'000 fr./90 jours = 111 fr. arrondis à 100 fr.) (Arn, Les effets de l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du code pénal sur la pratique des tribunaux et des avocats, in RJJ 2006 p. 205; Binggeli, Die Geldstrafe, in Bänziger/Hubschmid/Sollberger, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, 2006, p. 83 s.; cf. Jeanneret, n. 229 ad art. 102 LCR).

d) En vertu des art. 37 al. 1 et 107 al. 1 CP, un travail d'intérêt général peut, avec l'accord de l'auteur, remplacer une peine privative de liberté de moins de six mois, une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ou une amende. La loi prévoit un ratio de quatre heures pour un jour de détention ou un jour-amende en ce qui concerne les crimes et délits (art. 39 al. 2 CP). L'art. 107 CP ne dit rien d'un taux de conversion entre l'amende et le travail d'intérêt général. La logique mathématique suggère de retenir, par analogie, le même critère de quatre heures de travail d'intérêt général pour un jour de peine privative de liberté, dans la mesure où la peine privative de liberté de substitution maximale s'élève à trois mois (ou 90 jours) contre un maximum de 360 heures pour le travail d'intérêt général, la division de 360 heures par 90 jours donnant effectivement un taux de conversion de quatre heures (Brägger, Commentaire bâlois, n. 1 ad art. 107 CP; Jeanneret, n. 240 ad art. 102 LCR).

Le choix du travail d'intérêt général plutôt que d'une autre peine demeure la prérogative du juge (Brägger, Commentaire bâlois, n. 8 ad art. 37 CP; Jeanneret, n. 69 ss ad art. 102 LCR). La sanction comporte des limites en lien avec la situation personnelle de l'auteur de l'infraction. En effet, outre le consentement requis de celui-ci, il est des situations où le travail d'intérêt général ne peut absolument pas être envisagé, par exemple pour une personne qui se trouve dans l'incapacité de travailler, en raison d'une atteinte à sa santé ou d'une indisponibilité liée à une situation familiale, à l'instar d'une mère qui élève ses nombreux enfants en bas âge. Pour des raisons pratiques, il n'est, par ailleurs, pas envisageable d'imposer à un condamné domicilié à l'étranger, à l'exception peut-être des régions frontalières, qu'il accomplisse régulièrement de nombreuses heures de déplacement pour se rendre en Suisse afin d'effectuer des heures de travail d'intérêt général (Jeanneret, n. 70 s. ad art. 102 LCR; Stratenwerth/Wohlens, n. 4 ad art. 37 CP).

Lorsque le travail d'intérêt général remplace une peine pécuniaire, il n'y a pas lieu d'indiquer la peine remplacée et, en particulier, de fixer le montant du jour-amende. Le juge de l'application des peines et mesures (cf. art. 5 al. 1 let. b LACP) convertira le travail d'intérêt général en une peine pécuniaire dans la mesure où, malgré un avertissement, le condamné ne l'exécute pas conformément au jugement ou aux conditions et charges fixées par le service administratif et juridique du département des finances, des institutions et de la sécurité (cf. art. 20 al. 2 let. b LACP). En revanche, en ce qui concerne l'amende, il convient de spécifier le montant et la peine privative de liberté de substitution, parce que l'art. 107 al. 3 CP prescrit que le juge ordonne l'exécution de l'amende lorsque le travail d'intérêt général n'est pas accompli; cela présuppose que ladite amende ait été préalablement fixée (art. 107 al. 3 CP; Jeanneret, n. 245 ad art. 102 LCR). Dès lors, le juge doit distinguer, dans le dispositif, le travail d'intérêt général ordonné à la place de la peine pécuniaire et celui afférent à l'amende.

e) Au moment de fixer la peine, le juge doit prendre en considération les circonstances atténuantes (art. 48 CP) et aggravantes (art. 49 CP), lesquelles lui permettent, soit de descendre au-dessous de la limite inférieure normale de la peine prévue par loi, soit au contraire d'aller au-delà de la limite supérieure de cette peine. En cas de concours entre une contravention et un délit ou un crime, le juge devra impérativement cumuler les deux peines (art. 49 al. 1 CP; Ackermann, Commentaire bâlois, n. 38 ad art. 49 CP; Arn, op. cit., p. 211).

f) En l'espèce, la situation personnelle et les antécédents de X. ont été exposés ci-dessus. Nonobstant une condamnation pour conduite d'un véhicule automobile en état d'ébriété prononcée le 6 mai 2002, l'intéressé s'est à nouveau rendu coupable d'infractions à la circulation routière le 23 mai 2003. Son comportement trahit un défaut de caractère.

Hormis lors de ses deux premiers interrogatoires, X. n'a eu de cesse de nier les faits. Il a, en particulier, construit un scénario aberrant destiné à charger le lésé A., le témoin B. et un tiers, l'exploitant de l'établissement C. Ce comportement tendant à se soustraire à une condamnation est révélateur d'un manque particulier de scrupules.

X. ne bénéficie d'aucune circonstance atténuante. Le concours d'infractions constitue une circonstance aggravante (art. 49 al. 1 CP).

Le juge de première instance a pris en considération les éléments déterminants pour arrêter la mesure de la peine. Il a, en particulier, fixé le montant de l'amende en tenant compte de la situation financière

de X. Celui-ci dispose, en effet, après avoir couvert la base du minimum d'existence pour sa femme et lui-même, les besoins incompressibles allégués et les impôts, d'un montant de quelque 673 fr. par mois. Le montant de l'amende ne l'empêche pas, partant, d'accomplir ses devoirs envers les siens ni ne lui retire ce qu'il lui faut pour son propre entretien. Le verdict apparaît adéquat et justifié. Dès lors, la cour de céans confirme la peine, adaptée au nouveau droit, de vingt jours-amende et l'amende de 1000 francs. La conversion de l'amende, selon le taux de 100 fr. par jour, donne une peine privative de liberté de substitution de 10 jours.

g) X. a déclaré, sur la formule qui lui a été signifiée le 28 septembre 2007, qu'il était d'accord, en cas de condamnation, d'effectuer un travail d'intérêt général. L'intéressé procède, en collaboration avec le service d'entretien des routes de l'Etat du Valais, à l'ouverture de la route du col; il est, partant, à même de s'intégrer dans une équipe de travail. Il exerce, certes, différentes activités, mais il est secondé par sa femme dans l'exploitation de son établissement public, de la fonte des neiges au début de l'automne il dispose, de ce fait, du temps libre nécessaire pour exécuter aisément un travail d'intérêt général sans que cela nuise à son activité professionnelle. X. ne souffre d'aucun handicap qui serait de nature à faire obstacle à une prestation en travail d'intérêt général. La situation personnelle du condamné est, dans ces circonstances, compatible avec le prononcé, en lieu et place de la peine pécuniaire et de l'amende, d'un travail d'intérêt général. La cour condamne dès lors X. à effectuer :

- un travail d'intérêt général de 80 heures à la place de la peine pécuniaire;
- un travail d'intérêt général de 40 heures, correspondant à une amende de 1000 fr., respectivement à une peine privative de liberté de substitution de 10 jours.

h. aa) Le juge suspend en règle générale, notamment, l'exécution d'un travail d'intérêt général lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 42 al. 1 CP).

La principale condition matérielle implique qu'une peine ferme ne soit pas indispensable pour détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou de nouveaux délits. A cet égard, le pronostic constitue, comme jusqu'ici, le critère déterminant. Toutefois, alors que l'ancien droit exigeait expressément un pronostic favorable, la formulation de la nouvelle disposition met l'accent sur l'absence de pronostic défavorable. Le nouveau droit évacue donc en quelque sorte toute la pro-

blématique de l'établissement d'un pronostic dont la fiabilité ne pourra jamais être que relative. En d'autres termes, on peut juste émettre un préavis concluant que rien ne permet de craindre une récidive (Rossier, *Le sursis selon le CP 2002*, in Kuhn/Moreillon/Viredaz/Willi-Jayet, *Droit des sanctions - De l'ancien au nouveau droit*, p. 210; Schneider/Garré, *Commentaire bâlois*, n. 37 ss ad art. 42 CP; Stratenwerth/Wohlers, n. 9 ad art. 42 CP).

Les dispositions sur le sursis ne sont pas applicables en cas de contravention (art. 105 al. 1 CP). Le travail d'intérêt général prononcé à la place d'une amende est, partant, ferme (Brägger, n. 7 ad art. 107 CP; Jeanneret, n. 245 ad art. 102 LCR).

bb) En l'espèce, le 31 mars 1999, X. a été condamné à 4 mois d'emprisonnement, avec sursis pendant deux ans, et à 3000 fr. d'amende pour violation de l'obligation de tenir une comptabilité, faux dans les titres, suppression de titres, contravention à l'art. 38 LExpl et violation des art. 87 LAVS, 112 LAA et 105 LACI. Le comportement à juger est sans rapport avec ces infractions. En revanche, un peu plus d'une année après avoir été condamné pour conduite en état d'ébriété, le recourant a derechef enfreint les dispositions de la LCR. L'avertissement sérieux que représentait la condamnation prononcée par la préfecture de D. n'a pas suffi à lui faire prendre conscience de la faute commise. Il est, en effet, retombé dans le même genre de délinquance. Le 23 mai 2003, de retour à son domicile, le recourant a consommé de l'alcool; lorsqu'il s'est, par la suite, entretenu, par téléphone, avec un gendarme, il a menti sur l'identité du conducteur. X n'a jamais reconnu que sa réaction était inadéquate. Il a persisté à adopter, en procédure, un comportement éthiquement inacceptable. Celui-ci ne laisse pas présumer une prise de conscience qui permet d'augurer un changement d'attitude face à ses actes. X. n'a, en effet, émis aucun regret ni exprimé la moindre excuse; il s'est présenté jusqu'à l'audience de jugement en appel comme la victime d'un « coup monté » par un « concurrent acharné ». Une telle attitude tend à démontrer une absence de conscience de sa faute, propre à faire redouter la commission de nouveaux actes punissables. Dans ces circonstances, il y a lieu de poser un pronostic défavorable et de ne pas octroyer le sursis à la peine de travail d'intérêt général prononcée à la place de la peine pécuniaire. Quant au travail d'intérêt général ordonné à la place de l'amende, il est nécessairement ferme.

*Par arrêt du 11 mars 2008 (6B\_91/2008), le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours en matière pénale interjeté par X. contre ce jugement.*