

# **BGer 6B\_1037/2018 vom 27. Dezember 2018**

Bundesgericht, 2018-12-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1037\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1037_2018)

FR: TF 6B\_1037/2018 du 27 décembre 2018

IT: TF 6B\_1037/2018 del 27 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recourant reproche à la cour cantonale de lui avoir infligé une peine privative de liberté et non une peine pécuniaire. Il lui fait en outre grief d'avoir violé l' art. 49 al. 2 CP .

#### **E. 1.1**

Les premiers agissements du recourant sanctionnés dans la présente procédure remontent à mai 2013. Ils sont donc antérieurs à la condamnation du 20 juin 2013, à l'occasion de laquelle le recourant s'est vu infliger une peine pécuniaire de 180 jours-amende et une amende. Par la suite, le recourant a encore commis plusieurs infractions, soit en 2014 et 2015.

Dans le jugement attaqué, la cour cantonale a tout d'abord examiné la culpabilité du recourant ainsi que les différents éléments pertinents pour la fixation de la peine, avant de conclure que le prononcé d'une peine privative de liberté se justifiait pour des motifs de prévention spéciale. L'autorité précédente a fixé cette peine privative de liberté - sanctionnant les infractions de mai 2013, de 2014 et de 2015 - à 12 mois. Elle a ensuite précisé que, puisqu'une peine privative de liberté était prononcée, un concours rétrospectif était exclu dès lors que la sanction prononcée le 20 juin 2013, soit des jours-amende, était d'un genre différent. La cour cantonale a ajouté que la peine "ne serait ici que très partiellement complémentaire, l'essentiel de l'activité délictuelle [du recourant] s'étant déroulée après le 20 juin 2013".

#### **E. 1.2**

La problématique d'un concours rétrospectif partiel se pose, dès lors que des infractions ont été commises tant antérieurement que postérieurement à la décision du 20 juin 2013.

Selon la jurisprudence, lorsque, parmi plusieurs infractions à juger, l'une au moins a été commise avant d'autres jugées précédemment, il faut déterminer d'abord celle pour laquelle la loi prévoit la peine la plus grave. Lorsque l'infraction la plus grave est celle à juger ayant été commise avant le premier jugement, une peine complémentaire - hypothétique - au premier jugement doit être fixée et sa durée augmentée pour tenir compte des actes commis après ce premier jugement. L'élément de la peine d'ensemble relatif à l'acte en concours rétrospectif doit être déterminé comme une peine additionnelle à celle déjà prononcée. 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 (cf. ATF 116 IV 14 consid. 2b p. 17 et les références citées; 115 IV 17 consid. 5b/bb p. 25; 69 IV 54 consid. 4 p. 59 ss; arrêts 6B\_390/2012 du 18 février 2013 consid. 4.3.1; 6B\_684/2011 du 30 avril 2012 consid. 2.2.2 non publié aux ATF 138 IV 120 ; 6B\_685/2010 du 4 avril 2011 consid. 4.1; 6B\_28/2008 du 10 avril 2008 consid. 3.3.2). La fixation d'une peine d'ensemble doit également être opérée lorsque

plusieurs infractions ont été commises avant et après un premier jugement (arrêts 6B\_684/2011 précité consid. 2.2.2 non publié aux ATF 138 IV 120 ; 6B\_151/2011 du 20 juin 2011 consid. 5.4).

Le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, admis la complexité de cette manière de procéder (cf. ATF 93 IV 49 consid. III.3.a p. 57; 75 IV 160 consid. 5 p. 162; cf. aussi arrêt 6S.848/1998 du 10 septembre 1999 consid. 1d/aa). Certains arrêts laissaient par ailleurs entendre qu'en cas d'application de l'art. 49 al. 2 CP, il fallait distinguer, le cas échéant, la fixation d'une peine complémentaire concernant les infractions antérieures au premier jugement et la peine sanctionnant les infractions nouvelles (cf. ATF 129 IV 113 consid. 1.3 p. 117; 80 IV 223 consid. 1 p. 233; arrêt 6B\_1119/2016 du 24 août 2017 consid. 3.1.1).

Dans le cadre des travaux pour la nouvelle partie générale du CP, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, il a été envisagé de compléter l'art. 49 CP afin de régler la situation du concours rétrospectif partiel, ces velléités n'ayant toutefois pas abouti compte tenu de la difficulté de fixer la jurisprudence dans la loi (cf. arrêt 6B\_28/2008 précité consid. 3.3.2; JÜRGEN-BEAT ACKERMANN, in Basler Kommentar, Strafrecht I, no 190 ad art. 49 CP).

Dans un arrêt publié aux ATF 142 IV 265, le Tribunal a enfin laissé ouverte la question de savoir si, en cas de concours rétrospectif partiel, sa pratique devait perdurer, ou si une autre méthode devait lui être préférée. Il a indiqué que, au regard de la lettre et du sens de l'art. 49 al. 1 CP, il serait envisageable de sanctionner les nouvelles infractions - soit celles commises après l'entrée en force du premier jugement - au moyen d'une peine indépendante (consid. 2.4.7 p. 273).

Cette dernière solution doit effectivement être préférée. Une séparation entre les infractions commises avant le premier jugement et celles perpétrées postérieurement à celui-ci peut ainsi être opérée. Cette façon de procéder correspond à une solution préconisée par une partie de la doctrine (cf. SONJA KOCH, Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz, 2013, p. 296 ss; ELISABETH TRACHSEL, Die Verjährung gemäss den Art. 70-75bis des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1990, p. 188; GILBERT KOLLY, Freiheitsstrafen für Delikte, die teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen wurden, RPS 1981 p. 330; MARTIN BADER, Die retrospektive Realkonkurrenz, Auslegung und Anwendung des Art. 68 Ziff. 2 des StGB, 1948, p. 49 ss). Celle-ci a le mérite de simplifier la démarche, permet de mettre le prévenu au bénéfice de l'art. 49 al. 1 ou 2 CP dans toute la mesure où sa situation le justifie, sans toutefois mélanger les deux alinéas concernés en fixant une peine d'ensemble enjambant un jugement antérieur, ce qui n'est nullement prévu par le texte légal. Cette solution évite également un cumul des effets du concours résultant de l'al. 1 et de l'al. 2 de l'art. 49 CP pouvant placer le prévenu ayant commis des infractions avant et après le prononcé d'un jugement précédent dans une situation indûment avantageuse (cf. KOCH,

op. cit., p. 297; BADER,

op. cit., p. 50; ATF 69 IV 54 consid. 3 p. 59). On peut relever que cette manière d'envisager le concours rétrospectif partiel correspond par exemple à la pratique ayant cours en Allemagne, où une césure est opérée entre les infractions commises antérieurement et celles perpétrées postérieurement au premier jugement, de sorte que seules les premières puissent être prises en considération pour former une peine d'ensemble avec les infractions déjà jugées (cf. THOMAS FISCHER, Strafgesetzbuch, 64e éd. 2018, n° 9 ad § 55 StGB; STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29e

éd. 2014, n° s 14 s. ad § 55 StGB; RUTH RISSING-VAN SAAN, in Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12e éd. 2006, II, nos 13 ss ad § 55 StGB).

On peut se demander si un tel changement de pratique est cohérent avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2018, de l'art. 46 al. 1 CP dans sa nouvelle teneur. Alors que, sur la base de l'ancien art. 46 al. 1 CP, le Tribunal fédéral excluait la fixation d'une peine d'ensemble lorsque la peine dont le sursis était révoqué et la nouvelle peine sanctionnant la récidive étaient du même genre, un cumul devant alors être appliqué (cf. ATF 138 IV 113 consid. 4 p. 119; 134 IV 241 consid. 4 p. 242 ss), la disposition, dans sa teneur actuelle, enjoint au contraire le juge de fixer une peine d'ensemble, en appliquant par analogie l'art. 49 CP, si la peine révoquée et la nouvelle peine sont du même genre (cf. ATF 144 IV 217 consid. 3.3.4 p. 229). Il apparaît cependant que le concours rétrospectif partiel constitue une situation particulière. L'art. 46 al. 1 CP renvoie à l'art. 49 CP. Si seule une infraction postérieure au jugement précédent doit être sanctionnée, l'al. 1 de cette disposition doit s'appliquer, conformément au texte de l'art. 46 al. 1 CP. Si, en revanche, une infraction antérieure à ce jugement doit simultanément être sanctionnée, pour autant que la sanction prononcée soit de même genre que la peine dont le sursis est révoqué, l'art. 49 al. 2 CP trouve application, à titre de

lex specialis, de sorte que le prévenu dont le sursis est révoqué bénéficie également de l'art. 49 CP pour la situation particulière qui le concerne, mais non de manière excessivement avantageuse, ce qui serait le cas si le juge devait fixer une peine d'ensemble impliquant les sanctions antérieures et postérieures au jugement précédent ainsi que la peine pour laquelle le sursis est révoqué.

### **E. 1.3**

Ainsi, au lieu de recourir conjointement aux deux premiers alinéas de l'art. 49 CP - comme le préconisait jusqu'ici la jurisprudence -, le juge amené à sanctionner des infractions commises antérieurement et postérieurement à un jugement précédent doit procéder en deux temps.

Tout d'abord, il doit s'attacher aux infractions commises avant ledit jugement. Le juge doit examiner si, eu égard au genre de peine envisagé, une application de l'art. 49 al. 2 CP entre en ligne de compte (cf. ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 p. 267 s. et les références citées). Si tel est le cas, il doit fixer une peine complémentaire (

Zusatzstrafe) à la peine de base (

Grundstrafe) en tenant compte du principe de l'aggravation découlant de l'art. 49 al. 1 CP (cf. ATF 142 IV 265 consid. 2.4.4-2.4.6 p. 271 ss). Si, en revanche, l'art. 49 al. 2 CP ne peut être appliqué, ainsi parce que le genre de peine envisagé pour sanctionner les infractions antérieures au jugement diffère de celui de la sanction déjà prononcée, le juge doit retenir une peine cumulative.

Ensuite, le juge considère les infractions commises postérieurement au jugement précédent, en fixant pour celles-ci une peine indépendante, le cas échéant en faisant application de l'art. 49 al. 1 CP. Il additionne enfin la peine complémentaire ou la peine cumulative retenue pour sanctionner la ou les infractions commises antérieurement au jugement précédent à celle retenue pour sanctionner les infractions commises postérieurement à cette décision.

### **E. 1.4**

On comprend de la motivation de l'autorité précédente que celle-ci a fixé une peine sanctionnant les infractions commises en mai 2013, en 2014 et en 2015 en estimant qu'il devait s'agir d'une peine privative de liberté, excluant ainsi un concours rétroactif avec la peine pécuniaire, soit d'un genre différent, prononcée le 20 juin 2013. La cour cantonale ne pouvait toutefois, comme elle semble l'avoir fait, exclure l'application de l' art. 49 al. 2 CP au terme de la fixation de la sanction relative à toutes les infractions qu'elle était appelée à réprimer. Il lui incombait, dans un premier temps, de choisir le genre de la peine devant sanctionner les infractions commises en mai 2013, soit en l'occurrence une escroquerie et un faux dans les titres. Dans un second temps, il lui appartenait d'examiner si les conditions d'application de l' art. 49 al. 2 CP étaient remplies, ce qui ne pouvait être le cas si une peine privative de liberté était envisagée s'agissant des infractions commises en mai 2013. Si, en revanche, la cour cantonale envisageait à cet égard le prononcé d'une peine pécuniaire, elle devait appliquer les mécanismes du concours rétroactif. Au terme de cet exercice, la cour cantonale devait ainsi soit fixer une peine privative de liberté se cumulant avec la peine pécuniaire prononcée le 20 juin 2013, soit, le cas échéant, fixer une peine pécuniaire complémentaire de manière à ce que le recourant ne fût pas puni plus sévèrement que si les infractions commises jusqu'en 2013 avaient fait l'objet d'un seul jugement.

Une fois la question des infractions antérieures à la décision du 20 juin 2013 - soit celle d'une éventuelle application de l' art. 49 al. 2 CP - réglée, la cour cantonale devait considérer les infractions postérieures, commises en 2014 et 2015. Elle devait ainsi, ce qu'elle ne paraît pas avoir fait dans le jugement attaqué, fixer une peine de base pour l'infraction abstraitement la plus grave, en tenant compte de toutes les circonstances aggravantes et atténuantes, de même que définir - concernant cette peine de base - la nature de la sanction en motivant son choix. La cour cantonale devait ensuite examiner, d'une part, pour chacune des autres infractions commises en 2014 et 2015, quel genre de peine se justifiait concrètement et, d'autre part, quelle devait en être la quotité hypothétique. Si les peines hypothétiques pour ces infractions étaient de même nature que la ou les peines de base envisagées, l'autorité précédente devait faire application de l' art. 49 al. 1 CP et prononcer une peine d'ensemble pour toutes les infractions justifiant une sanction de même nature. Elle ne pouvait en revanche faire l'économie de ce raisonnement - impliquant un choix et une fixation de la peine de base puis, cas échéant, la fixation d'une peine d'ensemble -, en arrêtant directement une peine unique pour toutes les infractions qu'elle devait réprimer (cf. concernant l'application de l' art. 49 al. 1 CP l'arrêt publié aux ATF 144 IV 217 consid. 3.5 p. 231 ss; arrêt 6B\_559/2018 du 26 octobre 2018 consid. 1.1.2 destiné à la publication).

### **E. 1.5**

Ce qui précède conduit à l'admission du recours et à l'annulation du jugement attaqué, la méthode utilisée pour fixer la peine du recourant ne répondant pas aux exigences découlant de l' art. 49 al. 1 et 2 CP . Il appartiendra à l'autorité cantonale de fixer à nouveau la peine de l'intéressé, selon la manière de procéder exposée précédemment (cf. consid. 1.4 supra).

### **E. 2**

Le recours doit être admis, le jugement attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Le recourant obtient gain de cause. Il ne supporte pas de frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ) et peut prétendre à de pleins dépens ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.