

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 1er juin 2011

Présidence de M. COLELOUGH
Juges : MM. Battistolo et Sauterel
Greffier : M. Ritter

Parties à la présente cause :

Ministère public, représenté par le Procureur de l'arrondissement de Lausanne, appelant,

et

N. _____, représenté par Me Regina Andrade Ortuno, avocate d'office, à Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale prend séance en audience publique pour statuer sur l'appel formé par le **MINISTERE PUBLIC** contre le jugement rendu le 2 février 2011 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause dirigée contre N._____.

Elle considère :

E n f a i t :

A. Par jugement du 2 février 2011, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a libéré N._____ des infractions de lésions corporelles simples, d'abus de confiance et de vol (I), l'a condamné, pour contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants, à une amende de 300 fr. et a dit qu'en cas de non paiement de l'amende, la peine privative de liberté de substitution sera de 30 (trente) jours (II), a renoncé à révoquer le sursis portant sur une peine privative de liberté de neuf mois octroyé par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne le 6 juin 2007 (III), a pris acte des conventions passées avec K._____ et [...] pour valoir jugement (IV), a ordonné la confiscation et la destruction de la drogue séquestrée sous fiche 45172 (V), a mis la moitié des frais de justice, soit 1'716 fr. 65, à la charge de N._____, dont 3'103 fr. 70 d'indemnité à son conseil d'office et a laissé le solde à la charge de l'Etat, notamment 1'259 fr. 30 d'indemnité au conseil d'office de [...] (VI) et a dit que l'indemnité due à son conseil d'office ne sera exigible de N._____ que pour autant que sa situation financière le permette (VII).

B. Le 16 février 2011, le Ministère public a déposé une annonce d'appel contre le jugement précité. Dans sa déclaration d'appel du 10 mars 2011, il a conclu à ce que le jugement entrepris soit modifié sur les points suivants :

- I. Déclarer N._____ coupable d'abus de confiance, subsidiairement escroquerie, en relation avec les faits évoqués dans la déclaration d'appel;
- II. Condamner N._____ à une peine de 360 heures de travail d'intérêt général;
- III. Révoquer le sursis accordé à N._____ le 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne;
- IV. Renoncer à révoquer le sursis accordé le 14 avril 2005;
- V. Mettre à la charge de N._____ la part des frais correspondant à sa culpabilité."

L'appelant a expressément déclaré ne pas requérir de mesure d'instruction et ne pas s'opposer à ce que l'appel soit traité en procédure écrite.

Dans le délai qui lui avait été imparti pour se déterminer, l'intimé N._____ s'en est remis à justice quant à la recevabilité de l'appel, a renoncé à déposer un appel joint et a requis la tenue de débats publics.

Par écriture du 7 avril 2011, le Président de la Cour d'appel pénale a communiqué aux parties que la cour se réservait, en application de l'art. 344 CPP par renvoi de l'art. 405 al. 1 CPP, de retenir, le cas échéant, l'infraction d'escroquerie au sens de l'art. 146 CP. Il a ajouté que les parties auraient la faculté de se prononcer à ce sujet lors des débats publics.

Les parties, ainsi qu'un témoin amené par l'intimé, ont été entendus à l'audience du 1^{er} juin 2011. Le Parquet a réduit ses conclusions (ch. III) en ce sens que le sursis accordé à l'intimé le 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne n'est pas révoqué, mais que le délai d'épreuve l'assortissant est prolongé dans telle mesure que justice dira. L'intimé a conclu au rejet de l'appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. Le prévenu N._____, né en 1986, dépourvu de formation professionnelle après avoir abandonné un apprentissage de polymécanicien, a exercé diverses missions temporaires. Son casier judiciaire comporte quatre inscriptions, à savoir : une peine d'amende de 400 fr., avec sursis pendant deux ans, prononcée le 7 janvier 2005 par le Juge d'instruction de Lausanne pour contravention à la LStup et délit contre la loi fédérale sur les armes; une peine de 12 mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans, le délai d'épreuve ayant été prolongé d'un ans et six mois et non révoqué, prononcée le 14 avril 2005 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne pour rixe et agression; une peine privative de liberté de 18 mois avec sursis partiel portant sur la moitié de la peine, soit neuf mois, avec délai d'épreuve de cinq ans, sous déduction de 72 jours de détention préventive, peine partiellement complémentaire au jugement du 14 avril 2005, sursis non révoqué, prononcée le 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne pour vol, violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prises de vues, abus de la détresse, contravention à la LStup et délit contre la loi fédérale sur les armes; une peine pécuniaire de 60 jours-amende à 10 fr., prononcée le 18 avril 2008 par le Juge d'instruction de Lausanne pour délit contre la loi fédérale sur les armes et contravention à la LStup.

Un témoin entendu à l'audience du tribunal correctionnel a relevé que, depuis sa sortie de prison en mars 2010, le prévenu avait modifié son comportement, en ce sens qu'il a changé de fréquentations et qu'il s'est calmé; en outre, il s'occupe de sa fille, veut se stabiliser et trouver un travail.

S'agissant de sa situation personnelle, le prévenu a indiqué à l'audience du tribunal correctionnel qu'il vivait avec sa fiancée, [...], au domicile des parents de celle-ci. Il a ajouté avoir été incarcéré en août 2009, avant d'être libéré en mars 2010; il donnait un coup de main non

rémunéré à l'un de ses frères qui venait d'ouvrir une entreprise de livraison de repas et il espérait pouvoir y travailler. Il touchait 1'100 fr. d'aide sociale par l'intermédiaire de la Fondation vaudoise de probation et bénéficiait du subside pour son assurance-maladie. Il a confirmé ces déclarations devant la cour de céans, mais les a actualisées comme il suit :

« Le projet que j'avais de collaborer avec mon frère n'a pas abouti. Par contre, j'ai un contrat de mission avec [...] comme collaborateur auprès de l'entreprise [...] comme aide-monteur électricien. Je me réfère à la pièce produite ce jour. Dans les faits, cette mission est achevée et je suis dans l'attente imminente d'une nouvelle mission, en principe pour la même entreprise, qui devrait durer six mois, vraisemblablement aux mêmes conditions. J'escompte un revenu mensuel net de 3'800 fr. ces six prochains mois. Ma concubine perçoit 1'700 fr. d'aide sociale et d'allocations familiales. Nous sommes hébergés par ma belle-mère et je contribue aux charges du ménage à raison de 800 fr. par mois. J'honore mon engagement à l'égard de K. _____ à raison de 200 fr. par mois et à l'égard de [...] à raison de 100 fr. par mois. J'ajoute enfin que je ne suis pas opposé par principe à exécuter cas échéant une sanction sous forme de travail d'intérêt général, mais que je préférerais idéalement une sanction pécuniaire».

Entendue comme témoin par la cour de céans, [...] a déclaré ce qui suit :

« J'ai connu N. _____ il y a environ quatre ans. Nous vivons effectivement ensemble chez ma mère. Nous avons un enfant, une petite fille, née le 9 mai 2010. Lorsque ses obligations professionnelles le permettent, N. _____ s'occupe de notre enfant et c'est un très bon père. Quant à moi, j'entame ma formation d'aide-infirmière au CHUV. Je ne suis pas rémunérée et je perçois des services sociaux un montant de 2'100 fr. par mois, allocations familiales comprises. Pour le reste, les informations que vous a communiquées mon fiancé et dont vous venez de me donner lecture sont exactes. Interpellée par Me Schmoker, je confirme que mon fiancé, depuis sa libération, a changé d'attitude et de comportement, ainsi que de fréquentations. Il sort moins et s'occupe de sa famille. Sans être occupé à des missions professionnelles de façon permanente, il en a quand même eues plusieurs cette dernière année. »

2. Entre le 18 avril 2008 et le 14 août 2009, le prévenu a consommé de la marijuana à raison d'un à deux joints par jour; à cette dernière date, il a été interpellé à Lausanne en possession d'un sachet

contenant 0,4 g de cette drogue, destinée à sa consommation personnelle. Par ces faits, il a été reconnu coupable de contravention à la LStup.

Le 18 juillet 2009, devant une discothèque lausannoise, le prévenu a asséné deux coups de poing au visage de [...], lui occasionnant ainsi une fracture du nez. La victime a déposé plainte. Peu avant les débats, le prévenu s'est, par convention, reconnu débiteur envers elle d'une indemnité de 5'000 fr., valeur échue, payable par mensualités de 100 fr. En contrepartie, la victime a retiré sa plainte. Partant, le prévenu a été libéré de l'accusation de lésions corporelles simples.

A une date indéterminée, un nommé K._____, né en 1984, a demandé à N._____ de lui fournir un kg de marijuana. Les deux hommes se connaissaient depuis leur jeunesse et entretenaient des rapports de confiance, sans pour autant être amis. A Lausanne, le 24 mai 2009, le prévenu a conduit K._____ au pied d'un immeuble dans lequel, disait-il, se trouvait un fournisseur. K._____ a, de son propre gré, confié à son camarade une somme de 8'000 fr. destinée à l'achat de la drogue. Alors que K._____ attendait dans sa voiture, le prévenu a conservé l'argent par devers lui et est sorti de l'immeuble par une autre issue, spoliant ainsi sa victime de la somme en question, qu'il a utilisée à son profit. Celle-ci provenait d'un emprunt bancaire souscrit par K._____, lequel espérait que la revente de la drogue acquise au moyen de ces fonds lui permettrait de rembourser le prêteur en réalisant un bénéfice de l'ordre de son investissement.

K._____ a déposé plainte. Il l'a retirée après avoir, avant l'ouverture des débats, passé une convention avec le prévenu, par laquelle celui-ci se reconnaissait son débiteur de la somme de 8'000 fr., remboursable par mensualités de 200 fr. Il est constant que le prévenu avait versé la première mensualité avant l'audience du tribunal correctionnel et qu'il avait établi un ordre de paiement permanent pour s'acquitter du solde de son obligation aux échéances stipulées.

3. Appréciant les faits de la cause, les premiers juges ont considéré notamment, s'agissant des faits survenus le 24 mai 2009, que les éléments constitutifs du vol n'étaient pas réalisés. En effet, la somme avait été remise par K. _____ à le prévenu de son propre gré, à telle enseigne qu'il manquait l'élément de la soustraction. Sous l'angle de l'abus de confiance, la chose confiée, soit les espèces, avait été remise à l'auteur à des fins illicites au sens de l'art. 20 CO, soit pour l'acquisition de drogue. Le tribunal correctionnel a considéré que le droit pénal ne protégeait pas des intérêts pécuniaires qui ne le seraient pas selon le droit civil. Partant, l'appropriation de l'argent ne saurait, toujours selon les premiers juges, être sanctionnée pénalement.

En droit :

1.1 Déposé en temps utile et suffisamment motivé, l'appel est recevable (art. 399 al. 1 et 3 CPP). La contestation est limitée à la qualification juridique de l'acte incriminé du 24 mai 2009 et à ses conséquences quant à la peine à prononcer (art. 399 al. 4 CPP).

1.2 Le Ministère public a, de droit, la qualité pour recourir, soit pour interjeter appel, en application de l'art. 381 al. 1 CPP.

1.3 Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour (al. 3) : violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (let. a); constatation incomplète ou erronée des faits (let. b); inopportunité (let. c).

2. Il est constant que les espèces soustraites par l'intimé lui avaient été remises volontairement par leur propriétaire dans le seul dessein qu'il procure de la drogue au tiers en question. Tendait

uniquement à une fin illicite, un tel contrat est à l'évidence nul en vertu de l'art. 20 al. 1 CO (cf. également ci-dessous). Il ne saurait dès lors donner lieu à une action civile du lésé. Partant, la question préalable est celle de savoir si l'atteinte portée au patrimoine du tiers peut, par principe, être réprimée pénalement. A cet égard, la juridiction fédérale a rendu une jurisprudence concernant notamment, comme la présente espèce, le trafic de stupéfiants et à laquelle il y a dès lors lieu de se référer.

3. Le Tribunal fédéral a exclu que des stupéfiants, à l'exception de ceux objet d'un commerce licite, puissent constituer une chose appartenant à autrui susceptible d'être soustraite à l'occasion d'un vol ou d'un brigandage, dès lors que leur acquisition illicite, s'agissant d'une chose hors commerce, ne peut fonder un droit de propriété juridiquement protégé (ATF 122 IV 179; 124 IV 104; 132 IV 8; Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3e éd. Lausanne 2007, ch. 1.3 ad art. 139; Corboz, Les infractions en droit suisse, 3e éd., Berne 2010, p. 249 n° 1).

Cela étant, il n'en reste pas moins que le droit pénal peut trouver à s'appliquer pour réprimer une atteinte aux intérêts patrimoniaux d'une personne impliquée dans un trafic de stupéfiants. C'est ainsi que, sous l'angle de l'escroquerie (art. 146 CP), sans s'attarder outre mesure sur l'élément constitutif du préjudice patrimonial, le Tribunal fédéral a statué (ATF 111 IV 55, JT 1985 IV 71) que celui qui vend de l'héroïne coupée dans une proportion de 30 % supérieure au coupage usuel, tout en pratiquant le prix de la marchandise de qualité normale, se rend coupable d'escroquerie. Il a confirmé cette jurisprudence (ATF 117 IV 139, JT 1993 IV 144) en analysant la question du dommage patrimonial : il n'y a dommage patrimonial que si le droit civil accorde à la victime astucieusement trompée un droit à la réparation du préjudice. L'acheteur de stupéfiants ne peut invoquer la responsabilité contractuelle du vendeur de stupéfiants puisque le contrat d'acquisition de stupéfiants illicites est nul, dès lors qu'il a un objet illicite (art. 20 al. 1 CO). Il ne peut davantage invoquer l'enrichissement illégitime de son cocontractant au sens des art. 62 et suivants CO, dès lors qu'il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite (art. 66 CO). En revanche, cet

acheteur peut se prévaloir de la responsabilité délictuelle du vendeur, la fraude ou le dol de celui-ci lui causant d'une manière illicite un dommage au sens de l'art. 41 CO. Certes la question de savoir si l'escroquerie peut objectivement consister dans le fait d'amener la personne trompée à conclure un marché illicite est débattue en doctrine (JT 1993 IV 145, note infrapaginale 1). Néanmoins, le Tribunal fédéral n'a pas remis en question sa jurisprudence par la suite. Ainsi dans un arrêt traitant d'une escroquerie dans un jeu télévisé (ATF 126 IV 165, JT 2001 IV 77, c. 3b), il a notamment indiqué ce qui suit : « Selon la jurisprudence, il faut comprendre par « intérêts pécuniaires » au sens de l'art. 146 CP le patrimoine qui est protégé par le droit civil. Le droit pénal en tant qu' «ultima ratio» ne peut pas protéger le patrimoine qui n'est pas protégé par le droit civil. Un dommage patrimonial au sens de l'art. 146 CP n'existe donc que lorsque la personne trompée astucieusement a un droit protégé juridiquement à la compensation du dommage subi ».

De même, dans l'arrêt dit du «jeu du dada » (TF 6S.279/2003 du 26 septembre 2003, spéc. c. 2.2.3), dont un volet de l'astuce analysée consistait à faire croire à la dupe qu'elle acquerrait de l'héroïne au tiers du prix du marché (arnaque des cantines), le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation de l'escroc en exposant ce qui suit :

« Il est établi en fait que l'objet de l'arnaque des cantines était un vase de l'ordre de 40'000 francs et son contenu, soit des sachets de poudre blanche que l'un des coauteurs identifiait comme étant de l'héroïne, ce qui permettait à l'acheteur de le revendre au triple de son prix. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'acquéreur de produits stupéfiants, trompé astucieusement sur la qualité de la marchandise vendue, a un droit à la réparation du préjudice fondé sur l'art. 41 CO, même s'il est empêché par les art. 20 et 66 CO d'exiger le remplacement de la marchandise ou la restitution du prix payé (ATF 117 IV 139, c. 3e p. 150). Partant, c'est à tort que le recourant prétend que le patrimoine de la victime ne saurait être protégé en raison du caractère illicite de la vente des vases remplis d'héroïne. Enfin, il ne peut se prévaloir de l'ATF 122 IV 179, cet arrêt concernant le cas particulier de la soustraction de stupéfiants au sens de l'art. 137 CP, qui est une infraction contre la propriété où la question du dommage ne se pose pas, et non pas l'escroquerie. Infondé, le grief du recourant doit être rejeté. »

Il s'ensuit que c'est à tort que les premiers juges ont considéré que le droit pénal ne protégeait pas par principe des intérêts pécuniaires qui ne le seraient pas selon le droit civil. Partant, la libération de l'intimé à raison des faits en cause pour ce seul motif procède d'une violation du droit fédéral, étant précisé que c'est à juste titre que le vol n'a pas été retenu, s'agissant d'espèces remises volontairement. Cela étant, il reste à qualifier le comportement incriminé.

4.1 S'agissant, comme en l'espèce, de la soustraction de valeurs mobilières remises volontairement par leur propriétaire, la distinction entre l'abus de confiance (art. 138 CP) et l'escroquerie (art. 146 CP) peut s'avérer malaisée. Comme on le verra ci-dessous (c. 4.3), ces infractions s'excluent réciproquement. L'une et l'autre sont poursuivies d'office.

4.2 Il ressort des faits de la cause que l'intimé a trompé K. _____ sur sa volonté de lui procurer un kilo de marijuana avant que celui-ci ne lui en remette le prix, soit la contre-valeur. Il avait choisi un immeuble doté d'une autre sortie que celle à laquelle la victime l'attendait. K. _____ s'était vu proposer d'investir son crédit de 8'000 fr., préalablement souscrit auprès d'une banque, dans l'acquisition de drogue dont la revente devait lui permettre de rembourser le prêteur en réalisant un bénéfice de l'ordre de son investissement. Le caractère astucieux de la tromperie réside d'abord dans l'abus de la relation de confiance, soit de camaraderie, entre l'intimé et la victime, étant précisé que celle-ci n'aurait à l'évidence pas confié de l'argent à une personne tenue pour non fiable. Il réside ensuite dans l'impossibilité de procéder à des vérifications en matière d'achat illicite de stupéfiants. A cet égard, il doit être précisé que la volonté de l'intermédiaire de ne pas exécuter le marché prétendument conclu avec l'acquéreur de stupéfiants relève du contenu de sa pensée; il s'agit donc d'un point de fait, et non de droit (ATF 125 IV 49, c. 2d; 122 IV 156).

4.3 Cela étant, la question est de savoir si la remise volontaire préalable des espèces par la victime à l'auteur suffit à elle seule à retenir l'abus de confiance plutôt que l'escroquerie. La réponse est négative. En

effet, le critère de distinction réside dans la prise de possession des valeurs patrimoniales provoquée ou non par la tromperie astucieuse au sens de l'art. 146 CP (Favre/Pellet/ Stoudmann, op. cit., ch. 1.27 ad art. 138, p. 358). Le Tribunal fédéral a ainsi statué qu'un bien peut être confié à l'auteur par l'effet d'une tromperie astucieuse au sens de l'art. 146 CP, lors qu'elle a précisément pour dessein que la victime lui confie le bien en question (ATF 117 IV 429, c. 3c, JT 1993 IV 173). Tel est le cas en l'espèce. En effet, l'astuce était *antérieure* à la remise des espèces et ne tendait qu'à cette fin. A cet égard, le fait, pour l'intimé, de s'être ultérieurement enfui par l'autre issue de l'immeuble ne relève pas de l'astuce, mais n'avait d'autre dessein que celui de conserver le butin.

4.4 L'intimé s'est donc rendu coupable d'escroquerie. Par identité de motifs, il doit être libéré de l'accusation d'abus de confiance. Une nouvelle peine doit être fixée pour réprimer cette infraction-là, sanction dont la quotité et le genre devront être déterminés. Il devra également être statué sur la question de la prolongation du délai d'épreuve assortissant le sursis accordé le 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne, qui fait l'objet d'une conclusion de l'appel. La quotité de l'amende et celle de la peine privative de liberté de substitution ne sont en revanche pas contestées. Il ne saurait donc être statué sur ces derniers points (art. 404 al. 1 CPP).

Il s'ensuit que, plutôt que de fixer une nouvelle peine réprimant l'*ensemble* des actes incriminés (donc également la contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants), il convient de réprimer *spécifiquement* la nouvelle infraction retenue, soit l'escroquerie. L'art. 146 al. 1 CP réprime l'escroquerie d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

5. La première question à trancher est celle de la quotité de la sanction (peine privative de liberté ou peine pécuniaire). Une fois le quantum arrêté, il devra être déterminé s'il est possible ex lege, d'abord, et souhaitable, ensuite, de prononcer un travail d'intérêt général, comme requis par l'appelant dans sa déclaration d'appel, étant précisé que,

comme il l'a relevé à l'audience, l'intimé n'est pas opposé par principe à exécuter cas échéant une sanction sous cette forme.

S'agissant de la quotité de la peine, il doit être fait droit aux conclusions de l'appel, le quantum requis étant adéquat au regard de l'art. 47 CP. La somme dont la dupe a été spoliée est certes importante, mais l'auteur a reconnu les faits et a commencé à dédommager sa victime. Outre cet élément à décharge, il doit être tenu compte du fait que l'intimé paraît, d'une manière générale, sur la voie de l'amendement depuis sa libération au mois de mars 2010, comme on le verra plus en détail au c. 8 ci-après sous l'angle du genre de la peine. La peine doit donc être fixée à l'équivalent de 90 jours-amende.

6.1 La peine requise et prononcée est compatible avec un travail d'intérêt général (art. 37 al. 1 CP). Elle équivaut à 360 heures d'un tel travail (art. 39 al. 2 CP). L'appelant conclut au prononcé d'un travail d'intérêt général d'un tel quantum. L'appel pose ainsi la question du choix du type de la sanction (peine privative de liberté, peine pécuniaire ou travail d'intérêt général). Cette question doit être examinée d'office dans les limites de l'art. 404 al. 1 CPP. Néanmoins, lorsqu'elle rend sa décision, l'autorité de recours n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 391 al. 1, let. b, principio, CPP) et elle peut modifier une décision au détriment du prévenu ou du condamné si le recours a été interjeté en leur défaveur (art. 391 al. 2, a contrario, CPP).

Le Tribunal fédéral s'est penché sur la problématique du choix de la peine dans un arrêt du 17 mars 2008 (6B_341/2007, c. 4.2, publié aux ATF 134 IV 97 et dont les principes sont repris en français par TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008, c. 3.1). Il en ressort les considérations évoquées aux chiffres qui suivent.

6.2 La nouvelle partie générale du Code pénal offre une palette étendue de sanctions et de possibilités de combinaisons de celles-ci entre elles. Le choix du type de la sanction doit principalement tenir compte de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur le condamné et

l'environnement social de ce dernier ainsi que de l'efficacité de la sanction dans l'optique de la prévention (ATF 134 IV 82, c. 4.1 et la référence à Riklin, Neue Sanktionen und ihre Stellung im Sanktionensystem, in: Bauhofer/Bolle [Hrsg.], Reform der strafrechtlichen Sanktionen, Zurich 1994, p. 168; le même, Zur Revision des Systems der Hauptstrafen, ZstrR 117/1999, p. 259).

6.3 A titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité, respectivement de la peine pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. Les sanctions de toute nature peuvent dorénavant être assorties du sursis (art. 42 CP) ou d'un sursis partiel (art. 43 CP) lorsque les conditions en sont réalisées, ou encore être prononcées fermes (ATF 134 IV 82, c. 4.2; cf. sur les conditions du sursis total et partiel : ATF 134 IV 1, c. 4 et 5; v. aussi ATF 134 IV 60, c. 7.3).

6.4 Dans la conception de la nouvelle partie générale du Code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. En vertu du principe de la proportionnalité, il y a en règle générale lieu, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 114 IV 82, c. 4.1). La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général représentent des atteintes moins importantes et constituent ainsi des peines plus clémentes. Cela résulte également de l'intention essentielle, qui était au cœur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêt, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions (ATF 134 IV 60, c. 4.3).

7.1 Dans l'arrêt précité (ATF 134 IV 97), le Tribunal fédéral a également dégagé les principes suivants en relation avec les conditions posées au travail d'intérêt général (c. 6.3; cf. aussi TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008, précité, c. 4.1 et 4.2).

7.2 Le nouveau droit confère au travail d'intérêt général le statut d'une peine principale à part entière. Il ne s'agit plus d'une simple forme d'exécution d'une courte peine privative de liberté ferme. Il en découle quelques innovations importantes. Le prononcé d'un travail d'intérêt général ressortit tout d'abord au droit fédéral. Il est ordonné par le juge (art. 37 CP) et non plus consenti par l'autorité cantonale d'exécution des peines. Le travail d'intérêt général peut, ensuite, comme toutes les autres peines, sanctionner des crimes et des délits et être ou non assorti d'un sursis total (art. 42 CP) ou partiel (art. 43 CP). Les cantons demeurent compétents pour l'exécution du travail d'intérêt général. Lorsque la peine de travail n'est pas exécutée, elle doit être convertie en une peine pécuniaire ou privative de liberté dans une procédure judiciaire (art. 39 CP). Enfin, et c'est nouveau également, le travail d'intérêt général peut sanctionner même une contravention (art. 107 CP).

7.3 Le travail d'intérêt général est une sanction axée sur la prévention individuelle dans une perspective sociale constructive. Il tend à la privation de loisirs en tenant compte de l'expiation et de la réparation (Brägger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2e éd., Bâle 2007, remarques préliminaires à l'art. 37 CP, n. 21/26 s. et art. 37 CP, n. 6). Avec la peine pécuniaire, il offre une alternative aux peines privatives de liberté de courte durée, dont le contingentement constituait un postulat central de la révision de la loi (Message 1998, p. 1830-1834; v. aussi p. 1790 s.).

7.4 Lorsque le tribunal est confronté à la question du choix de la peine, il doit partir de celle dont la loi sanctionne concrètement l'état de fait incriminé. Dans la règle, les délits sont sanctionnés d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire (cf. art. 10 al. 3 CP). Il est vrai qu'une peine privative de liberté ferme de moins de six mois n'entre qu'exceptionnellement en ligne de compte. Elle n'est possible que si les

conditions de l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 CP ne sont pas remplies et qu'il faille simultanément admettre qu'une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général ne pourront être exécutés (art. 41 CP). En édictant cette disposition, le législateur a institué un ordre légal de priorité en faveur des sanctions non privatives de liberté (Mazzucchelli, Basler Kommentar, art. 41 CP, n. 11/38). Le tribunal doit ainsi toujours examiner d'abord si une peine pécuniaire ferme peut être prononcée. Celle-ci doit pouvoir être appliquée même aux personnes ayant une faible capacité de revenu. Son exécution doit a priori procéder d'un paiement spontané et non résulter d'une exécution forcée par voie de poursuite. Il s'ensuit que l'exécution de la peine pécuniaire n'est pas rendue impossible du seul fait qu'il apparaît dès l'abord que l'on ne pourra en obtenir le paiement dans une telle procédure (ATF 134 IV 60, c. 6.5.1). Par ailleurs, avec l'accord de l'intéressé, le travail d'intérêt général a la priorité dans tous les cas sur la peine pécuniaire.

On peut toutefois reconnaître de rares exceptions lorsque la condamnation à une peine pécuniaire n'est pas envisageable pour des motifs relevant de la personne de l'auteur (p. ex. lorsque l'intéressé manifeste d'emblée qu'il n'est pas disposé à payer). L'impossibilité d'exécuter une peine pécuniaire ne doit cependant pas être admise à la légère, car la loi exige qu'il soit tenu compte pour fixer la quotité de la peine de la situation personnelle et économique (art. 34 al. 2 CP). Lorsqu'il est exceptionnellement justifié de l'admettre dans le cas d'espèce, le tribunal est appelé à décider si un travail d'intérêt général peut être ordonné à la place d'une courte peine privative de liberté.

7.5 L'exigence d'un accord de l'auteur - avéré en l'espèce - ne confère pas à l'intéressé un droit d'option en faveur de l'une ou l'autre sanction pénale. Le critère pertinent réside dans l'adéquation d'une sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et l'environnement social de ce dernier ainsi que son efficacité préventive. Le tribunal doit donc non seulement juger si l'intéressé est disposé à effectuer un travail d'intérêt général, mais s'il y est apte et en est capable (TF 6B_541/2007 du 13 mai 2008, précité, c. 4.2.2).

Le tribunal doit offrir à l'auteur la possibilité d'un travail d'intérêt général s'il est apte au travail et, en principe, disposé à fournir cette prestation (arrêt précité, *ibid.*).

8. En l'espèce, une peine privative de liberté n'est pas la règle lorsqu'il s'agit, comme dans le cas particulier, de réprimer une infraction relevant de la délinquance moyenne (cf. c. 6.3 ci-dessus), s'agissant de surcroît d'une peine de moins de six mois (cf. c. 7.4 ci-dessus). La question est donc de savoir si un travail d'intérêt général peut être prononcé à la place de la peine pécuniaire de 90 jours-amende. L'intimé est apte au travail et s'avère capable d'effectuer un travail d'intérêt général. Conformément à la jurisprudence ci-dessus, l'accord de l'intéressé étant donné, le travail d'intérêt général a la priorité sur la peine pécuniaire. Il n'existe aucun motif de déroger à celui-là en faveur de celle-ci, ce d'autant que l'effet préventif du travail d'intérêt général peut être déduit du début de résipiscence dont, notamment à dire de témoin, fait preuve l'intimé depuis sa libération au mois de mars 2010. Désormais, en effet, l'intéressé n'a plus commis d'infraction, s'occupe de sa fille récemment venue au monde, a changé de fréquentations et commence à s'engager dans l'exercice d'activités lucratives relativement soutenues. En outre, une peine pécuniaire serait, par la péjoration de la situation économique de l'auteur qu'elle implique, de nature à entraver sa réinsertion sociale sensiblement plus que ne le serait un travail d'intérêt général, qui ne restreint que les loisirs du condamné (cf. c. 7.3 ci-dessus). En d'autres termes, il n'existe pas de circonstances défavorables ou particulières à quelque égard que ce soit qui justifieraient impérativement une peine

pécuniaire. La peine prononcée doit donc revêtir la forme d'un travail d'intérêt général. Les conditions du sursis ne sont pas réunies au vu des lourds antécédents de l'intimé.

9.1 Le Parquet conclut en outre à ce que le délai d'épreuve assortissant le sursis accordé à l'intimé le 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne soit prolongé dans telle mesure que justice dira.

9.2 Aux termes de l'art. 46 CP, si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel. Il peut modifier le genre de la peine révoquée pour fixer, avec la nouvelle peine, une peine d'ensemble conformément à l'art. 49 CP. Il ne peut toutefois prononcer une peine privative de liberté ferme que si la peine d'ensemble atteint une durée de six mois au moins ou si les conditions prévues à l'art. 41 CP sont remplies (al. 1). S'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation du sursis. Il peut adresser au condamné un avertissement et prolonger le délai d'épreuve de la moitié au plus de la durée fixée dans le jugement. Il peut ordonner une assistance de probation et imposer des règles de conduite pour le délai d'épreuve ainsi prolongé. Si la prolongation intervient après l'expiration du délai d'épreuve, elle court dès le jour où elle est ordonnée (al. 2).

9.3 L'infraction ici en cause, soit l'escroquerie, a été commise durant le délai d'épreuve assortissant le sursis octroyé le 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne. Il s'agit d'un crime. La question de la révocation dudit sursis se pose donc. Cependant, comme l'espère le Parquet au bénéfice d'arguments solides, il n'y a pas lieu de prévoir que l'intimé commettra de nouvelles infractions, malgré les contraventions à la LStup perpétrées de manière récurrente jusqu'au 14 août 2009, soit jusqu'à son incarcération. En effet, comme déjà relevé, l'intéressé semble, depuis son élargissement, faire preuve de résipiscence et être relativement bien socialisé. La révocation du sursis doit dès lors

céder le pas à la prolongation du délai d'épreuve, ce toutefois pour la durée proportionnelle la plus élevée prévue par la loi, soit pour deux ans et demi, le délai d'épreuve initial étant de cinq ans. Il n'y a pas lieu à autres ou plus amples mesures (assistance de probation ou règles de conduite).

La prolongation du délai d'épreuve prend effet dès le jour du présent jugement (art. 46 al. 2 in fine CPP, précité).

10. L'appel doit donc être admis dans la mesure décrite ci-dessus.

11. Vu l'issue de la cause, les frais d'arrêt selon l'art. 424 CPP doivent être laissés à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 428 al. 1, 1^{ère} phrase, CPP). Outre l'émolument, ces frais comprennent l'indemnité d'office allouée à son conseil (cf. les art. 135 al. 2 et 422 al. 2 let. a CPP; art. 2 al. 2 ch. 1 TFJP). L'intervention du conseil et du stagiaire s'est limitée pour l'essentiel à la plaidoirie, en une débattue. Vu l'ampleur et la complexité de la cause, l'indemnité allouée au conseil d'office de l'intimé doit être fixée sur la base d'une durée d'activité de six heures pour l'avocate, par 180 fr. l'heure, TVA en sus, et d'une durée d'un peu moins de trois heures et demie pour l'avocate-stagiaire, par 110 fr. l'heure, TVA en sus également (cf. l'art. 135 al. 1 CPP; TF 2P.325/2003 du 6 juin 2006).

L'intimé ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
en application des art. 37 al. 1, 46 al. 2, 47, 146 al. 1 CP;
19a ch. 1 LStup; 398 ss CPP,
prononce en audience publique :

- I. L'appel déposé le 16 février 2011 par le Ministère public est admis.

- II. Le jugement rendu par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne le 2 février 2011 est modifié en ce sens que son dispositif est le suivant :

«I. Libère N._____ des infractions de lésions corporelles simples, abus de confiance et vol.

II. Condamne N._____, pour escroquerie et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants, à la peine de 360 (trois cent soixante) heures de travail d'intérêt général, ainsi qu'à une amende de 300 (trois cents) francs, et dit qu'en cas de non paiement de l'amende, la peine privative de liberté de substitution sera de 30 (trente) jours.

III. Renonce à révoquer les sursis accordés à N._____ les 14 avril 2005 et 6 juin 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne, mais prolonge le délai d'épreuve du sursis accordé le 6 juin 2007 de deux ans et demi.

IV. Prend acte des conventions passées avec K._____ et [...] pour valoir jugements.

V. Ordonne la confiscation et la destruction de la drogue séquestrée sous fiche 45172.

VI. *Met la moitié des frais de justice, soit 1'716 fr. 65, à la charge de N._____, dont 3'103 fr. 70 d'indemnité à son conseil d'office et laisse le solde à la charge de l'Etat, notamment 1'259 fr. 30 d'indemnité au conseil d'office de [...].*

VII. *Dit que l'indemnité due à son conseil d'office ne sera exigible de N._____ que pour autant que sa situation financière le permette».*

III. Les frais de la procédure d'appel, par 4'036 fr. 80 (quatre mille trente six francs et huitante centimes), comprenant l'indemnité allouée au conseil d'office de l'intimé, par 1'576 fr. 80 (mille cinq cent septante six francs et huitante centimes), TVA comprise, sont mis à la charge de ce dernier.

IV. Le remboursement de l'indemnité versée au conseil d'office ne pourra être exigée que si la situation financière de l'intimé s'améliore.

V. Le jugement est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Ministère public central,
- Me Regina Andrade Ortuno (pour N._____),

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- Ministère public de la Confédération,
- Ministère public de l'arrondissement de Lausanne,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :