

## Art. 91 al. 2 LCR, infraction unique ou concours ?

Alexandre Schaufelberger (MLaw student, Université de Fribourg)

Vor kurzem befasste sich das BGer erstmals mit der Konkurrenz zwischen dem Fahren in qualifiziertem Zustand der Angetrunkenheit (Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG) und dem Fahren in einem Zustand der Fahruntfähigkeit aus anderen Gründen (Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG). Durch seine wörtliche Auslegung gelangte das BGer zu dem Schluss, dass diese beiden Buchstaben zwei Straftaten darstellen und eine Realkonkurrenz bilden. Durch eine historisch-teleologische und systemische Auslegung kommt der Autor zu einem gegenteiligen Schluss, indem er festhält, dass Art. 91 Abs. 2 SVG nur eine Straftat bildet. Eine Konkurrenz ist daher nicht möglich.

### Introduction

Le concours entre certaines infractions peut faire l'objet de vifs débats. C'est particulièrement le cas entre la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 al. 2 let. a LCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons (art. 91 al. 2 let. b LCR). C'est en interprétant ces deux normes que le juge pourra déterminer s'il y a un concours au sens de l'art. 49 CP.

Dans l'ATF 147 IV 225, le TF a récemment tranché en faveur d'un concours entre les lettres a et b de l'art. 91 al. 2 LCR. L'étendue de notre discussion se limite au droit pénal général. Nous n'exposerons que la théorie juridique sur le concours (*infra* I) et la relation avec cet arrêt (*infra* II). Il ne sera donc pas question de traiter, dans le détail, des éléments constitutifs des deux infractions, car ceux-ci relèvent du droit pénal spécial. Néanmoins, ils seront présentés dans les limites de ce qui est nécessaire à notre argumentation.

## I. Théorie juridique

### A. Types de concours

La doctrine distingue le concours parfait du concours imparfait<sup>1</sup>. Il y a concours parfait entre deux ou

plusieurs infractions dès que l'auteur réalise les éléments constitutifs de plusieurs infractions<sup>2</sup>. Il s'agit de la seule circonstance aggravante de la partie générale du CP<sup>3</sup>. Elle s'applique également aux infractions de la partie spéciale du CP et du droit pénal accessoire<sup>4</sup>.

Le concours parfait peut être idéal ou réel<sup>5</sup>. Le TF parle de concours idéal lorsque, par un seul ou plusieurs actes formant une unité d'action, l'auteur réalise plusieurs comportements punissables<sup>6</sup>. Tel est, par ex., le cas entre la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et les actes d'ordre sexuel avec les enfants (art. 187 CP) puisqu'ils ne protègent pas le même bien juridique<sup>7</sup>. Il y a un concours réel lorsque, par plusieurs actes distincts, l'auteur réalise plusieurs infractions<sup>8</sup>.

Cette distinction n'a toutefois que peu d'importance pratique, car, dans les deux cas, les conséquences sont les mêmes<sup>9</sup>.

Il y a concours imparfait (ou concours apparent de lois) dès que plusieurs énoncés de faits légaux semblent s'appliquer à un ou plusieurs actes formant une unité d'action mais qu'une seule disposition s'applique<sup>10</sup>. En soi, ce n'est pas un véritable concours puisqu'une

Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1083.

<sup>2</sup> J. ACKERMANN, art. 49 CP, in : M. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar – Strafrecht, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019, N 6 (cité : BSK StGB-ACKERMANN, art.) ; M. KILLIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2016, N 1103.

<sup>3</sup> M. DUPUIS et al. (édit.), Petit commentaire – Code pénal, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, art. 49 CP, N 3 (cité : PC CP, art.).

<sup>4</sup> BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49, N 6.

<sup>5</sup> N. QUELOZ/P. MEYLAN, Droit pénal suisse, Partie générale – Guide pour les études, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 166.

<sup>6</sup> ATF 133 IV 297, c. 4.1 ; S. TRECHSEL/M. SEELMAN, art. 49 CP, in : S. Trechsel/M. Pieth (édit.), Praxiskommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2021, N 1 (cité : PK StGB-TRECHSEL/SEELMAN, art.).

<sup>7</sup> ATF 124 IV 154, c. 3.a, JdT 2000 IV 134.

<sup>8</sup> ATF 133 IV 297, c. 4.1 ; D. STOLL, art. 49 CP, in : L. Moreillon et al. (édit.), Commentaire romand – Code pénal I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2021, N 7 (cité : CR CP I-STOLL, art.).

<sup>9</sup> BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49 CP, N 49 ; PC CP (n. 3), art. 49 CP, N 14.

<sup>10</sup> PK StGB-TRECHSEL/SEELMAN (n. 6), art. 49 CP, N 2.

<sup>1</sup> J. HURTADO POZO/T. GODEL, Droit pénal général, 3<sup>e</sup> éd.,

seule norme pénale sera retenue<sup>11</sup>. L'art. 49 al. 1 CP ne s'appliquera donc pas<sup>12</sup>. Il ne s'agit que d'un problème d'interprétation<sup>13</sup>.

Les principes d'interprétation tels que les principes de la spécialité, de l'absorption ou encore de la subsidiarité aident à déterminer s'il y a concours au sens de l'art. 49 CP ou pas<sup>14</sup>. Le principe de spécialité veut que la norme spéciale s'applique, à l'exclusion de la norme générale<sup>15</sup>. L'énoncé de fait légal spécial contient, en plus de tous les éléments constitutifs compris dans la disposition générale, un élément constitutif particulier<sup>16</sup>. Tel est notamment le cas entre l'art. 111 CP et les art. 112 ss CP (art. 111 *in fine* CP)<sup>17</sup>. Le principe de subsidiarité s'applique lorsque deux infractions répriment le même comportement mais l'une n'est applicable que si l'autre ne l'est pas<sup>18</sup>. Ce rapport de subsidiarité peut découler de la loi ou de son interprétation<sup>19</sup>. Par ex. la filouterie d'auberge (art. 149 CP) est subsidiaire à l'escroquerie (art. 146 CP)<sup>20</sup>. Le principe de l'absorption exclut l'application d'une norme pénale lorsque tous ses éléments constitutifs se trouvent dans une autre norme<sup>21</sup>. Tel est le cas du brigandage (art. 140 CP) qui absorbe la contrainte (art. 181 CP) et le vol (art. 139 CP)<sup>22</sup>.

## B. Unité d'action

Il y a une unité d'action lorsque le juge peut regrouper plusieurs actes séparés en un tout<sup>23</sup>. Si la norme pénale présuppose, dans les faits ou la typicité, la réalisation de plusieurs actes distincts, on retient une unité juridique d'action<sup>24</sup>. Dans le cas contraire, il faudra déterminer si les actes relèvent d'une décision unique et apparaissent objectivement comme un fait unique

en raison de leur lien étroit dans l'espace et le temps<sup>25</sup>. Le TF parle alors d'une unité naturelle d'action<sup>26</sup>.

## II. Application de la loi

### A. Raisonnement du TF

Dans l'ATF 147 IV 225, le TF a retenu un concours parfait entre la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 al. 2 let. a LCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons, *in casu* un état de fatigue avancée (art. 91 al. 2 let. b LCR)<sup>27</sup>. Il a donc nécessairement retenu que les deux lettres constitueraient deux infractions distinctes (*supra* I/A).

Par son interprétation littérale de l'art. 91 al. 2 LCR, le TF a constaté que la lettre a visait uniquement l'alcool alors que la lettre b couvrait toutes les autres causes d'incapacité de conduire, à l'exclusion de l'alcool<sup>28</sup>. Il a donc estimé que les deux dispositions se complétaient et s'excluaient. En conséquence, l'une ne peut pas absorber l'autre ou ne peut pas être une *lex specialis*. Il en a conclu que les principes de spécialité et d'absorption ne pouvaient pas s'appliquer<sup>29</sup>. En revanche, les juges de Mon-Repos ne se sont pas exprimés sur un éventuel rapport de subsidiarité.

Le TF rajoute que les deux infractions ont toujours été distinguées dans les multiples versions de la LCR en figurant dans deux articles, alinéas ou lettres différents<sup>30</sup>. Il retient encore que ces deux infractions relèvent de deux comportements distincts découlant de deux volontés distinctes<sup>31</sup>. Une unité d'action serait donc impossible et on retiendrait forcément un concours réel (*supra* I/A et I/B). Pour appuyer sa position, le TF mentionne un arrêt du TC-SZ de 1988 et un du TPF ; ce dernier se limite à un renvoi à la position de JEANNERET<sup>32</sup>. Celui-ci retient un concours entre les art. 91 al. 2 let. a et b LCR<sup>33</sup>.

<sup>11</sup> CR CP I-STOLL (n. 8), art. 49 CP, N 50.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1049.

<sup>14</sup> KILLIAS/KUHN/DONGOIS (n. 2), NN 1111 et 1115.

<sup>15</sup> QUELOZ/MEYLAN (n. 5), p. 167.

<sup>16</sup> ATF 135 IV 152, c. 2.1.2.

<sup>17</sup> BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49, N 57 ; HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1057.

<sup>18</sup> CR CP I-STOLL (n. 8), art. 49, N 50.

<sup>19</sup> BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49 CP, NN 52 et 57 s. ; HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1061.

<sup>20</sup> ATF 125 IV 124, c. 2.c, JdT 2001 IV 6.

<sup>21</sup> CR CP I-STOLL (n. 8), art. 49 CP, N 52.

<sup>22</sup> KILLIAS/KUHN/DONGOIS (n. 2), N 1114.

<sup>23</sup> HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1039.

<sup>24</sup> TF, arrêt du 6.3.2019, 6B\_783/2018, c. 1.5 ; PC CP (n. 3), art. 49 CP, N 9.

<sup>25</sup> PC CP (n. 3), art. 49 CP, N 9 ; PK StGB-TRECHSEL/SEELMAN (n. 6), art. 49 CP, N 3.

<sup>26</sup> ATF 133 IV 256, c. 4.5.3, non publié au JdT.

<sup>27</sup> ATF 147 IV 225, c. 1.7.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem* ; voir ég. EGV-SZ, JdT 1989 I 727 ; TPF, arrêt du 6.10.2016, SK.2015.43, c. 7.1.3.

<sup>33</sup> Y. JEANNERET, art. 91 LCR, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR) du 19 décembre 1958, Berne 2007, N 138.

## B. Critique de l'arrêt

Dans son arrêt, le TF a rappelé, qu'avant le 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la nouvelle LCR, la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 aLCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons (art. 90 aLCR) se trouvaient dans deux articles différents. En se référant à l'arrêt du TC-SZ, il a laissé entendre que ce régime s'appliquait toujours, alors que les deux dispositions ont entre-temps été regroupées dans le même alinéa de l'art. 91 LCR. De manière surprenante, les juges de Mon-Repos n'ont pas cherché à établir plus précisément la volonté du législateur lors de la modification de 2005 et ne semblent pas avoir prêté attention à l'interprétation téléologique de la disposition.

La modification de 2005 de l'art. 91 LCR découle de la prise de conscience des effets que peuvent avoir d'autres causes, telles que les stupéfiants, sur la capacité de conduire<sup>34</sup>. Il ressort du message du CF que le but du législateur était de traiter de manière égalitaire les personnes conduisant en état d'ébriété qualifiée et celles en incapacité de conduire pour d'autres raisons, estimant que ces personnes « devraient toutefois être traitées de la même façon »<sup>35</sup>. Par ailleurs, au 1<sup>er</sup> janvier 2005, la note marginale de l'art. 91 LCR est passée de « Conducteurs pris de boisson » à « Conducteurs se trouvant dans l'incapacité de conduire ».

Il est aussi intéressant de relever que la formulation du titre marginal a une nouvelle fois été modifiée au 1<sup>er</sup> janvier 2014 pour passer à « Conduite malgré une incapacité et violation de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool » pour s'adapter ainsi à la restructuration formelle de l'art. 91 LCR distinguant la violation de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (art. 91 al. 1 LCR) et la conduite en incapacité de conduire, à laquelle est intégrée l'état d'ébriété qualifiée, (art. 91 al. 2 LCR)<sup>36</sup>. Le législateur a ainsi voulu sanctionner, d'une part, l'ébriété au volant et, d'autre part, l'incapacité de conduire, en y

assimilant expressément l'état d'ébriété qualifiée. Il a sorti de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (art. 91 al. 1 LCR) le cas d'une ébriété qualifiée qu'il intègre ainsi aux causes d'incapacité de conduire (art. 91 al. 2 LCR). Avec ces deux modifications successives de l'art. 91 LCR et le message du CF, nous pouvons conclure que le législateur a assimilé plutôt que distingué.

Le bien juridique protégé par l'art. 91 LCR est la sécurité routière<sup>37</sup>. Indirectement, il protège aussi la vie, l'intégrité physique et le patrimoine des autres usagers<sup>38</sup>. Ces biens juridiques sont protégés contre un danger abstrait créé par un conducteur au volant incapable de conduire, peu importe la cause de cette incapacité<sup>39</sup>. L'auteur n'a, momentanément, pas la capacité physique et psychique pour conduire de manière sûre un véhicule mais prend quand même le volant<sup>40</sup>. Il n'a plus la faculté de réagir face aux situations imprévues<sup>41</sup>. Ce n'est toutefois pas la cause qui crée le danger abstrait mais bien le fait de conduire un véhicule en état d'incapacité, quelle qu'en soit la cause. Comme le disent certains auteurs, les causes de l'incapacité ne sont, dans la disposition pénale actuelle, que des éléments secondaires<sup>42</sup>.

Selon nous, l'art. 91 al. 2 LCR ne forme qu'un énoncé de fait légal. Un concours parfait serait alors impossible, car il n'y aurait qu'une infraction. L'incapacité de conduire peut être la conséquence d'une ou plusieurs causes. Est tout aussi incapable de conduire celui qui présente un état d'ébriété qualifiée que celui qui a ingurgité trop de médicaments ou qui présente

<sup>34</sup> Message du 31 mars 1999 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière (LCR), FF 1999 IV p. 4106 ss, p. 4116 s. (cité : CF, Message modification LCR).

<sup>35</sup> *Idem*, p. 4117.

<sup>36</sup> Message du 20 octobre 2010 concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, FF 2010 p. 7703 ss, p. 7770 (cité : CF, Réforme Via sicura) ; S. FAHRNI/S. HEIMGARTNER, art. 91 LCR, in : M. Niggli/T. Probst/B. Waldmann (édit.), Basler Kommentar – Strassenverkehrsgesetz, Bâle 2014, N 5 (cité : BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER, art.).

<sup>37</sup> ATF 137 IV 326, c. 3.6, JdT 2012 IV 279.

<sup>38</sup> ATF 138 IV 258, c. 3.1 ss, 4.1 et 4.3, JdT 2013 IV 214 ; BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER (n. 37), art. 91 LCR, N 6.

<sup>39</sup> A. NIGGLI/G. FIOKA, Fahren in fahruntfähigem Zustand : Voraussetzungen, Konsequenzen, Erfahrungen, in : F. Werro/T. Probst (édit.), Strassenverkehrsrechtstagung 10-11 Juni 2010, Berne 2010, p.81 ss, p. 85 ; N. QUELOZ/A. ZIEGLER, La conduite en état d'incapacité : une cible d'action prioritaire pour la sécurité routière, in : F. Werro/T. Probst (édit.), Journées du droit de la circulation routière 7-8 juin 2010, Berne 2010, p. 116 ss, p. 122.

<sup>40</sup> BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER (n. 37), art. 91 LCR, N 1 ; JEANNERET (n. 33), art. 91 LCR, N 3.

<sup>41</sup> NIGGLI/FIOKA (n. 40), p. 87 s.

<sup>42</sup> B. CORBOZ, art. 91 LCR, Les infractions en droit suisse, Vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, N 51 ; BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER (n. 37), art. 91 LCR, N 65 ; G. FIOKA/N. LAUPER, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B\_1429/2020 vom 8. April 2021, A. gegen Generalstaatsanwaltschaft (MPc) des Kantons Waadt, Fahren in fahruntfähigem Zustand, Strafzumessung, Konkurrenzen, PJA 9/2021 p. 1207 ss, p. 1212.

un état de fatigue prononcé. Il n'est pas plus incapable de conduire en cas de cumul de causes d'incapacité. Le juge va naturellement apprécier la faute avec davantage de sévérité plus l'état d'ébriété est grave tout comme il pourra le faire s'il y a cumul de causes. La culpabilité de l'auteur sera plus lourde, car sa faute sera d'autant plus grave (art. 47 al. 2 CP)<sup>43</sup>. En revanche, le cumul de causes incapacitantes ne devrait pas entraîner une aggravation de peine.

## Conclusion

Dans l'ATF 147 IV 225, le TF a retenu un concours parfait entre les art. 91 al. 2 let. a et 91 al. 2 let. b LCR. Il a estimé que chaque lettre de l'art. 91 al. 2 LCR relevait d'un comportement distinct découlant d'une volonté délictuelle distincte pour retenir deux infractions. Il a donc appliqué les principes de l'aggravation et du cumul de peines (art. 49 al. 1 CP).

Selon nous, l'application du principe de l'aggravation faite par le TF dans cette affaire serait contraire au droit fédéral, car il n'aurait pas pris en compte l'évolution législative ni le véritable comportement incriminé par l'art. 91 al. 2 LCR. Il n'aurait dû retenir qu'une conduite malgré une incapacité de conduire et donc qu'une infraction ; il n'y aurait alors pas de concours.

Avec l'évolution des sciences et des moyens de preuve, il sera plus facile de déceler d'autres causes d'incapacité de conduire, telles que les mélanges médicamenteux, souvent cumulés avec l'alcool et la fatigue. La question du concours entre la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 al. 2 let. a LCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons (art. 91 al. 2 let. b LCR) pourrait donc se poser plus fréquemment. Il nous paraît donc nécessaire que le TF revoie sa position pour la rendre conforme à la LCR.

---

<sup>43</sup> QUELOZ/MEYLAN (n. 5), p. 150.