



6B_1520/2022

Arrêt du 5 septembre 2023

Ire Cour de droit pénal

Composition
Mmes et M. les Juges fédéraux
Jacquemoud-Rossari, Présidente,
Denys et van de Graaf.
Greffier : M. Vallat.

Participants à la procédure
A. _____,
représenté par Me Jean-Luc Addor, avocat,
recourant,

contre

Ministère public central du canton du Valais, rue des Vergers 9, case postale, 1950 Sion 2,
intimé.

Objet
Quotité de la peine; révocation du sursis (infraction
à la LStup); arbitraire,

recours contre le jugement du Tribunal cantonal
du canton du Valais, Cour pénale II,
du 17 novembre 2022 (P1 20 22).

Faits :

A.

Par jugement du 17 février 2020, le Tribunal du II e arrondissement pour le district de Sierre a notamment reconnu A. _____ coupable de violation [grave] de la LStup (art. 19 al. 1 let. b et c et 19 al. 2 let. c LStup; dispositif ch. 1). Le sursis octroyé par jugement du 29 mai 2018 a été révoqué (ch. 2). A. _____ a été condamné à une peine d'ensemble (art. 46 CP) privative de liberté de 36 mois sous déduction de 158 jours de détention avant jugement (ch. 3).

B.

Saisie d'appels émanant du condamné et du ministère public, par jugement du 17 novembre 2022, la Cour pénale II du Tribunal cantonal valaisan a rejeté le premier et partiellement admis le second. Après avoir constaté une violation du principe de célérité (dispositif ch. 1), elle a reconnu A. _____ coupable de violation grave de la loi fédérale sur les stupéfiants (art. 19 al. 1 let. b et c et 19 al. 2 let. c LStup; dispositif ch. 2). Le sursis assortissant la peine privative de liberté de 24 mois prononcée le 29

mai 2018 par le Juge III du district de Sierre a été révoqué (ch. 3) et A. _____ condamné à une peine d'ensemble (art. 46 al. 1 CP) privative de liberté de 48 mois, sous déduction de 158 jours de détention avant jugement (ch. 4). Ce jugement rendu sur appel, auquel on renvoie pour le surplus, statue par ailleurs sur le sort d'objets séquestrés ainsi que les frais et indemnités. Il repose, en bref, sur l'état de fait suivant.

B.a. A. _____ est né à U. _____ en 1984. Après une scolarité sans particularité, un apprentissage interrompu et quelques périodes de chômage entrecoupées de petits boulots temporaires (sous réserve de 2 années passées dans la même entreprise), il a exploité un café d'août 2017 à fin décembre 2018, obtenant un revenu mensuel net moyen de l'ordre de 3500 francs. Depuis sa remise en liberté le 19 avril 2019, il a travaillé 15 jours comme ouvrier agricole. Il a ensuite été engagé pour une durée indéterminée en qualité d'aide sableur. Son revenu mensuel net oscillait entre 6000 et 7000 francs. Depuis le 29 juillet 2022, il est en incapacité totale de travail et a indiqué lors des débats d'appel que son état de santé nécessitait une réorientation professionnelle.

Malgré le divorce de ses parents alors qu'il avait 11 ans, A. _____ a gardé des contacts réguliers avec tous les membres de sa famille. De son union avec B. _____, est issue une fille, C. _____, née en 2008. Peu après sa naissance, les époux se sont séparés et la garde de l'enfant a été attribuée dans un premier temps à la mère. Toutefois, vu la toxicomanie de celle-ci, l'enfant a été confiée dès 2016 à sa grand-mère paternelle. A. _____ entretient de bonnes relations avec sa fille et la voit régulièrement. Il vit depuis le 16 août 2019 à V. _____ dans une villa de 4,5 pièces avec la compagne qu'il fréquente depuis mai 2013.

B.b. Par jugement rendu le 29 mai 2018 par le Tribunal de district de Sierre, A. _____ a été reconnu coupable de vol, de vol en bande et par métier, de tentative de vol, de dommages à la propriété d'importance considérable, de menaces, de violation de domicile, de crime par métier contre la loi sur les stupéfiants et de conduite en état d'incapacité. Ce tribunal a prononcé une peine privative de liberté de 24 mois, sous déduction de 63 jours de détention préventive, avec sursis durant 4 ans. Des règles de conduite consistant à se soumettre à un traitement médico-psychiatrique approprié ainsi qu'à un contrôle de son abstinence ont été mises en place.

A la suite de ce dernier jugement, un plan d'assistance a été élaboré le 3 septembre 2018, qui mentionnait l'obligation pour A. _____ de faire preuve d'une conduite irréprochable, exempte de toute infraction, et de respecter les règles qui lui avaient été imposées. Selon le rapport psycho-criminologique établi le 15 février 2019 par l'Office des sanctions et des mesures d'accompagnement (ci-après: OSAMA), les contrôles d'abstinence effectués les 19 octobre, 28 novembre, 18 décembre 2018 ainsi que le 15 janvier 2019 se sont révélés positifs au THC. S'agissant du suivi psycho-légal, le rapport indique que l'intéressé est ponctuel, qu'il peut se montrer poli et collaborant, mais également vindicatif et passif-agressif, particulièrement lorsqu'il explique sa colère contre la justice qui a mis trop de temps pour mettre en place le suivi et contre les instances sociales qui ne l'ont pas aidé au moment où il en avait le plus besoin. En conclusion, s'étant montré sur la défensive lors des entretiens, retournant parfois les questions, parlant peu et de choses sans profondeurs, il ne s'était pas investi dans son suivi thérapeutique. Le risque de réitération d'actes délictueux se situait à un niveau modéré à élevé, eu égard aux antécédents judiciaires, à la rechute dans la consommation de cannabis, au discours ambivalent et passif-agressif face à la justice et aux autorités suggérant une opinion défavorable des règles et des contraintes, à la justification de ses actes par ses conditions de vie précaires, à son réseau social modéré et à sa récente inculpation pour crime contre la loi fédérale sur les stupéfiants, malgré une situation professionnelle stable et des relations positives avec son cercle familial restreint.

B.c. Quant aux stupéfiants, la cour cantonale a retenu que A. _____ avait remis à D. _____, du début 2016 au 15 janvier 2019, date de son interpellation, l'équivalent de 42,3 kilos de produits cannabiques, dont 3,3 kilos de haschisch, destinés en quasi-totalité à la revente. La marijuana était remise au précité au prix de 10 fr. le gramme et le haschisch à 8 fr. 25 le gramme. A. _____ avait dès lors réalisé un chiffre d'affaires de 417'225 fr. et un bénéfice de 88'725 francs.

De plus, il avait permis à E. _____ de se procurer 2 kilos de marijuana au prix coûtant de 5 fr. le gramme de janvier à août 2017, marchandise provenant de F. _____. Il avait également vendu à E. _____ 8 kilos de marijuana au prix de 6 fr. le gramme entre septembre et décembre 2017,

marchandise provenant de G._____, sans réaliser de bénéfice sur ces transactions, ces 10 kilos de marijuana représentant un chiffre d'affaires de 58'000 francs.

C.

Par acte du 21 décembre 2022, A._____ recourt en matière pénale au Tribunal fédéral. Il conclut, avec suite de frais et dépens des instances cantonale et fédérale, à la réforme de cette décision en ce sens que le sursis précédemment accordé ne soit pas révoqué et que la peine à prononcer pour les faits à juger en l'espèce soit entièrement absorbée par celle infligée le 29 mai 2018. A titre subsidiaire, il demande que soit fixée une peine privative de liberté d'ensemble dont la partie à exécuter (dont à déduire 158 jours de détention avant jugement) n'excède pas six mois et qui soit assortie du sursis pour le surplus.

D.

Invités à se déterminer sur cette écriture, le ministère public y a renoncé, cependant que la cour cantonale, en relevant des insuffisances dans la motivation du recours a implicitement conclu, par pli du 3 juillet 2023, à son rejet sur les questions du sursis et de la révocation du sursis. Ayant reçu communication de ces prises de position, le recourant a encore produit, sous pli du 28 août 2023, un rapport médical daté du même jour, portant sur son suivi au Centre de psychiatrie et psychothérapie H._____ à W._____ depuis le 10 avril 2023. Cette réplique a été communiquée à l'autorité précédente et à l'intimé.

Considérant en droit :

1.

La pièce produite sous pli du 28 août 2023 est nouvelle et porte sur des faits postérieurs à la décision attaquée. Elle est irrecevable dans le recours en matière pénale (art. 99 al. 1 LTF).

2.

Le recourant conteste les quantités de stupéfiants sur lesquelles ont porté son trafic ainsi que le bénéfice réalisé. Invoquant la présomption de son innocence (art. 10 CPP; art. 32 al. 1 Cst.; art. 14 Pacte ONU II et art. 6 par. 2 CEDH), il objecte que les mêmes éléments avaient été arrêtés plus favorablement dans le jugement de première instance (qui ne prêterait pas le flanc à la critique), en application du principe *in dubio pro reo* ainsi que sur la base de ses propres déclarations du 13 février 2019 et celles de son principal revendeur du 5 février 2019. Les quantités avouées ne seraient que des estimations et, d'expérience, un prévenu qui espère être relaxé serait enclin à admettre plus facilement les récapitulatifs de police. Quant aux considérants du jugement entrepris, ils n'apporteraient aucun élément concret de nature à justifier l'augmentation des quantités et du bénéfice finalement retenus.

2.1. Ainsi articulé, ce moyen méconnaît que, saisie notamment d'un appel du ministère public portant sur ces questions de fait, la cour cantonale était appelée à se prononcer sur ce point (art. 404 al. 1 CPP), soit en l'absence de vice de procédure à rendre un nouveau jugement (art. 408 et 409 CPP) avec plein pouvoir d'examen (art. 398 al. 2 CPP) et sans être tenue par l'interdiction de la *reformatio in pejus*. Elle n'était dès lors pas contrainte de justifier plus précisément une éventuelle différence entre sa décision et celle de première instance qu'en motivant sa propre appréciation des preuves, laquelle est exposée de manière détaillée dans la décision querellée (consid. 5 ss p. 9 à 13). Le grief est infondé sous cet angle.

2.2. Il suffit dès lors de rappeler que dans le recours en matière pénale, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la décision entreprise (art. 105 al. 1 LTF), sous les réserves découlant des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de l'arbitraire dans la constatation des faits (sur cette notion, v. [ATF 146 IV 88](#) consid. 1.3.1). Il en va ainsi notamment du contenu de la pensée ([ATF 142 IV 137](#) consid.12; [135 IV 152](#) consid. 2.3.2). Le principe *in dubio pro reo*, n'a pas de portée plus large que l'art. 9 Cst. lorsqu'il est invoqué à l'appui de telles critiques ([ATF 146 IV 88](#) consid. 1.3.1; [145 IV 154](#) consid. 1.1). Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs ainsi que, de manière plus générale, tous ceux qui relèvent de la violation de droits fondamentaux, que s'ils sont invoqués et motivés par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), soit s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ([ATF 147 IV 73](#) consid. 4.1.2; [146 IV 88](#) consid. 1.3.1; [145 IV 154](#) consid. 1.1).

Dans cette perspective, la seule circonstance que la cour cantonale ne soit pas parvenue à la même conclusion en appréciant le résultat de l'administration des mêmes preuves (déclarations du recourant, ses aveux notamment, et les explications de son revendeur attiré), selon les mêmes principes (*in dubio pro reo*), que l'autorité de première instance, ne démontre pas encore que son appréciation serait insoutenable. Pour le surplus, qu'un prévenu soit enclin, dans certaines circonstances, à admettre plus facilement les faits tels qu'ils ont pu être établis par la police ne permet pas encore de conclure que de tels aveux porteraient sur des quantités de stupéfiants ou un bénéfice supérieurs à la réalité. L'argumentaire du recourant n'impose donc pas au Tribunal fédéral de s'écarter des constatations de fait opérées souverainement par la cour cantonale, ce qui conduit au rejet du grief.

3.

Le recourant reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral en refusant d'appliquer l'art. 49 CP. Il relève que, s'agissant d'un trafic réalisé de début 2016 au 15 janvier 2019, il y aurait bel et bien un concours rétrospectif par rapport aux faits jugés le 29 mai 2018. On ne verrait pas non plus pourquoi la circonstance aggravante du métier devrait exclure toute possibilité que la peine d'ensemble infligée le 17 novembre 2022 puisse être entièrement absorbée par celle prononcée le 29 mai 2018, compte tenu notamment de la violation du principe de célérité retenue.

3.1. Selon l'art. 49 al. 2 CP, si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement. Cette disposition permet de garantir l'application du principe d'aggravation contenu à l'art. 49 al. 1 CP également en cas de concours rétrospectif (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.1; 141 IV 61 consid. 6.1.2; arrêts 6B_690/2021 du 28 mars 2022 consid. 3.1; 6B_884/2018 du 5 février 2019 consid. 1.1; cf. ATF 145 IV 1 consid. 1.3).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a été amené à examiner l'application de cette disposition dans l'hypothèse d'infractions par métier en concours rétrospectif partiel. Aux termes de ce précédent, si le juge estime que l'auteur doit être condamné pour escroquerie par métier en raison d'une pluralité d'actes visés par l'art. 146 CP, le fait que certains ont été commis avant une précédente condamnation ne saurait conduire à remettre en cause leur qualification juridique, par exemple en considérant qu'ils ne suffiraient pas, pour eux-mêmes, à fonder une aggravante du métier. Il convient donc, en matière de fixation de la peine, d'appréhender une infraction d'escroquerie par métier comme un tout. En cas de concours rétrospectif partiel, il se justifie d'insérer une telle infraction dans le groupe de celles dans lequel prend place le dernier acte d'escroquerie retenu. De la sorte, si un auteur a commis plusieurs escroqueries - justifiant l'application de l'art. 146 al. 2 CP - entrecoupées par une condamnation indépendante, l'intéressé doit uniquement se voir condamné pour escroquerie par métier et l'art. 49 al. 2 CP ne trouve pas application. Il n'y a pas lieu, dans une telle configuration, de condamner l'auteur dans un premier temps pour les escroqueries - cas échéant par métier - commises antérieurement à la condamnation précédente puis, dans un second temps, pour celles - cas échéant par métier - commises postérieurement à celle-ci (ATF 145 IV 377 consid. 2.3.3).

En l'espèce, c'est bien conformément à cette jurisprudence qu'a procédé la cour cantonale, qui a retenu la qualification du métier eu égard au bénéfice réalisé et aux quantités vendues sur toute la période d'activité du recourant (jugement entrepris, consid. 6.2), avant d'écarter les règles sur le concours rétrospectif précisément parce que la circonstance aggravante du métier était retenue (consid. 7.3.1). Le recourant, assisté d'un avocat, ne discute d'aucune manière cette jurisprudence et n'avance aucun élément qui imposerait de la réexaminer. Il n'explique pas non plus ce qui devrait en exclure l'application en l'espèce. Ses développements ne démontrent donc pas en quoi le droit fédéral aurait été violé.

De surcroît, le reproche d'avoir mal appliqué l'art. 49 al. 2 CP est vain pour un autre motif. En effet, après avoir révoqué le sursis octroyé au recourant le 29 mai 2018, la cour cantonale a jugé qu'une peine d'ensemble devait être prononcée en application de l'art. 46 al. 1 CP, ce qui entraînait l'application par analogie de l'art. 49 CP. Cette disposition a donc bien été appliquée en l'espèce, fût-ce *mutatis mutandis*, et le renvoi de la première norme à la seconde doit précisément assurer que la peine d'ensemble à prononcer en application de l'art. 46 al. 1 CP n'aboutisse pas au prononcé d'une sanction plus sévère que si tous les faits avaient été jugés simultanément (art. 49 al. 2 CP). Or, selon la jurisprudence, pour fixer une telle peine d'ensemble, il convient, comme l'a fait la cour cantonale en

l'espèce, de partir de la nouvelle peine à fixer, puis de l'augmenter par application analogique du principe de l'aggravation en raison de la peine révoquée (ATF 145 IV 146 consid. 2.4). Étant relevé que cette manière de procéder exclut de considérer que la peine afférente aux infractions jugées en l'espèce, soit entièrement absorbée par celle infligée le 29 mai 2018, on ne voit pas en quoi la cour cantonale aurait violé le droit fédéral. En définitive, seuls doivent encore être examinés les questions du sursis, de la révocation du sursis et le point de savoir si la peine d'ensemble répond aux exigences de l'art. 47 CP.

3.2. On peut renvoyer, quant aux principes généraux pertinents en matière de fixation de la peine, aux arrêts topiques (ATF 142 IV 137 consid. 9.1; 141 IV 61 consid. 6.1.1).

3.2.1. Le recourant reproche à la cour cantonale de n'avoir pas pris en considération l'effet de la sanction à prononcer sur son avenir. Il souligne n'avoir plus commis d'infractions contre le patrimoine depuis son incarcération de 2019. Par rapport à 2018, tout indiquerait qu'il se serait rangé, n'ayant plus occupé ni la police ni la justice et sa vie étant stable tant sur les plans privé que professionnel. Il aurait ainsi compris et l'intérêt à punir aurait sensiblement diminué. Il aurait, de même, essayé d'aider la police à combattre un trafic de drogue de plus grande ampleur que celui pour lequel il aurait été condamné et se serait aussi "approché de la Section des stupéfiants de la Police judiciaire valaisanne", ce qui démontrerait sa rupture avec le milieu. Le trafic reproché, portant sur des drogues dites "douces" serait, sans en minimiser les quantités retenues, "bien loin d'un trafic d'importance" compte tenu du nombre de protagonistes et ne justifierait pas de le renvoyer en prison, au risque de ruiner sa vie professionnelle et de laisser seule sa fille adolescente, avec l'unique soutien de plus en plus fragile de sa grand-mère. La réduction de la quotité de la sanction accordée en raison de la violation du principe de célérité serait, enfin, insignifiante.

3.2.2. Ces développements reposent, en grande part sur des faits que ne constate pas la décision querellée, sans que le recourant expose en quoi la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire en omettant de les mentionner. Cette argumentation essentiellement appellatoire est irrecevable dans le recours en matière pénale. Il en va ainsi, en particulier dans la mesure où le recourant affirme qu'il "aurait compris" (question de fait; v. *supra* consid. 2.2), la cour cantonale ayant, au contraire, retenu que la propension du recourant à se chercher des excuses et à rejeter la faute sur les autres, en particulier la justice et les instances sociales, permettait de douter d'une réelle prise de conscience (jugement entrepris, consid. 7.3.2 p. 16). On peut se limiter à relever que l'allégation du recourant selon laquelle il aurait aidé la police à démanteler un important trafic de cocaïne paraît ne ressortir que d'une demande de mise en liberté, formulée sans passer par son avocate d'alors et que le recourant a ensuite retirée (dossier cantonal, p. 160 s.). Rien n'indique qu'il aurait réitéré ces affirmations en procédure et il ne le soutient pas. A supposer l'allégation recevable dans le recours en matière pénale (art. 99 al. 1 LTF), on ne saurait, de toute manière, reprocher à la cour cantonale d'être tombée dans l'arbitraire en ne mentionnant pas spécifiquement cette circonstance dont la preuve n'est manifestement pas rapportée.

3.2.3. La cour cantonale n'a, par ailleurs, ni ignoré que le recourant n'avait plus été inquiété par la police depuis sa libération au mois d'avril 2019 (jugement entrepris, consid. 8.2.2 p. 17) ni occulté le souci manifesté par l'intéressé de s'occuper de l'éducation de sa fille à un moment charnière de la formation de celle-ci, mais elle a constaté que, malgré cette présence, le recourant avait sciemment pris le risque de s'adonner à une activité illicite qui pouvait le conduire à purger une peine de prison de plusieurs années et qu'il ne s'était donc guère soucié de l'exemple éducatif qu'il donnerait à l'adolescente (jugement entrepris, consid. 7.3.2 p. 15). Il suffit de rappeler qu'il est inévitable que l'exécution d'une peine ferme d'une certaine durée ait des répercussions sur la vie personnelle et professionnelle du condamné et que de telles conséquences, qui ressortissent plutôt à la problématique de la sensibilité à la sanction, ne peuvent conduire à une réduction de la peine qu'autant qu'elles sont extraordinaires (cf. parmi d'autres: arrêts 6B_1441/2021 du 28 septembre 2022 consid. 1.4; 6B_1361/2021 du 25 août 2022 consid. 3.3; 6B_1403/2021 du 9 juin 2022 consid. 5.6). Or, le recourant ne démontre pas en quoi tel serait le cas en l'espèce.

3.2.4. La cour cantonale a également indiqué qu'elle prenait en considération la violation du principe de célérité parce que plus de deux années s'étaient écoulées depuis le jugement de première instance (jugement entrepris, consid. 7.3.3 p. 16). Cette violation n'apparaissant pas particulièrement crasse, la réduction - non négligeable - de 8 mois opérée sur la durée de la peine privative de liberté n'apparaît pas procéder d'un abus de son pouvoir d'appréciation.

3.2.5. Il résulte de ce qui précède que les reproches formulés par le recourant quant à la quotité de la peine qui lui a été infligée pour sanctionner les faits jugés en l'espèce, sont infondés. On peut se limiter, en renvoyant à la motivation de la décision querellée (art. 109 al. 3 LTF), qui ne prête pas le flanc à la critique, à relever qu'indépendamment de la nature prétendument " douce " des stupéfiants sur lesquels a porté le trafic du recourant, celui-ci s'est rendu coupable de violation grave de la loi sur les stupéfiants au sens de l'art. 19 al. 2 let. c LStup, compte tenu d'un chiffre d'affaires équivalant à plus de 4 fois la limite jurisprudentielle y relative et plus de 8 fois le gain déterminant (100'000 fr. de chiffre d'affaires ou 10'000 fr. de gain; [ATF 129 IV 188](#) consid. 3.1, 253 consid. 2.2). Son activité délictuelle s'est, par ailleurs, développée sur plusieurs années à un rythme mensuel et ce lors même qu'une instruction pénale était en cours pour des faits antérieurs. Elle n'a pris fin qu'en raison de l'arrestation du recourant, lequel a agi exclusivement par appât du gain alors qu'il obtenait des revenus licites de l'exploitation de son café (jugement entrepris, consid. 7.3.2 p. 15). Même si le trafic n'avait pas d'envergure internationale et paraît avoir reposé sur un nombre restreint de personnes, tout ce qui précède témoigne d'une énergie criminelle non négligeable et d'une faute relativement lourde au regard desquelles la peine infligée (28 mois de privation de liberté compte tenu de 8 mois déduits au titre de la violation du principe de célérité), qui demeure dans les premiers échelons des sanctions entrant en considération pour une infraction qualifiée en matière de stupéfiants (1 à 20 ans; art. 19 al. 2 LStup en corrélation avec l'art. 40 al. 2 CP) n'apparaît, pour le moins, pas procéder d'un abus du pouvoir d'appréciation étendu dont disposait la cour cantonale.

4.

Quant au sursis, comme la cour cantonale l'a relevé à juste titre, son octroi supposait l'existence de circonstances particulièrement favorables, compte tenu de la condamnation du 29 mai 2018 (art. 42 al. 2 CP). Le recourant renvoie à ses développements relatifs à la peine, on peut se limiter à relever que, dans la mesure où ces explications ne sont pas irrecevables (v. *supra* consid. 3.2.1 ss), elles ne démontrent, en tout cas, pas l'existence de circonstances particulièrement favorables imposant l'octroi du sursis nonobstant la récidive spéciale. Cela conduit au rejet du grief dans la mesure de sa recevabilité, sans toutefois trancher définitivement la question du sursis, en tant que celle-ci est connexe à celle de la révocation du précédent sursis accordé (v. *infra* consid. 5).

5.

Enfin, le recourant, toujours en renvoyant aux mêmes développements, soutient qu'ils imposeraient de renoncer à révoquer le sursis précédemment octroyé.

5.1. On renvoie à ce qui a déjà été exposé quant à l'argumentaire du recourant (v. *supra* consid. 3.2.1 ss).

5.2. Aux termes de l'art. 46 al. 1 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. Selon l'art. 46 al. 2 1re phrase CP, s'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation.

La commission d'un crime ou d'un délit durant le délai d'épreuve n'entraîne pas nécessairement une révocation du sursis. Celle-ci ne se justifie qu'en cas de pronostic défavorable, à savoir lorsque la nouvelle infraction laisse entrevoir une réduction sensible des perspectives de succès de la mise à l'épreuve ([ATF 134 IV 140](#) consid. 4.2 et 4.3). Par analogie avec l'art. 42 al. 1 et 2 CP, le juge se fonde sur une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce pour estimer le risque de récidive ([ATF 134 IV 140](#) consid. 4.4; arrêts [6B_1311/2021](#) du 22 novembre 2022 consid.

3.1; [6B_756/2021](#) du 23 mars 2022 consid. 2.1; [6B_93/2021](#) du 6 octobre 2021 consid. 3.1). En matière de sursis, conformément à la jurisprudence, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste ([ATF 135 IV 180](#) consid. 2.1; [134 IV 1](#) consid. 4.2.1; arrêt [6B_1311/2021](#) précité consid. 3.1). Lors de l'appréciation des perspectives d'amendement, le juge doit prendre en considération l'effet dissuasif que la nouvelle peine peut exercer, si elle est exécutée ([ATF 134 IV 140](#) consid. 4.4 et 4.5). Il peut parvenir à la conclusion que l'exécution, le cas échéant, de la nouvelle peine aura un effet dissuasif suffisant, justifiant de renoncer à la révocation du sursis antérieur. L'inverse est également admissible: si le sursis précédent est révoqué, l'exécution de la peine qui en était assortie peut conduire à nier l'existence d'un pronostic défavorable pour la nouvelle peine et, partant, à assortir cette dernière du sursis ([ATF 134 IV 140](#) consid. 4.5; arrêt [6B_756/2021](#) précité consid. 2.1).

5.3. Comme elle le souligne encore dans ses observations du 3 juillet 2023, la cour cantonale a relevé dans la décision entreprise que l'importante sanction infligée au recourant le 29 mai 2018 (24 mois de privation de liberté), notamment pour violation grave de la loi fédérale sur les stupéfiants, et les périodes de détention avant jugement déjà subies n'avaient eu aucun effet dissuasif sur son comportement. Le recourant avait ainsi déjà mis sur pied un nouveau trafic alors qu'il comparait devant le juge, qui l'avait pourtant rendu attentif à une éventuelle révocation du sursis en cas de nouvelle infraction, et il avait même poursuivi ce trafic après avoir reçu notification de ce jugement. Malgré cette décision, l'intensité de son trafic n'avait même pas diminué. Il ressortait également du rapport de l'OSAMA du 15 février 2019 que l'intéressé n'avait pas suivi les règles de conduite qui lui avaient été imposées, qu'il ne s'investissait pas dans son suivi thérapeutique et ne respectait pas son obligation d'abstinence. Tout cela démontrait qu'il s'était installé durablement dans la délinquance et le seul fait qu'il n'avait plus été inquiété par la police depuis sa libération du 19 avril 2019 ne suffisait pas à exclure le danger de réitération et à renverser le pronostic. La cour cantonale en a conclu que la peine ferme qu'elle infligeait n'apparaissait pas suffisante pour le détourner de la commission de nouvelles infractions, si bien qu'il s'imposait de révoquer le sursis précédemment accordé.

Cette appréciation ne convainc pas. Il est vrai que le recourant a fait preuve d'une persévérance marquante dans son trafic, nonobstant les nombreux signaux qui lui ont été donnés, en particulier, alors même qu'une procédure pénale était ouverte contre lui. Il est vrai aussi qu'il a déjà subi un total conséquent de 158 jours de détention avant jugement. Cette privation de liberté concerne toutefois une période s'étalant du 23 février 2011 au 19 avril 2019, soit plus de 8 années et se répartit, sous réserve de l'année 2019, essentiellement en séjours de durées relativement modestes (20 jours du 23 février au 14 mars 2011; 35 jours du 21 mars au 24 avril 2013; 8 jours du 13 octobre au 20 octobre 2016 et 95 jours du 15 janvier au 19 avril 2019). Il s'ensuit que ni la durée totale, ni la continuité de ces périodes de privation de liberté n'apparaissent réellement comparables à l'exécution de la peine prononcée en l'espèce (28 mois) ou de celle dont le sursis pourrait être révoqué (24 mois). Quant à la période subséquente à la libération du recourant au mois d'avril 2019, qui n'est pas couverte par le rapport de l'OSAMA du 15 février 2019, la cour cantonale n'explique pas sur quoi repose son appréciation lapidaire selon laquelle la conduite désormais anodine de l'intéressé ne suffirait pas à renverser le pronostic défavorable. Or, cette période recouvrait plus de deux ans et demi déjà au moment où la cour cantonale a statué. Elle n'était donc pas négligeable dans sa durée et contrastait singulièrement avec le comportement antérieur opiniâtre du recourant. Cela suggère que les 95 jours de détention avant jugement subis en 2019, qui constituent la première privation de liberté d'une durée un tant soit peu conséquente subie par le recourant, pourraient en définitive avoir néanmoins déployé un effet dissuasif permettant d'appréhender les circonstances comme suffisamment favorables pour qu'il soit renoncé à révoquer le sursis ou pour que la nouvelle peine en soit assortie. A tout le moins, la cour cantonale ne pouvait-elle pas écarter cette circonstance pertinente sans une motivation permettant de suivre son raisonnement.

5.4. Il résulte de ce qui précède que la cause doit être renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle se penche à nouveau sur la question du pronostic relatif au comportement futur du recourant, en examinant en particulier, à l'aune de ce qui vient d'être exposé, si l'exécution de la peine prononcée le 29 mai 2018 (appréciée cas échéant comme une composante des circonstances particulièrement favorables visées par l'art. 42 al. 2 CP) ou de celle prononcée en l'espèce ne suffirait pas à poser un pronostic favorable quant au comportement futur de l'intéressé. Elle tiendra compte dans cette appréciation de la situation telle qu'elle se sera présentée jusqu'au moment où elle sera en mesure de statuer.

6.

Le recourant n'obtient que partiellement gain de cause. Il supporte des frais réduits (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF). Il peut prétendre des dépens, réduits eux aussi, à la charge de l'État du Valais (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis partiellement. Le jugement du 17 novembre 2022 est annulé en tant qu'il refuse le sursis et révoque le sursis assortissant la peine prononcée le 29 mai 2018. La cause est renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle statue à nouveau sur ces questions. Le recours est rejeté pour le surplus, dans la mesure où il est recevable.

2.

Une part des frais judiciaires, arrêtée à 1500 fr., est mise à la charge du recourant, le solde demeurant à la charge de l'État.

3.

Le canton du Valais versera en main du conseil du recourant la somme de 1500 fr. à titre de dépens pour la procédure fédérale.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour pénale II.

Lausanne, le 5 septembre 2023

Au nom de la Ire Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jacquemoud-Rossari

Le Greffier : Vallat