

BGer 6B_564/2009 vom 13. November 2009

Bundesgericht, 2009-11-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_564_2009

FR: TF 6B_564/2009 du 13 novembre 2009

IT: TF 6B_564/2009 del 13 novembre 2009

Erwägungen

E. 1

Les deux recours sont dirigés contre le même arrêt cantonal. Ils ont trait au même complexe de faits et portent sur les mêmes qualifications juridiques. Les deux recourants soulèvent des griefs identiques. Il apparaît expédient de joindre les causes et de les trancher dans un seul et même arrêt (cf. art. 24 PCF applicable par renvoi de l' art. 71 LTF).

E. 2

Les recourants soutiennent, en substance, que les faits qui leur sont reprochés constitueraient, tout au plus, une infraction à la loi sur les loteries et paris professionnels du 8 juin 1923 (LLP; RS 935.51), soit une opération analogue à une loterie au sens de l'art. 43 de l'ordonnance y relative du 27 mai 1924 (OLLP; RS 935.511). Cette infraction était prescrite au jour du jugement de première instance.

E. 2.1

Bien qu'ils soulignent que la LLP constitue une législation spéciale par rapport au droit pénal ordinaire, les recourants ne tentent pas de démontrer, in abstracto, que la qualification comme une loterie ou une opération analogue exclurait par elle-même d'emblée l'application de l' art. 146 CP . On peut se limiter à relever, sur ce point, que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de constater que même une opération présentant toutes les caractéristiques d'une loterie correspond, lorsque le mécanisme en est astucieusement manipulé, à la définition de l'escroquerie au sens de l' art. 146 CP (v. arrêts non publiés du 30 août 2006, 1A.90, 94, 95, 96, 97 et 98 /2006, consid. 2.5 et 2.6). Il n'en va pas différemment des opérations analogues au sens de l' art. 43 OLLP . La prohibition des loteries, des opérations analogues et, plus généralement, le monopole de l'Etat sur les jeux de hasard, ressortit en effet, en partie tout au moins, à la sauvegarde d'intérêts publics (v. WILLY STAEHELIN, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 als Strafgesetz, thèse, 1941, p. 12 s.) et non seulement individuels, patrimoniaux en particulier, comme ceux visés par le deuxième titre de la partie spéciale du code pénal.

E. 2.2

Les recourants soutiennent, en revanche, que les faits retenus, qui présenteraient toutes les caractéristiques d'une opération analogue à une loterie, ne rempliraient pas les conditions de l'escroquerie.

Point n'est, dès lors, besoin d'examiner la cause au regard des dispositions de la LLP et de l'OLLP, en application desquelles les recourants n'ont pas été condamnés. Ils n'ont, à cet égard, pas d'intérêt juridique au recours, partant, pas la qualité pour recourir (art. 81 al. 1 let. b CP). L'examen des griefs peut, dès lors, être circonscrit aux seules conditions

d'application de l' art. 146 CP .

E. 3

Aux termes de l' art. 146 CP , se rend coupable d'escroquerie celui qui dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais, ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers.

L'escroquerie consiste ainsi à tromper la dupe par des affirmations fallacieuses, par la dissimulation de faits vrais ou par un comportement qui la conforte dans son erreur. Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit cependant pas. Il faut qu'elle soit astucieuse. Le juge pénal n'a pas à accorder sa protection à celui qui est tombé dans un piège qu'un peu d'attention et de réflexion lui aurait permis d'éviter. Selon la jurisprudence, la tromperie est astucieuse lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manoeuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification est impossible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 128 IV 18 consid. 3a p. 20). Celui qui promet une prestation sans avoir l'intention de l'exécuter agit astucieusement parce qu'en promettant, il donne le change sur ses véritables intentions, ce que la dupe est dans l'impossibilité de vérifier (ATF 118 IV 359 consid. 2 p. 361).

La tromperie astucieuse doit amener la dupe, dans l'erreur, à accomplir un acte préjudiciable à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. La dupe doit conserver une certaine liberté de choix (CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, n° 28 ad art. 146 CP). L'erreur créée ou confortée par la tromperie doit motiver l'acte (ATF 119 IV 210 consid. 3d p. 214). L'escroquerie ne sera consommée que s'il y a un dommage (CORBOZ, op. cit., n. 32 ad art. 146 CP). Sur le plan subjectif, l'escroquerie est une infraction intentionnelle, l'intention devant porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction. L'auteur doit en outre agir dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, soit un avantage patrimonial correspondant au désavantage patrimonial constituant le dommage (ATF 134 IV 210 consid. 5.3 p. 213 s.).

E. 3.1

Les premiers juges ont retenu que les recourants s'étaient rendus coupables d'escroquerie en affirmant sur leur site internet, dès le lancement du système, qu'ils avaient adapté un concept non viable pour le rendre rentable, grâce à un plan « anti-saturation » ou « de diversification économique », réputé éprouvé, alors qu'ils n'avaient aucun projet concret. Ils avaient, ce faisant, proféré un mensonge, d'autant plus invérifiable qu'ils refusaient de révéler ce plan sous prétexte d'éviter tout risque de plagiat. Tout le site était présenté de façon extrêmement technique et donnait à croire qu'il y avait une réflexion sérieuse derrière les promesses faites: On y parlait d'une équipe de finances, qui étudiait, calculait et analysait chaque jour; on utilisait des termes savants mais creux; on fournissait une garantie de remboursement dont le texte exact variait au fil du temps; on suggérait de consulter la loi sur les loteries, etc. En réalité, les intéressés s'étaient contentés d'espérer que leur système fonctionnerait, sans avoir étudié aucun projet d'affaires susceptible de leur apporter les importants bénéfices nécessaires pour tenir leurs promesses de gain. L'utilisation d'internet

et l'éloignement de la plupart des investisseurs étaient aussi des facteurs qui rendaient plus difficile pour ceux-ci de procéder à des vérifications, puis de déposer plainte. Le fait que le montant de la cotisation mensuelle était faible constituait un autre élément qui amenait nombre de lésés à renoncer à procéder à des vérifications approfondies. Il y avait donc bien tromperie astucieuse, intentionnelle, dans le but, pour les accusés, à la tête de la matrice, de gagner des sommes importantes. Les mécontents étaient incités à poursuivre leurs versements pour éviter de tout perdre. Le fait que les accusés avaient espéré pouvoir tenir leurs engagements ne suffisait pas pour affirmer qu'ils n'avaient pas l'intention de léser les investisseurs: Ils leur avaient menti pour les amener à entrer dans leur jeu et, par ce biais, investir dans des affaires non encore définies (jugement du 9 décembre 2008, consid. III, p. 13 s.).

E. 3.2

Les recourants objectent, tout d'abord, qu'avoir eux-mêmes évoqué le risque de saturation plaiderait plutôt en leur faveur.

Il ressort des constatations de fait qui sous-tendent le raisonnement des autorités cantonales que les recourants ne se sont pas limités à vanter les mérites d'un système pyramidal au sens de l'art. 43 OLLP. Ils ont, au contraire, cherché à se démarquer de telles pratiques, présentées comme non viables, en utilisant une terminologie différente (le système des matrices) ainsi qu'en renvoyant, par exemple, les visiteurs à consulter la législation topique dont découle l'illicéité de tels procédés (LLP et OLLP). Ils ont, surtout, fait la promotion de leur « plan anti-saturation » ou « de diversification économique », censé pallier les limites intrinsèques à toutes les opérations reposant sur le principe de la pyramide de Ponzi, celles dites « boules-de-neige » en particulier (cf. sur cette limite de saturation, qui constitue, par ailleurs, l'élément aléatoire de l'opération: ATF 123 IV 225, consid. 2d, avant-dernier paragraphe, p. 230). Un tel argumentaire était ainsi destiné et de nature à endormir la méfiance même de personnes prévenues du risque lié à ces manipulations en y opposant Bright Future 24. Les recourants ne peuvent rien en déduire en leur faveur. Il faut, au contraire, admettre que leurs affirmations sur ce point constituaient un élément de l'édifice mensonger qu'ils ont érigé pour tromper leurs victimes.

E. 3.3

Les auteurs soutiennent, ensuite, avoir effectivement tenté de placer les cotisations des membres de façon à ne pas être exclusivement dépendants des mises futures. Ils soulignent avoir investi leurs propres fonds dans ces placements, qui étaient réels.

E. 3.3.1

Il ressort certes de l'état de fait de la décision entreprise que, sous réserve d'un montant de 44 dollars reversé à un membre, les apports perçus ont été utilisés pour lancer une autre société créée par les recourants, B. _____ (arrêt entrepris, consid. 1b, p. 3). Il leur a, cependant, moins été reproché de n'avoir effectué aucun investissement que de s'être, dès le mois d'avril 2004, prévalus de projets dont certains étaient prétendument déjà opérationnels, alors qu'il n'en était rien (arrêt entrepris, consid. 3.2.c, p. 12). Il leur a, dans le même sens, été imputé de n'avoir aucun projet concret au moment du lancement du plan « anti-saturation », ce que les recourants ont admis devant l'autorité de première instance (jugement, consid. II, p. 10 et consid. III, p. 13). On ne saurait donc reprocher aux autorités cantonales d'avoir retenu que l'affirmation était trompeuse, au moins lorsqu'elle a été émise.

Par ailleurs, l'intitulé du Plan de Diversification Economique fait déjà référence à la diversification, qui constitue une mesure de prudence élémentaire en matière d'investissement. Le document « Pourquoi BF24 va durer », auquel les autorités cantonales se sont référées, assignait en outre à ce plan, « créé pour avoir une rentabilité maximale tout en étant flexible » des objectifs « clairement définis » tels que « Mettre en place rapidement d'autres ressources financières importantes [...] » et « Donner la possibilité à nos membres de bénéficier des avantages qu'une société comme la nôtre possède (fiscaux, bancaires et financiers) ». L'investissement consistant en un financement exclusif d'une société appartenant aux recourants ne correspond de toute évidence pas à ces promesses, qui sont ainsi demeurées mensongères même si des sommes importantes ont été réellement investies dans la société B. _____, qui a été dissoute ensuite de faillite le 11 octobre 2007.

E. 3.3.2

Les recourants objectent aussi, en se référant aux pièces du dossier cantonal, que la société B. _____, qui constituait l'un des investissements annoncés aux participants, a été inscrite au registre du commerce le 21 mai 2004 déjà. Ils en déduisent qu'à cette date ce projet, mûri antérieurement, était déjà bien avancé. Ils affirment, par ailleurs, que les participants au programme auraient parfaitement connu le type et la qualité des placements.

Le recourant X. _____ a évoqué la question de la date de la constitution de B. _____ devant la cour cantonale. Il n'a cependant pris que des conclusions en réforme (arrêt entrepris, consid. II.1, p. 15), de sorte que l'autorité précédente n'avait, pour l'essentiel, à examiner que l'application des règles de fond, celle des règles de procédure relatives aux frais et dépens et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 415 CPP /VD). Quant à Y. _____, qui a pris des conclusions en nullité (arrêt entrepris, consid. I.1, p. 5), il n'a soulevé aucun grief sur ce point précis de l'état de fait. Il s'ensuit que ce moyen n'a pas été invoqué devant l'autorité précédente. Faute d'épuisement des instances cantonales (art. 80 al. 1 LTF), il est irrecevable (v. ATF 135 I 91 consid. 2.1 p. 93).

Au demeurant, comme on l'a vu au considérant qui précède, l'apport de fonds dans cette société appartenant aux recourants ne correspondait manifestement pas à la promesse d'investissements diversifiés et rentables.

E. 3.3.3

Les recourants reprochent ensuite à la cour cantonale d'avoir tiré des conclusions du document « Mon constat sur Bright Future 24 », soit en particulier de la phrase « [après avoir] reçu des milliers d'inscriptions [et] reversé des milliers de dollars à nos membres ». Ils relèvent que ce passage figure dans le même document que celui auquel la cour cantonale s'est référée pour retenir que la garantie de pouvoir retirer les apports ne constituait pas une offre ressortant du propre site de Y. _____ et X. _____, mais un argument promotionnel émanant d'un tiers (v. supra consid. B.d).

Ce grief appelle les remarques suivantes. Tout d'abord, la possibilité offerte aux investisseurs de retirer leur argent ne figurait pas uniquement dans le document « Mon constat sur Bright Future 24 », mais constitue un argument figurant en toutes lettres sous le titre « Notre Garantie [cinq étoiles] » dans le site des recourants. On peut y lire: « Si au cours de vos 3 premiers mois d'abonnement vous n'êtes pas satisfaits [vous] pouvez demander un remboursement intégral de vos mensualités, soit 60\$US [...] Si après un an, vous n'avez pas atteint au minimum le niveau 3 de redevances [...] un remboursement intégral de toute l'année, soit 240 \$US ». L'état de fait de l'arrêt entrepris doit, en

conséquence, être corrigé sur ce point en application de l' art. 105 al. 2 LTF , en ce sens que les recourants ont bien offert une telle garantie. Par ailleurs, si le document « Mon constat sur Bright Future 24 » n'est pas tiré du site des recourants (www.brightfuture24.com) mais d'une autre adresse internet (<http://membres.lycos.fr/brightfuture24/>), c'est dans ce même document que figure le texte « Pourquoi BF24 va durer », que les recourants n'ont jamais contesté avoir rédigé. Or, le passage litigieux, qui fait état de milliers de dollars reversés « à nos membres », figure aussi sur le second site, entre les deux autres textes, sous l'intitulé « Foire aux questions (FAQ)copié du Forum ». Les autorités cantonales pouvaient en déduire, sans arbitraire, que ce passage ne faisait que reprendre, comme « Pourquoi BF24 va durer », un texte des recourants.

Il n'y a, dès lors, pas de raison de s'écarter des constatations de fait du jugement de première instance selon lesquelles les recourants se sont faussement prévalus d'avoir reversé des milliers de dollars à leurs membres et offraient une garantie de remboursement. Le grief est infondé.

E. 3.4

Il résulte de ce qui précède que les recourants ont trompé les personnes qui ont adhéré à leur concept. Ils les ont amenées à leur verser des sommes d'argent, sous prétexte d'investissements diversifiés prévus dans un plan prétendument créé pour avoir une rentabilité maximale, tout en étant flexible. Ce plan était en outre supposé mettre en place rapidement d'autres ressources financières importantes en donnant la possibilité aux membres de bénéficier d'avantages fiscaux, bancaires et financiers. Or, la plus grande partie des sommes perçues n'a servi qu'au développement d'une seule et unique société appartenant aussi aux recourants. La tromperie résulte également de l'ensemble des affirmations niant le caractère pyramidal de l'opération, alors que le jugement de première instance, à l'état de fait duquel l'arrêt cantonal renvoie (arrêt entrepris, consid. B, p. 2), constate que les recourants étaient « à la tête de la matrice » (jugement, consid. III, p. 14), ce qui suppose l'existence d'un tel procédé.

E. 3.5

Comme l'ont retenu à juste titre les autorités cantonales, la tromperie avait un caractère astucieux. Cela résulte, en particulier, de ce que les recourants vantaient les mérites de leur concept en en niant le caractère pyramidal au motif de l'existence d'un « plan anti-saturation ». Ces affirmations étaient de nature à endormir la méfiance même de personnes prévenues du risque lié à de telles opérations (v. supra consid. 3.2). Le fait de se référer explicitement à la loi sur les loteries et les paris professionnels, dont le texte était accessible depuis le site des recourants, permettait de rassurer les adhérents sur la prétendue légalité du procédé. La promesse d'investissements rentables et diversifiés faite aux membres actifs, qui étaient en outre censés bénéficier d'avantages fiscaux, bancaires et financiers par le truchement de la société des recourants, participait de la même démarche. Toutes ces promesses étaient présentées de façon extrêmement technique. Elles devaient être réalisées grâce à une équipe de finances censée étudier, calculer et analyser chaque jour, ce qui donnait à croire à l'existence d'une réflexion sérieuse (jugement de première instance consid. II, p. 13). Tout cela constitue un édifice mensonger non dénué d'habileté. Les garanties offertes sur la possibilité de retirer en tout temps sa mise (v. supra consid. 3.3.3), le fait que les recourants demandaient aux investisseurs qui se plaignaient de ne pouvoir toucher les gains qu'ils réclamaient de patienter en leur rappelant qu'en cas d'interruption des paiements mensuels,

ils perdraient tout (arrêt entrepris, consid. 3.2.c, p. 12), ainsi que le mystère savamment orchestré autour du contenu réel du plan de diversification économique, constituent autant d'éléments destinés à dissuader les victimes, même celles qui n'étaient pas particulièrement naïves, d'opérer des vérifications plus approfondies. Enfin, le fait que l'investissement mensuel consenti par les dupes était relativement modique, participait également du caractère astucieux de la démarche parce qu'il était susceptible d'amener nombre de lésés à renoncer à procéder à des vérifications approfondies (jugement, consid. III, p. 14; arrêt cantonal, consid. 3.2.c, p. 12). Les autorités cantonales en ont déduit à juste titre qu'une co-responsabilité des victimes (cf. ATF 128 IV 18 consid. 3a p. 21) n'entraîne pas en ligne de compte (arrêt entrepris, consid. 3.2.c, p. 12 s.).

E. 3.6

Pour le surplus, les recourants ne contestent pas l'enrichissement qu'ils se sont procuré en encaissant près de 250'000 dollars américains de février 2004 au 24 juillet 2006 (arrêt entrepris, *ibidem*). Cet enrichissement, provenant des versements effectués par les victimes, correspond au désavantage patrimonial constituant le dommage (cf. ATF 134 IV 210 consid. 5.3 p. 213 s.), tout au moins en tant que les sommes en cause ne rémunéraient pas les services informatiques. Par ailleurs, si l'appât du gain constituait sans nul doute la motivation principale des victimes, alléchées par la promesse de gagner jusqu'à 10'000 dollars par mois, cela ne suffit pas à nier d'emblée l'existence d'un rapport de motivation. On doit, en effet, considérer, ici aussi, que les affirmations fallacieuses des recourants étaient de nature à endormir la méfiance des membres quant à l'existence des risques inhérents à un procédé « boule-de-neige » et à les inciter à s'acquitter de redevances mensuelles modiques censées être investies dans un système financier, présenté habilement, sur un mode technique et lénifiant, comme sûr et offrant des garanties. Les recourants ont, de la sorte, exploité des faiblesses dont ils espéraient qu'elles affectassent les personnes attirées par leur offre.

E. 3.7

Enfin, le jugement de première instance conclut qu'il y a tromperie intentionnelle dans le but, pour les accusés, à la tête de la matrice, de gagner des sommes importantes (jugement, consid. III, p. 14). Déterminer ce que l'auteur sait, veut ou l'éventualité à laquelle il consent, relève de l'établissement des faits (ATF 132 IV 112, consid. 3.1, p. 116; 129 IV 271 consid. 2.5, p. 276; 126 IV 209 consid. 2d, p. 215; 125 IV 49 consid. 2d, p. 56). Cette constatation, à propos de laquelle les recourants ne soulèvent aucun grief (art. 106 al. 2 LTF), lie la cour de céans (art. 105 al. 1 LTF). Elle suffit à établir la réalisation de la condition subjective de l'art. 146 CP.

E. 4

Les recourants succombent. Ils supportent les frais de la procédure à parts égales et solidairement (art. 66 al. 1 et 5 LTF).