

# **BGer 6P.11/2007 vom 4. Mai 2007**

Bundesgericht, 2007-05-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6P.11\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.11_2007)

FR: TF 6P.11/2007 du 4 mai 2007

IT: TF 6P.11/2007 del 4 maggio 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'arrêt attaqué a été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110). Or, conformément à l' art. 132 al. 1 LTF , cette loi ne s'applique aux procédures de recours que si l'acte attaqué a été rendu après son entrée en vigueur. C'est donc sur la base de l'ancien droit de procédure, que doit être tranchée la présente cause.

En outre, le 1er janvier 2007 sont également entrées en vigueur les nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal. Toutefois, celles-ci ne sont pas non plus applicables puisque le Tribunal fédéral saisi d'un pourvoi en nullité examine uniquement la question de savoir si l'autorité cantonale a correctement appliqué le droit fédéral ( art. 269 al. 1 PPF ), soit celui qui était en vigueur au moment où elle a statué ( ATF 129 IV 49 consid. 5.3 p. 51 s. et les arrêts cités).

## **II. Recours de droit public**

### **E. 2.1**

Le recours de droit public au Tribunal fédéral est ouvert contre une décision cantonale pour violation des droits constitutionnels des citoyens ( art. 84 al. 1 let. a OJ ). Il n'est en revanche pas ouvert pour se plaindre d'une violation du droit fédéral, qui peut donner lieu à un pourvoi en nullité ( art. 269 al. 1 PPF ); un tel grief ne peut donc pas être invoqué dans le cadre d'un recours de droit public, qui est subsidiaire ( art. 84 al. 2 OJ ; art. 269 al. 2 PPF ).

### **E. 2.2**

En vertu de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ , l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier de lui-même si l'arrêt entrepris est en tous points conforme au droit et à l'équité. Il n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux ( ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261, 26 consid. 2.1 p. 31).

Dans un recours pour arbitraire fondé sur l' art. 9 Cst. , le justiciable ne peut pas se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition. Il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais il doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision repose sur une application de la loi ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables ( ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261/262; 129 I 113 consid. 2.1 p. 120).

### **E. 3**

Le recourant soutient que l'état de fait cantonal a été établi de manière arbitraire sur plusieurs points ( art. 9 Cst. ). En relation avec l'appréciation arbitraire des preuves, il dénonce également la violation de la présomption d'innocence ( art. 32 al. 1 Cst. ).

#### **E. 3.1**

Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat ( ATF 131 I 57 consid. 2 p. 61; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9). A cet égard, il ne suffit pas non plus qu'une solution différente de celle retenue par l'autorité cantonale apparaisse également concevable ou même préférable ( ATF 128 II 259 consid. 5 p. 280; 127 I 54 consid. 2b p. 56).

Lorsque le recourant - comme c'est le cas en l'espèce - s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est entachée d'arbitraire que si le juge ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un moyen de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'il se trompe manifestement sur le sens et la portée d'un tel élément, ou encore lorsqu'il tire des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis ( ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 127 I 38 consid. 2a p. 41; 124 I 208 consid. 4a p. 211).

#### **E. 3.2**

Consacrée par l' art. 32 al. 1 Cst. , la présomption d'innocence interdit au juge de prononcer une condamnation alors qu'il éprouve des doutes sur la culpabilité de l'accusé. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent cependant pas à exclure une condamnation. Pour invoquer utilement la présomption d'innocence, le condamné doit donc démontrer que le juge de la cause pénale, à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves à sa disposition, aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles au sujet de la culpabilité ( ATF 127 I 38 consid. 2 p. 40; 124 IV 86 consid. 2a p. 87/88; 120 Ia 31 consid. 2e p. 38, consid. 4b p. 40).

La présomption d'innocence et le principe "in dubio pro reo", qui en est le corollaire, sont des garanties de rang constitutionnel, dont la violation ne peut être invoquée que par la voie du recours de droit public ( art. 269 al. 2 PPF ; ATF 120 Ia 31 consid. 2b p. 35/36 et 2e p. 38). Elles concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves ( ATF 120 Ia 31 consid. 2c p. 36). En tant que règles sur le fardeau de la preuve, ces principes signifient, au stade du jugement, que le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et que le doute doit profiter à l'accusé. Comme règles sur l'appréciation des preuves, ils sont violés lorsque le juge, qui s'est déclaré convaincu, aurait dû éprouver des doutes quant à la culpabilité de l'accusé au vu des éléments de preuve qui lui étaient soumis ( ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 88; 120 Ia 31 consid. 2c p. 37). Le Tribunal fédéral examine librement si ces principes ont été violés en tant que règles sur le fardeau de la preuve, mais il n'examine que sous l'angle de l'arbitraire la question de savoir si le juge aurait dû éprouver un doute, c'est-à-dire celle de l'appréciation des preuves ( ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 88; 120 Ia 31 consid. 2e p. 38).

#### **E. 4.1**

En relation avec sa condamnation pour infraction à l' art. 20 ch. 1 al. 3 LStup , le recourant conteste avoir vendu des stupéfiants sans ordonnance, soutenant qu'il s'est contenté d'avancer du Dormicum à certains clients connus dans l'attente de la production d'une nouvelle ordonnance. A l'appui de sa thèse, il cite un certain nombre de témoignages, d'où il ressort que, selon la pratique, le pharmacien peut avancer les médicaments et renouveler des ordonnances après avoir téléphoné au médecin traitant. Il fait en outre valoir que l'instruction n'a pas démontré que les avances de médicaments n'auraient pas été régularisées par une ordonnance dans les deux ans qui ont suivi leur remise.

En l'espèce, la cour cantonale a admis que le recourant avait dispensé de grandes quantités de Dormicum et qu'il avait par la suite obtenu des ordonnances du médecin X.\_\_\_\_\_. Savoir si, et à quelles conditions, un pharmacien est en droit de renouveler des ordonnances et d'avancer du Dormicum et si, partant, on peut admettre que le recourant a dispensé des stupéfiants sur la base d'une ordonnance médicale conformément à l' art. 13 LStup relève de l'application de l' art. 20 ch. 1 al. 3 et 13 LStup . Cette question sera en conséquence traitée dans le cadre du pourvoi.

#### **E. 4.2**

Le recourant soutient que le Dormicum aurait été prescrit et distribué, dans un but thérapeutique, à des toxicomanes pris en charge dans un plan de sevrage. Il ajoute que les quantités de Dormicum seraient du reste allées en diminuant et conclut que la cour cantonale serait tombée dans l'arbitraire en retenant qu'il avait mis en danger la vie de nombreuses personnes.

Savoir si le recourant a mis en danger la vie de nombreuses personnes au sens de l' art. 19 ch. 2 let. a LStup (par renvoi de l' art. 20 ch. 1 al. 3 LStup ) est une question d'application du droit fédéral, qui ne peut être revue dans le cadre du recours de droit public. Pour le surplus et comme on le verra plus loin, les conditions légales pour la dispensation de Dormicum à des toxicomanes ne sont pas réalisées (cf. consid. 6.2). Le grief soulevé est donc irrecevable.

#### **E. 4.3**

Le recourant qualifie d'arbitraire la constatation de fait, selon laquelle il aurait vendu sans ordonnance, à des fins non thérapeutiques, 300'000 comprimés de Dormicum. La cour cantonale aurait simplement comparé les quantités de ce médicament livrées à la pharmacie (selon les données de Swissmedic) avec les relevés de l'OFAC pour conclure que la différence avait été vendue sans ordonnance en violation de l' art. 20 LStup . Or, il serait notoire que certains clients préfèrent payer leur médicament en raison d'une franchise élevée ou encore que des personnes affiliées auprès de certaines assurances doivent payer leurs médicaments, pour en obtenir ensuite le remboursement. En outre, la gestion de stock n'aurait pas été exacte en raison de problèmes d'ordinateur.

Il ressort des constatations cantonales que la différence entre les stocks théoriques (qu'on aurait dû retrouver) et les stocks en pharmacie (Dormicum livrés ./ dormicum facturés à l'OFAC ou vendus) est de 345'660 comprimés en avril 2003. La cour cantonale a mentionné que cette différence colossale ne pouvait s'expliquer par le seul fait que certains comprimés avaient été vendus sans qu'il en soit fait mention lors de l'enregistrement à la caisse, ou que certains patients payaient en espèces sans recours à la caisse-maladie. Tenant compte de ces éléments dans une moindre mesure, elle a estimé à environ 300'000 comprimés vendus sans

ordonnance. Cette appréciation échappe à toute critique d'arbitraire. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

#### **E. 4.4**

En relation avec sa condamnation pour infraction à l'art. 11 f LGS, le recourant fait valoir que la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire en retenant qu'il avait organisé un trafic de produits anabolisants. Il reproche à la cour cantonale d'avoir accordé du crédit aux déclarations de Z. \_\_\_\_\_ bien qu'il soit coaccusé, que ses déclarations soient même mensongères sur certains points et que ses prétendus clients n'aient pas confirmé ses dires.

La cour cantonale ne s'est pas fondée uniquement sur les déclarations de Z. \_\_\_\_\_ pour conclure que les produits dopants avaient été revendus à des tiers, mais elle a tenu compte d'autres éléments. Ainsi, elle a constaté que les quantités de produits dopants remis à Z. \_\_\_\_\_ étaient telles que ceux-ci ne pouvaient être destinés à la consommation d'une seule personne. En outre, au moins deux clients (G. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_) ont confirmé avoir acheté ces produits, même si cela est dans une quantité moindre que ce que prétend Z. \_\_\_\_\_. Dans ces conditions, les dénégations de I. \_\_\_\_\_ ne sont pas déterminantes, et la cour cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en retenant que le recourant avait organisé un trafic de produits dopants. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

#### **E. 4.5**

Au sujet de sa condamnation pour faux dans les titres, le recourant soutient que la cour cantonale aurait fait preuve d'arbitraire en retenant qu'il avait encouragé Z. \_\_\_\_\_ à s'affilier auprès d'une assurance-maladie sous une fausse identité, car l'assurance aurait été conclue le 1er septembre 2001, alors que les deux hommes se seraient connus en mai ou septembre 2002.

Le comportement punissable reproché au recourant consiste à avoir sciemment délivré à Z. \_\_\_\_\_ des produits anabolisants à des fins de culturisme et d'avoir transmis les ordonnances prescrivant ces produits, via l'OFAC, à l'assurance-maladie de W. \_\_\_\_\_ (alias Z. \_\_\_\_\_) pour en obtenir le remboursement. Ce faisant, le recourant a usé d'un titre qui constatait faussement que les produits dopants avaient été dispensés à des fins thérapeutiques et s'est rendu coupable de faux dans les titres. En effet, l'ordonnance médicale doit être considérée comme prouvant que les médicaments qui y sont indiqués ont été prescrits dans un but thérapeutique. Contrairement à ce que croit le recourant, elle n'est en revanche pas censée établir l'identité de son destinataire, de sorte que les griefs relatifs à l'identité de W. \_\_\_\_\_/Z. \_\_\_\_\_ ne sont pas pertinents.

#### **E. 4.6**

Le recourant reproche à la cour cantonale d'être tombée dans l'arbitraire en omettant de retenir que l'OFAC envoie aux assurances maladie une facture détaillée mentionnant le nom des médicaments, de sorte qu'une tromperie astucieuse ne serait pas possible.

Le recourant a été condamné pour avoir fait croire à la caisse-maladie que les produits stéroïdes et anabolisants avaient été prescrits à des fins thérapeutiques et avoir ainsi astucieusement demandé le remboursement des produits dopants. Contrairement à ce que prétend le recourant, la cour cantonale n'a jamais soutenu que l'assurance maladie ne vérifiait pas les ordonnances qui lui étaient remises. Savoir si une coresponsabilité peut lui être imputée parce qu'elle n'aurait pas remarqué que les quantités de produits dopants prescrits dépassaient celles admises par le Compendium et, partant, si la condition de

l'astuce fait défaut relève de l'application du droit fédéral. Cette question sera traitée à propos du pourvoi.

#### **E. 4.7**

Le recourant qualifie d'arbitraire la constatation de fait, selon laquelle il aurait agi par appât du gain. En réalité, il aurait fourni des médicaments à ses clients pour leur venir en aide. Son train de vie n'aurait du reste pas augmenté et sa situation financière n'aurait jamais été aussi obérée.

Il ressort clairement de l'arrêt attaqué que le recourant a remis à Z. \_\_\_\_\_ des produits dopants pour une valeur de 200'000 francs. Une partie de ses substances a été revendues à des tiers par Z. \_\_\_\_\_ qui agissait pour le compte du recourant, à qui il restituait les sommes ainsi perçues (arrêt attaqué p. 34). Dans ces conditions, il n'est pas arbitraire de conclure que le recourant, actionnaire de la Pharmacie K. \_\_\_\_\_ SA, a aussi agi par appât du gain. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

#### **E. 5**

Dans la mesure où il est recevable, le recours de droit public doit être rejeté. Le recourant, qui succombe, doit supporter les frais ( art. 156 al. 1 OJ ).

Vu l'issue du recours, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

### **III. Pourvoi en nullité**

#### **E. 6**

Selon l' art. 20 ch. 1 al. 3 LStup , le pharmacien qui emploie ou dispense des stupéfiants en dehors des cas que prévoit l'art. 13 est passible, s'il a agi intentionnellement, de l'emprisonnement ou de l'amende. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion qui pourra être cumulée avec une amende jusqu'à concurrence de 500'000 francs. L' art. 13 LStup prévoit que les pharmaciens ne peuvent dispenser des stupéfiants au public que sur présentation de l'ordonnance d'un médecin ou d'un médecin-vétérinaire.

Condamné pour violation de l' art. 20 ch. 1 al. 3 LStup , le recourant soutient qu'il a avancé le Dormicum dans l'attente de la remise subséquente d'une ordonnance médicale.

#### **E. 6.1**

Sont assimilés aux stupéfiants au sens de la LStup les substances psychotropes engendrant la dépendance, à savoir les dépresseurs centraux ayant des effets du type barbiturique ou benzodiazépinique ( art. 1 al. 3 let . c LStup). L'Institut suisse des produits thérapeutiques a dressé la liste des substances et des préparations au sens de l' art. 1 al. 2 et 3 LStup et a précisé dans son ordonnance que le midazolam est un stupéfiant (appendice b de l'ordonnance de l'Institut suisse des produits thérapeutiques du 12 décembre 1996 sur les stupéfiants et les substances psychotropes; OStup-Swissmedic, RS 812.121.2). Il n'est donc pas contesté que le Dormicum, dont le principe actif est le midazolam, à savoir une benzodiazépine, est un stupéfiant.

#### **E. 6.2**

Selon la réglementation applicable en matière de stupéfiants, le pharmacien ne peut pas dispenser - et encore moins renouveler - une ordonnance de Dormicum hors des limites fixées par le Compendium (7,5-15 mg par jour et pour une courte période). Si celles-ci sont dépassées, il s'agit de la dispensation qui est subordonnée à une autorisation spéciale du

médecin cantonal, qui est demandée par le médecin traitant et dont une copie est en principe délivrée au pharmacien. Il s'ensuit que lorsque le pharmacien se trouve confronté à une ordonnance pour du Dormicum avec une posologie supérieure à la normale, il doit prendre contact avec le médecin prescripteur ou le médecin cantonal pour s'assurer qu'une demande d'autorisation est en cours. Si le médecin prescripteur n'est pas atteignable, il doit refuser de délivrer le médicament. Il ne peut sans autres renouveler l'ordonnance, le renouvellement obéissant également à des règles.

En l'espèce, il est établi - et non contesté - que le recourant a remis à certains toxicomanes jusqu'à quatre comprimés de Dormicum par jour pendant près d'une année. De telles quantités de stupéfiants dépassent largement celles qui sont admises par le Compendium et ne pouvaient être délivrées qu'avec l'autorisation du médecin cantonal. Or, l'arrêt attaqué ne retient pas qu'une telle autorisation a été accordée, et le recourant ne le prétend du reste pas. Il s'ensuit que le recourant n'était pas en droit de dispenser et encore moins d'avancer de telles quantités de Dormicum, et ce même si une ordonnance médicale était remise par la suite. La cour cantonale n'a donc pas violé le droit fédéral en condamnant le recourant pour infraction à l' art. 20 ch. 1 al. 3 LStup . Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

## **E. 7**

Condamné pour avoir vendu des produits anabolisants à des fins de culturisme, le recourant plaide l'erreur de droit, faisant valoir qu'il ignorait l'existence des nouvelles dispositions sur le dopage de la loi fédérale encourageant la gymnastique et le sport (LGS) et, partant, qu'il n'était pas en droit de dispenser des produits anabolisants à des sportifs amateurs.

### **E. 7.1**

A teneur de l' art. 20 CP , le juge peut atténuer librement la peine ou y renoncer, voire prononcer un acquittement ( ATF 120 IV 313 ), lorsque le prévenu a commis un crime ou un délit alors qu'il avait des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Pour qu'il y ait erreur de droit, il faut donc que l'auteur ait agi en se croyant en droit de le faire; la question relève du fait, de sorte qu'elle est soustraite à l'examen du Tribunal fédéral ( art. 277bis al. 1 PPF ). Si cette condition est réalisée, il faut encore que l'auteur ait eu "des raisons suffisantes" de se croire en droit d'agir; il s'agit d'une question de droit que le Tribunal fédéral examine donc librement ( art. 277bis al. 2 PPF ; ATF 75 IV 150 consid. 3 p. 152).

Une raison de se croire en droit d'agir est suffisante lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur tout homme consciencieux ( ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303). L'erreur de droit, qui est admise de manière restrictive, est fondée sur l'idée que le justiciable doit s'efforcer de prendre connaissance de la loi et que son ignorance ne lui permet de s'exculper que dans des cas exceptionnels ( ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241). L'ignorance de la loi ne constitue donc en principe pas une raison suffisante et il appartient à celui qui se trouve face à une situation juridique qu'il ne maîtrise pas de prendre les renseignements nécessaires ( ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210).

### **E. 7.2**

L'arrêt attaqué retient que "tant par sa formation de pharmacien que par le fait qu'il fréquentait assidûment des fitness, le recourant ne pouvait pas ne pas savoir que les produits dopants étaient interdits. Aurait-il eu un doute à ce sujet qu'il aurait pu se renseigner auprès de personnes autorisées, notamment le Pharmacien cantonal" (arrêt attaqué p. 27).

Par cette motivation, la cour cantonale ne s'est pas prononcée clairement sur la première condition de l'erreur de droit, à savoir sur le point de savoir si le recourant se croyait en droit d'agir, puisqu'elle s'est contentée de déclarer que le recourant "ne pouvait pas ne pas savoir" que les produits dopants étaient interdits. Cette question peut toutefois être laissée ouverte, dans la mesure où, de toute façon, le recourant n'avait pas de raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. En effet, le pharmacien qui dispense des produits dopants à des fins de culturisme n'a pas de raisons suffisantes d'admettre qu'il ne commet pas un acte contraire au droit. Comme le retient à juste titre la cour cantonale, le recourant devait au besoin, en tant que professionnel de la santé, se renseigner auprès du pharmacien cantonal. Le fait que d'autres professionnels de la santé (employés subalternes de la pharmacie et assureurs maladies) ignoraient la nouvelle législation sur le dopage est sans pertinence. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.

## **E. 8**

Le recourant a été reconnu coupable de délit manqué d'escroquerie par métier pour avoir fait croire à l'assurance-maladie, grâce à de fausses ordonnances, que les produits stéroïdes et anabolisants avaient été dispensés à des fins thérapeutiques et tenté de la sorte d'obtenir de la caisse-maladie le remboursement de ces produits pour lui ou pour ses clients. Le recourant conteste que la condition de l'astuce soit réalisée, dès lors qu'il serait évident, au vu de la quantité d'anabolisants prescrite et dispensée à Z.\_\_\_\_\_, que celui-ci ne pouvait pas souffrir de déficit hormonal et que, partant, ces produits servaient à des fins autres que thérapeutiques.

### **E. 8.1**

Sur le plan objectif, l'escroquerie réprimée par l'art. 146 CP suppose en particulier que l'auteur ait usé de tromperie et que celle-ci ait été astucieuse. L'astuce au sens de cette disposition est réalisée 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 n'est pas possible, 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). Il y a manoeuvre frauduleuse, par exemple si l'auteur emploie un document faux ou fait intervenir, à l'appui de sa tromperie, un tiers participant ou manipulé (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, art. 146, n. 18).

L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait escroquerie, que la dupe ait fait preuve de la plus grande diligence et qu'elle ait recouru à toutes les mesures de prudence possibles; la question n'est donc pas de savoir si elle a fait tout ce qu'elle pouvait pour éviter d'être trompée ( ATF 122 IV 246 consid. 3a p. 247/248). L'astuce n'est exclue que lorsque la dupe est coresponsable du dommage parce qu'elle n'a pas observé les mesures de prudence élémentaires qui s'imposaient ( ATF 126 IV 165 consid. 2a p. 171; 119 IV 28 consid. 3f p. 38). Le principe de coresponsabilité doit amener les victimes potentielles à faire preuve d'un minimum de prudence, mais ne saurait être utilisé pour nier trop aisément le caractère astucieux de la tromperie ( ATF 128 IV 18 consid. 3a p. 20).

### **E. 8.2**

Le délit manqué ( art. 22 al. 1 CP ) est une forme de tentative au sens large (cf. art. 21 ss CP ). Il y a tentative, au sens large, d'escroquerie lorsque l'auteur, agissant intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement, a commencé l'exécution de cette infraction, manifestant ainsi sa décision de la commettre, même si les éléments objectifs font, en tout ou en partie, défaut. Conformément aux règles générales, l'intention doit porter sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs. A cet égard, ce qui est déterminant c'est que l'auteur a agi en se représentant (donc en acceptant) une situation dans laquelle ces éléments sont réalisés ( ATF 128 IV 18 consid. 3b. p. 21).

Une tentative punissable d'escroquerie n'est réalisée que si l'intention de l'auteur porte sur une tromperie astucieuse, donc sur un comportement qui apparaît objectivement astucieux. On ne saurait conclure que toute tromperie qui ne réussit pas est nécessairement dénuée de caractère astucieux. Abstraction faite de l'échec de la tromperie, il importe d'examiner si la tromperie prévue paraissait ou non facilement décelable compte tenu des possibilités de protection dont disposait la victime et dont l'auteur avait connaissance. Autrement dit, c'est dans le cadre d'un examen hypothétique qu'il faut déterminer si le plan élaboré par l'auteur était objectivement astucieux ou non. S'il l'était et que la tromperie échoue parce que la victime était plus attentive ou plus avisée que l'auteur ne se l'était figuré ou en raison du hasard ou d'une autre circonstance non prévisible, il y a alors lieu de retenir une tentative de tromperie astucieuse ( ATF 128 IV 18 consid. 3b p. 21 s.).

### **E. 8.3**

En l'espèce, le recourant a recouru à des fausses ordonnances, établies par un médecin, qui devait inspirer confiance. L'emploi de faux documents et le recours à un tiers constituent des éléments typiques d'une mise en scène astucieuse. Il est vrai qu'en principe, les assurances contrôlent les ordonnances et vérifient les dosages des médicaments prescrits. Il n'est toutefois pas nécessaire, pour que l'infraction soit réalisée, que la victime ait pris toutes les mesures de précaution. La protection pénale n'est pas supprimée à chaque négligence de la victime, mais seulement en cas de légèreté ( ATF 126 IV 165 consid. 2a p. 172). En l'occurrence, on peut concéder au recourant que la grande quantité d'anabolisants prescrite était propre à susciter des soupçons de la part de l'assurance. On ne peut toutefois imputer une quelconque coresponsabilité à l'assurance qui ne remarque pas que les quantités d'anabolisants prescrites étaient trop importantes pour servir à des thérapies. Examiné de manière hypothétique, le plan adopté par le recourant doit objectivement être qualifié d'astucieux.

La tromperie a finalement échoué. Le recourant a poursuivi jusqu'au bout son activité coupable, dans la mesure où il a adressé à l'assurance maladie, via l'OFAC, les factures et les ordonnances. Si le résultat ne s'est pas produit et que l'assurance maladie n'a pas remboursé le prix des médicaments, c'est pour une raison indépendante de sa volonté, à savoir parce que l'assuré n'avait pas payé les primes. Dans ces conditions, c'est à juste titre que la cour pénale a retenu une tentative de tromperie astucieuse et a appliqué les art. 22 al. 1 et 146 al. 1 CP.

### **E. 9**

Condamné à deux ans et demi de réclusion, le recourant se plaint de la sévérité de la peine qui lui a été infligée ( art. 63 CP ).

#### **E. 9.1**

Selon l' art. 63 CP , le juge fixe la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier. La loi n'énonce cependant pas de manière détaillée et exhaustive les éléments qui doivent être pris en considération, ni les conséquences exactes qu'il faut en tirer quant à la fixation de la peine. Elle laisse donc au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte que le Tribunal fédéral n'admettra un pourvoi en nullité portant sur la quotité de la peine que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l' art. 63 CP , si les éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la peine apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doive parler d'un abus du pouvoir d'appréciation ( ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 s. et les arrêts cités).

### **E. 9.2**

En l'espèce, la cour cantonale a considéré que la faute du recourant était très lourde et a insisté sur le fait qu'il s'agissait d'un professionnel de la santé, à qui il incombait une responsabilité particulière. Elle a relevé que son comportement délictueux avait porté sur une importante quantité de stupéfiants et de produits dopants, qu'elle avait duré longtemps, à savoir environ dix-huit mois et qu'elle s'était prolongée malgré les mises en garde du pharmacien cantonal, des administrateurs de la pharmacie K. \_\_\_\_\_ SA, de sa préparatrice en pharmacie et en dépit du contenu de la circulaire du 10 juin 2002 du pharmacien cantonal. Elle a noté que le recourant n'avait pas collaboré à l'instruction, nié l'évidence, fournissant des explications peu plausibles pour justifier son comportement et refusant de se remettre en question. Elle a retenu qu'il avait agi par appât du gain et par vanité, estimant être le seul à comprendre et à s'intéresser aux toxicomanes. Elle a enfin mentionné qu'il n'avait exprimé aucun regret. A sa décharge, elle a tenu compte qu'il n'avait pas d'antécédents (mis à part une condamnation pour conduite en état d'ébriété radiée) et que le crime d'escroquerie était un délit manqué ( art. 22 CP ).

### **E. 9.3**

Le recourant se plaint en particulier de la sévérité de sa peine (deux ans et demi de réclusion) par rapport à celle qui a été infligée au médecin coaccusé (huit mois d'emprisonnement). Dans le contexte de la fixation de la peine, le condamné peut faire valoir une inégalité de traitement. En règle générale, toute comparaison des peines est cependant stérile vu les nombreux paramètres intervenant dans la fixation de la peine. Il ne suffit notamment pas que le recourant puisse citer un ou deux cas où une peine particulièrement clémente a été fixée pour prétendre à un droit à l'égalité de traitement ( ATF 120 IV 136 consid. 3a i.f. p. 144). Il n'en demeure pas moins qu'un écart important entre les peines infligées à deux coaccusés prévenus pour l'essentiel des mêmes infractions doit être fondé sur des motifs pertinents ( ATF 120 IV 136 consid. 3b p. 145; 121 IV 202 consid. 2d p. 204 ss).

En l'espèce, les infractions reprochées au recourant sont plus graves que celles retenues contre le médecin (cas grave de l' art. 20 LStup et non pas cas simple; participation principale aux escroqueries et non pas seulement secondaire, contravention de l' art. 87 al. 1 LPTh ). Le rôle du recourant était en outre de premier plan, alors que le médecin se bornait le plus souvent à établir a posteriori des ordonnances pour couvrir les avances de médicaments accordées par le recourant. Enfin, celui-ci a agi par appât du gain et vanité alors que son comparse a agi plutôt par faiblesse et n'a retiré aucun profit de ce commerce de médicaments. Les circonstances n'étant pas comparables, l'écart entre les peines des deux

accusés apparaît justifié. Mal fondé, le grief du recourant doit être rejeté.

C'est à tort que le recourant se plaint de ce que la cour cantonale n'a pas précisé dans quelle mesure elle a tenu compte du fait que l'escroquerie était un délit manqué. La cour cantonale a clairement mentionné la tentative au titre de circonstance atténuante. Pour le surplus, elle n'est nullement tenue d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'elle accorde à chacun des éléments qu'elle cite. Il suffit en effet que le juge expose, dans sa décision, les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur dont il tient compte, de manière qu'il soit possible de constater que tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés.

Enfin, le recourant fait valoir que la cour cantonale aurait tenu compte trop faiblement des acquittements dont il a bénéficiés par rapport à la feuille d'envoi, dans la mesure où le Ministère public genevois aurait requis une peine de trois ans et que le tribunal aurait prononcé une peine de réclusion de deux ans et demi. Cet argument doit aussi être rejeté, dès lors que le juge n'est pas lié par les réquisitions du procureur, mais doit fixer la peine en fonction de la culpabilité du condamné.

#### **E. 9.4**

En conclusion, la peine de deux ans et demi de réclusion n'apparaît pas, au vu des circonstances, sévère à un point tel qu'il faille conclure à un abus du large pouvoir d'appréciation accordé à la cour cantonale. Cette dernière a motivé de manière détaillée et complète la peine, et le recourant n'invoque aucun élément, propre à modifier la peine, qu'elle aurait omis ou pris en considération à tort. Le grief de violation de l' art. 63 CP est dès lors infondé.

#### **E. 10**

Le pourvoi est rejeté. Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais ( art. 278 al. 1 PPF ).

Vu l'issue du pourvoi, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

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