

## **BGer 6S.90/2005 vom 22. Juli 2005**

Bundesgericht, 2005-07-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6S.90\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6S.90_2005)

FR: TF 6S.90/2005 du 22 juillet 2005

IT: TF 6S.90/2005 del 22 luglio 2005

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le recourant admet que l'autorité cantonale a décrit à satisfaction de droit les différents éléments objectifs de l'escroquerie par métier (cas B.a). En revanche, selon lui, les éléments posés par l'autorité cantonale ne permettent pas de retenir l'intention.

#### **E. 1.1**

Ce que l'auteur savait, voulait ou ce dont il s'accommodait relève du contenu de la pensée, soit de faits "internes" qui, en tant que faits, ne peuvent en principe pas être revus dans le cadre d'un pourvoi en nullité ( art. 273 al. 1 let. b et 277bis PPF ), même si l'autorité cantonale s'est prononcée à cet égard, en l'absence d'aveux de l'auteur, en se fondant sur des éléments extérieurs révélateurs ( ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252).

Toutefois, la question de savoir si les éléments extérieurs retenus en tant que révélateurs du contenu de la conscience et de la volonté autorisent à admettre que l'auteur a agi par dol éventuel relève du droit. Ainsi, lorsque l'autorité cantonale a déduit l'élément subjectif du dol éventuel sur la base d'éléments extérieurs, faute d'aveux de l'auteur, les questions de fait et de droit interfèrent sur certains points. Le Tribunal fédéral peut dès lors revoir, dans une certaine mesure, si ces éléments extérieurs ont été correctement appréciés au regard de la notion juridique du dol éventuel (cf. ATF 125 IV 242 consid. 3c p. 252; 121 IV 249 consid. 3a/aa p. 253; Martin Schubarth, Nichtigkeitsbeschwerde - Staatsrechtliche Beschwerde - Einheitsbeschwerde, PJA 1992 p. 849 ss, spéc. 851 s.). Parmi les éléments extérieurs permettant de conclure que l'auteur s'est accommodé du résultat dommageable pour le cas où il se produirait figurent notamment les mobiles de l'auteur et la manière dont il a agi ( ATF 125 IV 242 consid. 3c in fine p. 252).

#### **E. 1.2**

En l'occurrence, l'autorité cantonale a déduit la volonté délictueuse de plusieurs éléments. Elle a d'abord constaté que les trois associés avaient poursuivi pour leur propre compte l'activité qu'ils déployaient avec la société qui les employait précédemment et dont ils savaient que les représentants avaient connu des ennuis judiciaires. En outre, les associés agissaient par l'intermédiaire de courtiers formés rapidement, qui obéissaient à des directives claires et uniformes données par les associés, qui n'avaient à la base aucune autre formation financière et qui étaient payés à la commission et incités à démarcher de manière agressive en expliquant les possibilités de gain aux interlocuteurs, qu'ils recontactaient souvent à plusieurs reprises. Enfin, les associés expliquaient aux clients les pertes comme résultant des aléas boursiers, taisant soigneusement le montant effectif de la commission forfaitaire.

En déduisant de ces éléments la volonté d'escroquer les clients, l'autorité cantonale n'a pas violé le droit fédéral. Il résulte en effet clairement des circonstances susmentionnées que le

but du recourant était d'amener les clients à lui confier leur argent afin de prélever une importante commission et non de placer les valeurs sur le marché boursier selon les règles de l'art en vue de les faire fructifier. L'absence de formation des courtiers en matière de produits dérivés est à cet égard particulièrement révélateur. Mal fondé, le grief du recourant doit donc être rejeté.

## **E. 2**

Le recourant conteste ensuite l'escroquerie en relation avec l'utilisation indue de la carte de crédit de son ancienne amie (cas B.b).

### **E. 2.1**

En présentant la carte de son amie, le recourant a prétendu, par acte concluant, être le titulaire légitime de la carte. Ce faisant, il a trompé l'entreprise contractuelle. Le recourant soutient cependant que cette tromperie ne serait pas astucieuse, dès lors que l'hôtesse de l'aéroport de Luxembourg n'aurait pas observé les mesures de précaution élémentaires.

### **E. 2.2**

Il y a astuce, au sens de la jurisprudence, lorsque l'auteur recourt à des manoeuvres frauduleuses, à une mise en scène comportant des documents ou des actes ou à un échafaudage de mensonges qui se recourent de façon si raffinée que même une victime critique se laisserait tromper ( ATF 122 IV 197 consid. 3d p. 205). Il y a ainsi 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, n. 18, 146 CP, p. 305). L'astuce sera également retenue si, en fonction des circonstances, une vérification ne pouvait pas être exigée de la dupe ( ATF 126 IV 165 consid. 2a p. 171). Cette hypothèse vise en particulier les opérations courantes, de faible valeur, pour lesquelles une vérification entraînerait des frais ou une perte de temps disproportionnée ou ne peut être exigée pour des raisons commerciales (Corboz, *op. cit.*, n. 20, art. 146, p. 305).

L'astuce ne sera 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 qu'elle fasse preuve de la plus grande diligence et qu'elle recoure à toutes les mesures de prudence possibles (arrêt 6S.740/1997 du 18 février 1998, reproduit in SJ 1998 p. 457, consid. 2; ATF 122 IV 246 consid. 3a p. 248). L'astuce ne sera exclue que si la dupe est coresponsable du dommage parce qu'elle n'a pas observé les mesures de prudence élémentaires qui s'imposaient ( ATF 128 IV 18 consid. 3a p. 20; 126 IV 165 consid. 2a p. 171; 119 IV 28 consid. 3f p. 38).

### **E. 2.3**

En matière de cartes de crédit, l'usage commercial (et même le contrat qui lie l'entreprise contractuelle à l'organisme d'émission dans un système tripartite) n'exige pas du fournisseur de prestations qu'il demande la carte d'identité de l'utilisateur de la carte de paiement (Daniel Stoll, *Les cartes et moyens de paiement analogues*, thèse Lausanne, 2001, p. 222, 285). Il suffit que le titulaire présente sa carte et signe la facture qu'on lui présente. En effet, un contrôle systématique de l'identité irait à l'encontre de la rapidité des échanges commerciaux et remettrait entièrement en cause le système même du paiement par carte de crédit. Toutefois, le fournisseur de prestations est tenu à un certain nombre de contrôles élémentaires, tels l'échéance de la carte, la consultation des cartes bloquées et le contrôle de

la correspondance entre la signature de la carte et la signature sur la facture (Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkarten- Kriminalität, Zurich 1994, § 8 n. 115 note 186; Stoll, op. cit., p. 285). Ces vérifications sont imposées au fournisseur de prestations pour qu'il obtienne le remboursement de l'organisme d'émission en cas d'usage d'une carte de crédit volée ou perdue (Stoll, op. cit., p. 192, 285).

La vérification de la correspondance de la signature de la facture avec celle apposée sur la carte fait donc partie des mesures de prudence élémentaires que doit prendre tout fournisseur de prestations lorsqu'il accepte une carte de crédit comme moyen de paiement. L'astuce devra ainsi être niée si les deux signatures n'ont rien de commun au premier coup d'oeil et qu'un contrôle de routine aurait permis de déceler le faux. La simple présentation de la carte de crédit et la signature de la facture ne suffisent dès lors pas pour retenir l'astuce. Encore faut-il que l'auteur entreprenne une manoeuvre supplémentaire, qui empêche le fournisseur de prestations de déceler la fausse identité, par exemple qu'il imite la signature du titulaire de la carte ou qu'il dissuade le commerçant de vérifier la conformité de sa signature avec celle figurant sur la carte (Daniel Stoll, op. cit., p. 285 s.; Andreas Eckert, Die Strafrechtliche Erfassung des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, thèse Zurich, 1991, p. 110; cf. aussi Martin Buser, Straftaten im Zusammenhang mit Kreditkarten, thèse Berne, 1986, p. 92).

#### **E. 2.4**

En l'occurrence, le recourant a utilisé une carte de crédit qui ne lui appartenait pas et a signé faussement le coupon qui lui était présenté avec l'initiale V. et le nom F.\_\_\_\_\_, apposant ainsi une fausse signature sur un document ayant une portée juridique. A la lecture de l'arrêt, on ignore cependant si le recourant s'est contenté de signer faussement du nom de son amie ou s'il a imité la signature de celle-ci et si, partant, la fausse signature était facilement décelable. A cet égard, le seul prénom de Valérie ne saurait suffire pour susciter des doutes chez l'hôtesse, puisque celui-ci peut aussi constituer un prénom masculin.

L'arrêt attaqué ne précise pas non plus si le recourant a dissuadé l'hôtesse de l'air de procéder à des vérifications ou s'il existait des circonstances particulières qui lui permettaient d'admettre d'emblée qu'il ne serait procédé à aucune vérification. A cet égard, le seul espoir que le partenaire commercial ne procédera à aucune vérification ne suffit pas pour fonder l'astuce. En effet, l'astuce n'existe que si la prévision qu'il n'y aura pas de contrôle est fondée sur une relation de confiance particulière, sur un règlement ou sur des assurances claires et non pas seulement sur de simples observations permettant d'attendre ce comportement ( ATF 107 IV 169 consid. 2c p. 171).

Au vu des constatations cantonales, il n'est dès lors pas possible à la cour de céans de déterminer si le recourant a agi de manière astucieuse, soit parce qu'il a imité la signature du titulaire de la carte, soit parce qu'il a dissuadé l'hôtesse de l'air de procéder à une vérification. L'arrêt attaqué doit donc être annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale en application de l' art. 277 PPF .

#### **E. 3**

Le recourant conteste la créance compensatrice de 30'000 francs dont il fait l'objet, faisant valoir que le tribunal n'a pas examiné si celle-ci était de nature à entraver sérieusement sa réinsertion.

#### **E. 3.1**

Selon l' art. 59 ch. 1 CP , le juge prononcera la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

Le ch. 2 de l' art. 59 CP précise que lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonnera leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. Le juge pourra renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne serait pas recouvrable ou qu'elle entraverait sérieusement la réinsertion de l'intéressé ( art. 59 ch. 2 al. 2 CP ). Il faut donc rechercher si une suppression ou une réduction de la créance compensatrice se justifie au motif qu'elle entraverait la réinsertion sociale de l'auteur; cela suppose une appréciation globale de la situation financière de l'intéressé ( ATF 122 IV 299 consid. 3b p. 302; 119 IV 17 consid. 3 p. 24).

### **E. 3.2**

Après avoir rappelé que le recourant avait participé à une escroquerie par métier qui a abouti à des millions de préjudice et que son enrichissement personnel s'était élevé à 700'000 francs pour la période de février à décembre 1998, l'autorité cantonale a ordonné une créance compensatrice, dont elle a fixé le montant à 30'000 francs pour tenir compte de la réinsertion du recourant. Elle a permis au recourant de la payer par mensualités de 600 francs, considérant que cet effort de paiement mensuel n'entamerait pas son minimum vital.

Les constatations cantonales sur la situation personnelle du recourant ne permettent cependant pas de déterminer quel serait le minimum vital du recourant. Il est seulement précisé que le recourant perçoit depuis 2003 des allocations de chômage de 5'500 francs, qu'il n'a pas d'économie, que sa femme se consacre à l'éducation de leur enfant et qu'il a des impôts en retard. La jurisprudence exige cependant une appréciation globale de la situation financière de l'intéressé. Du moment que l'autorité cantonale a admis que le recourant avait des dettes d'impôt, elle devait s'intéresser à l'incidence de celles-ci sur la situation financière du recourant. L'autorité cantonale semble du reste avoir fixé le montant de la créance compensatrice plus en fonction de la culpabilité du recourant que des bénéfices réalisés et de la situation financière de celui-ci, dès lors que, s'agissant du montant de la créance compensatrice d'un des coaccusés, elle a déclaré que "suivant les considérations qui précèdent et qui reviennent à dire que sa culpabilité est double de celle de ses coaccusés, on prononcera une créance compensatrice d'un montant de fr. 60'000". En omettant d'élucider la situation financière du recourant, l'autorité cantonale a perdu de vue un élément pertinent pour dire s'il convenait de réduire la créance compensatrice ou d'y renoncer. Pour ce motif également, l'arrêt attaqué viole le droit fédéral.

### **E. 4**

Enfin, le recourant critique l'application de l' art. 41 ch. 2 CP . La question litigieuse est de savoir si l'autorité cantonale pouvait imposer au recourant, comme règle de conduite, l'obligation de s'acquitter ponctuellement de mensualités de 600 francs au moins en vue de l'amortissement de la créance compensatrice dont il est débiteur.

#### **E. 4.1**

Il convient d'abord de se demander quelle incidence aurait l'admission du pourvoi en ce qui concerne la règle de conduite sur le principe même du sursis. Soit le recourant conserve le bénéfice du sursis quand bien même l'admission du pourvoi conduirait à la suppression de

la règle de conduite, pourtant à l'origine de l'octroi du sursis. Soit l'on considère que le sursis et la règle de conduite forment un tout, de telle sorte que l'admission du pourvoi et la suppression consécutive de la règle de conduite permettraient à l'autorité cantonale, à laquelle la cause serait renvoyée, de revenir sur l'octroi du sursis. Dans ce dernier cas, se poserait toutefois la question de la recevabilité du pourvoi, dont l'admission aurait en définitive pour conséquence très probable le refus du sursis. En effet, un sursis avec une règle de conduite étant objectivement plus favorable qu'un refus du sursis, le recourant n'aurait ainsi pas d'intérêt juridique à recourir (cf. ATF 124 IV 94 consid. 1a p. 95). La question a été laissée ouverte dans l'ATF 130 IV 1 consid. 1 (non publié), car le pourvoi avait été rejeté.

Dans la mesure où la règle de conduite vise un autre but (par ex. un but essentiellement punitif), il faut admettre que sa suppression ne met pas en danger le but poursuivi par l'octroi du sursis, qui est l'amendement du coupable. Dès lors, le recourant devrait conserver le bénéfice du sursis quand bien même l'admission du pourvoi conduirait à la suppression de la règle de conduite, pourtant à l'origine de l'octroi du sursis. Il s'ensuit qu'il convient d'entrer en matière sur le grief du recourant.

## **E. 4.2**

Selon l'art. 41 ch. 2 al. 1 CP, le juge qui accorde le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté peut non seulement astreindre le condamné à un patronage, mais il peut également lui imposer, pendant le délai d'épreuve, des règles de conduite, notamment quant à son activité professionnelle, à son lieu de séjour, au contrôle médical, à l'abstention de boissons alcooliques et à la réparation du dommage dans un délai déterminé.

### **E. 4.2.1**

Cette disposition donne donc au juge, lorsqu'il octroie le sursis, la faculté de fixer, pour la durée du délai d'épreuve, une règle de conduite adaptée au but du sursis, qui est l'amendement durable du condamné. La règle de conduite ne doit pas avoir un rôle exclusivement punitif et son but ne saurait être de porter préjudice au condamné. Elle doit être conçue en premier lieu dans l'intérêt du condamné et de manière à ce qu'il puisse la respecter; elle doit par ailleurs avoir un effet éducatif limitant le danger de récidive (ATF 130 IV 1 consid. 2.1 p. 2 s.; 108 IV 152 consid. 3a p. 152/153; 106 IV 325 consid. 1 p. 327/328 et les arrêts cités). Le choix et le contenu de la règle de conduite doivent s'inspirer de considérations pédagogiques, sociologiques et médicales. L'autorité cantonale ne saurait notamment concevoir ladite règle comme une peine accessoire ou une mesure de sûreté (ATF 107 IV 88 consid. 3a p. 89 concernant l'art. 38 ch. 3 CP).

La jurisprudence a jugé contraire au droit fédéral la règle de conduite imposant à un condamné d'effectuer un travail particulier en expiation, en l'occurrence celle consistant à astreindre l'auteur d'un vol à travailler pendant 12 jours dans un hôpital, une telle règle étant sans rapport avec l'acte délictueux commis et n'étant ni destinée ni propre à limiter le danger de récidive d'un tel acte (ATF 108 IV 152 consid. 3b p. 153 s.). De même, la règle de conduite imposant à un condamné l'obligation de payer les frais de procédure a été considérée comme inadmissible, dès lors qu'une telle règle n'avait aucune fonction de resocialisation et ne servait pas à la couverture du dommage, mais avait pour seul but de sauvegarder les intérêts financiers de l'Etat (ATF 71 IV 177 consid. 1 p. 178; Schneider, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2003, n. 171, art. 41, p. 537). Pour les mêmes raisons, le Tribunal cantonal d'Argovie a jugé inadmissible la règle de conduite consistant à

payer une amende dans un délai déterminé (AGVE 1984 N° 29).

#### **E. 4.2.2**

La règle de conduite litigieuse n'est ni propre ni destinée à assurer la réinsertion sociale du recourant. L'autorité cantonale y voit un effet éducatif, dans la mesure où celle-ci permettrait au recourant de prendre plus ample conscience de sa faute par des versements réguliers. Elle confond cependant l'effet lié à la créance compensatrice elle-même avec celui lié à la règle de conduite. En effet, c'est le paiement de la créance compensatrice qui exercera cet effet éducatif et non la règle de conduite qui n'est qu'un moyen d'assurer le paiement de la créance compensatrice. La créance compensatrice ne saurait pas non plus être assimilée à la réparation du dommage. En effet, elle doit être payée à l'Etat pour éviter que l'auteur de l'infraction ne tire profit de son infraction. Par dommage au sens de l' art. 41 ch. 2 CP , il faut en revanche entendre le préjudice que l'infraction a causé à la personne qui en est victime.

En définitive, le but inavoué de la règle de conduite critiquée est d'assurer le versement de la créance compensatrice à l'Etat, en menaçant le recourant de détention en cas de non-paiement. De même que la règle de conduite imposant à un condamné l'obligation de payer les frais de procédure, une telle règle est contraire à l' art. 41 ch. 2 CP . Le pourvoi doit donc également être admis sur ce point.

#### **E. 5**

Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être partiellement admis et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Vu l'issue du pourvoi, il ne sera pas perçu de frais et une indemnité de dépens réduite sera allouée au recourant pour la procédure devant le Tribunal fédéral ( art. 278 al. 3 PPF ).

Il n'est pas réclamé de frais au Ministère public vaudois ( art. 278 al. 2 PPF ).

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