Concours imparfait entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel commis subséquemment

Arrêt TF 6B_1450/2020 (i) du 5 septembre 2022*

Par Alexia Blanchet, le 20 octobre 2022

> Le Tribunal fédéral modifie sa jurisprudence relative au concours entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel commis subséquemment, en bonne application de la théorie de la participation à l'illégalisme (*Unrechtsteilnahmetheorie*). Le recel constitue un acte subséquent non punissable (*straflose Nachtat*) coréprimé (*mitbestrafte*) par l'instigation à l'infraction contre le patrimoine commise préalablement.

I. En fait

Entre janvier 2014 et août 2015, C, gérante remplaçante, et D, vendeuse dans une station-service, ont soustrait 6478 cartouches de cigarettes d'une valeur totale de CHF 421'070.- à leur employeur.

En mars 2014, A, informé par D de la possibilité d'acheter des cartouches de cigarettes à un prix inférieur à celui du marché, a commencé à commander régulièrement des cartouches auprès de C et D tout en sachant que pour obtenir la marchandise, C et D auraient dû commettre des vols à la station-service. A a acheté 3475 cartouches de cigarettes au prix de EUR 35.- ou CHF 45.- par cartouche, et a revendu la majorité pour EUR 40.- en Italie et CHF 50.- en Suisse, ses revenus servant à financer son train de vie et celui de sa famille.

Par ordonnance pénale, le Ministère public du canton du Tessin condamne A à une peine privative de liberté de 18 mois pour (tentative d')instigation à vol qualifié commis en bande et par métier et pour recel qualifié commis par métier. A forme opposition et est reconnu coupable par jugement du Tribunal pénal tessinois, d'instigation (en partie tentée) à vol qualifié, cette infraction absorbant le recel. À la suite de l'appel de A et de l'appel joint du Ministère public, la Cour pénale d'appel et de révision du canton du Tessin condamne A pour (tentative d')instigation à vol qualifié et recel qualifié. A porte l'affaire devant le Tribunal fédéral et conclut à son acquittement du chef d'instigation (en partie tentée) à vol qualifié, ainsi qu'à la réduction de la peine privative de liberté prononcée contre lui à un maximum de 12 mois.

II. En droit

En premier lieu, le recourant conteste sa condamnation pour instigation à vol. En effet, il relève le fait que C et D ont débuté leur activité criminelle avant son implication. Il est d'avis que les juges cantonaux seraient partis du principe selon lequel, sans son intervention, les

vols n'auraient pas été commis. Or, le recourant estime qu'être leur meilleur client ne signifie pas encore la réalisation des éléments constitutifs d'une instigation et qu'il n'a pas pu les décider à commettre une infraction qu'elles étaient déjà déterminées à réaliser (c. 2.2).

Le Tribunal fédéral rappelle que l'instigation (art. 24 al. 1 CP) consiste à décider autrui à commettre un crime ou un délit. Un lien de causalité entre le comportement de l'instigateur et la prise de décision de l'instigué doit exister. Il n'est pas nécessaire que l'instigateur ait dû surmonter la résistance de l'instigué. L'instigation suppose l'exercice direct d'une influence psychique ou intellectuelle sur la volonté d'autrui. Cette volonté peut être suscitée chez la personne déjà disposée à s'exécuter ou celle qui propose de s'exécuter, sans avoir pris la décision de commettre l'infraction (ATF 144 IV 265, c. 2.3.2). Si l'auteur a déjà pris la décision de réaliser l'infraction, il est un *omnimodo facturus*. Dans cette configuration, la doctrine relève que celui qui tente de déterminer un *omnimodo facturus* répond d'une tentative d'instigation, s'il ignore que l'auteur direct avait déjà pris la résolution délictueuse. S'il sait que l'auteur direct est déjà déterminé et qu'il renforce son intention délictueuse, celui qui l'incite répond d'une complicité psychique (art. 25 CP). L'instigation peut prendre la forme d'une question, d'une suggestion ou être réalisée par actes concluants. L'intention de l'instigateur doit porter sur le fait que son comportement est susceptible de décider autrui à commettre une infraction (c. 2.4.1).

Selon le Tribunal fédéral, c'est à tort que le recourant attribue le rôle d'*omnimodo facturus* à C et D. Aux vols commis de leur propre initiative s'ajoutent les nombreux vols perpétrés afin de remettre les cartouches commandées par le recourant. Il existe en ce sens un lien de causalité entre les vols réalisés par C et D et les demandes de A. L'intéressé les a ainsi déterminées à commettre de nombreux vols. Par ailleurs, le recourant ne peut se prévaloir de la circonstance aggravante du métier dont répondent les deux femmes. Cette circonstance aggravante permet de regrouper une pluralité d'actions en une unité juridique d'actions, les règles du concours parfait d'infractions de l'art. 49 CP ne trouvant pas à s'appliquer. Néanmoins, cette unité juridique n'empêche pas de retenir une instigation à certaines des infractions commises (c. 2.5).

En second lieu, le recourant conteste le concours parfait entre l'instigation (en partie tentée) à vol qualifié et le recel (c. 3).

Le Tribunal fédéral rappelle que l'auteur ou le coauteur de l'infraction contre le patrimoine ne peut pas également être le receleur des choses mobilières soustraites (voir not. ATF 124 IV 274, c. 3a) (c. 3.1). Il relève ensuite que la cour cantonale a retenu un concours parfait entre l'instigation (en partie tentée) à vol qualifié et le recel, en se fondant sur l'ATF 70 IV 63. Dans cet arrêt, les juges fédéraux ont admis le concours parfait entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel. Ainsi, l'instigateur qui décide autrui à commettre une infraction contre le patrimoine avec l'intention d'acquérir ou de recevoir l'objet de l'infraction en don et qui réalise cette intention répond tant de l'instigation à l'infraction préalable que du recel. En revanche, l'auteur de l'infraction contre le patrimoine ne peut se rendre coupable de recel, car le fait qu'il souhaite tirer profit de la chose découle directement de la commission de l'infraction contre le patrimoine. Il en va autrement pour l'instigateur. Le

principe de l'art. 24 al. 1 CP est que l'instigateur mérite la même peine que l'auteur. Le Tribunal fédéral a refusé de suivre le courant doctrinal considérant que l'on ne pouvait répondre aussi bien de l'instigation à l'infraction préalable que du recel. Les juges fédéraux ont expliqué que les différences entre le résultat soutenu par ce courant et leur position étaient minimes, car même sans appliquer la règle de l'art. 49 CP, il fallait prendre en compte le fait que le receleur avait également instigué l'auteur de l'infraction contre le patrimoine lors de la fixation de la peine (art. 47 CP) (c. 3.2).

Une partie de la doctrine se rallie au Tribunal fédéral (voir not. Peter NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 1993, 236). Une autre partie, dominante, nie le concours parfait entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel, considérant que le recel constitue un acte subséquent coréprimé par l'instigation (voir not. BSK StGB-WEISSENBERGER, art. 160 N 97). Certains auteurs de doctrine ont relevé que la jurisprudence sur le concours parfait entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel précède l'abandon par le Tribunal fédéral de la théorie de la participation à la faute (*Schuldteilnahmetheorie* ; ou *Korruptionstheorie*) au profit de la théorie de la participation à l'illégalisme (*Unrechtsteilnahmetheorie* ; voir not. Hans WALDER, RPS 103/1996, 269). Ces auteurs préconisent donc un changement de jurisprudence concernant le concours d'infractions (c. 3.3. et 3.4 1e par.).

Dans l'ATF 100 IV 1, le Tribunal fédéral rappelle que l'instigateur répond de la même peine que l'auteur et se situe sur le même niveau de culpabilité que celui-ci en raison du fait qu'il prend une part essentielle à la décision, à la planification et à la préparation de l'infraction. La *Korruptionstheorie* doit être exclue, car elle suppose une condamnation particulière de l'instigateur au motif qu'il contribue à la désintégration sociale de l'instigué. Une telle condamnation aurait pour objet la mise en danger de l'intégrité morale de l'instigué, soit un bien juridique qui n'est pas protégé par la disposition spéciale violée par l'auteur. L'instigation constitue une forme de participation accessoire, dont la punissabilité se fonde sur l'infraction commise par l'auteur. Il ne s'agit pas d'une infraction indépendante et elle ne se conçoit qu'en lien avec une infraction du Code pénal ou d'une autre loi fédérale (voir not. ATF 144 IV 265, c. 2.3.2) (c. 3.4 2e par.).

Par souci de cohérence avec la théorie de la participation à l'illégalisme, le Tribunal fédéral change sa jurisprudence relative au concours entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel et retient un concours réel imparfait. En substance, le Tribunal fédéral considère que le recel constitue un acte subséquent non punissable (*straflose Nachtat*) coréprimé (*mitbestrafte*) par l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et applique donc à l'instigateur le même traitement que celui réservé au participant principal de l'infraction contre le patrimoine qui commet ensuite un recel. Le concours parfait retenu par la cour cantonale viole ainsi le droit fédéral (c. 3.5).

Partant, le recours est admis sur ce point (c. 5).

III. Commentaire

En bonne application de la théorie de la participation à l'illégalisme, ce changement de jurisprudence est bienvenu (sur la question de l'abandon de la théorie de la participation à la faute au profit de celle de la participation à l'illégalisme, voir CR CP I-STRÄULI, Intro aux art. 24 à 27 N 121 ss). En effet, retenir un concours réel parfait entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel subséquent revenait à traiter l'instigateur à l'infraction préalable plus défavorablement que celui qui agit à titre principal tant pour l'infraction préalable que pour l'infraction de recel (PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, art. 160 N 21), car l'on ne peut pas être son propre receleur (ATF 124 IV 274, c. 3a). Cet arrêt ne règle toutefois pas le sort du *complice* de l'infraction contre le patrimoine qui commet un recel subséquent. On ne saurait retenir un concours réel parfait entre la complicité de l'infraction contre le patrimoine et le recel, solution qui reviendrait à punir plus sévèrement le complice que l'instigateur ou le participant principal à l'infraction préalable (BSK StGB-WEISSENBERGER, art. 160 N 98 ; PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, art. 160 N 21), bien que le complice bénéficie d'une atténuation de la peine au sens de l'art. 25 CP. Nous préconisons donc la solution du concours réel imparfait, à l'instar du traitement réservé à l'instigateur dans cet arrêt, en faisant primer l'infraction assortie de la peine-menace la plus élevée (Günter STRATENWERTH/Felix BOMMER, Besonderer Teil I : Straftaten gegen Individualinteressen, 8e éd., Berne 2022, § 20 N 28).

Proposition de citation : Alexia BLANCHET, Concours imparfait entre l'instigation à l'infraction contre le patrimoine et le recel commis subséquemment, in : https://www.crimen.ch/145/ du 20 octobre 2022