[AZA 0/2]
6S.507/2001/DXC

COUR DE CASSATION PENALE
****

6 décembre 2001

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président,
M. Schneider, M. Wiprächtiger, M. Kolly et M. Karlen,
Juges. Greffière: Mme Angéloz.

_____

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par
X._____,

contre
l'arrêt rendu le 25 juin 2001 par la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise dans la cause qui oppose le recourant au Procureur général du canton de G e n è v e;

(tentative d'instigation à vol)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Par jugement du 9 janvier 2001, le Tribunal de police de Genève, statuant sur opposition à une ordonnance rendue le 26 juin 2000 par le Procureur général, a condamné X._____, né en 1957, pour tentative d'instigation à vol (art. 21 al. 1, 24 al. 2 et 139 ch. 1 CP), à la peine de 45 jours d'emprisonnement avec sursis pendant 3 ans. Il a par ailleurs condamné un coaccusé, Y._____, pour la même infraction, à la peine de 3 mois d'emprisonnement avec sursis pendant 3 ans.

Les appels interjetés par les condamnés contre ce jugement ont été écartés par arrêt du 25 juin 2001 de la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise.

B.- La condamnation des accusés repose, en résumé, sur les faits suivants:

a) L'Etude d'avocats A._____, à Genève, a été mandatée par la Banque cantonale de Genève dans le cadre de procédures civiles et pénales dirigées contre X._____. Eu égard à la complexité du dossier pénal, l'Etude a souhaité regrouper les documents essentiels de cette procédure sur un CD-ROM et traiter facilement les données au moyen de clefs de tri. Ce travail a été confié à Z._____, informaticien indépendant.

Z._____, qui envisageait d'effectuer une traversée de l'Atlantique en solitaire sur un voilier, était à la recherche d'un solde de financement pour ce projet.
A cette fin, il s'est rendu le 2 juin 1999 en début d'après-midi chez un ami de son père, Y._____. Ce dernier lui a parlé de X._____, avec lequel il était en relation d'affaires, comme d'une personne susceptible de l'aider. Voulant mettre Y._____ en garde contre X._____, Z._____ lui a révélé qu'il travaillait, au sein de l'Etude d'avocats A._____, sur un CD-ROM contenant des informations relatives à X._____.
Y._____, qui souhaitait non seulement aider le fils de son ami mais conclure une affaire de pétrole avec X._____, a alors suggéré à Z._____ de proposer à X._____ d'acquérir une copie du CD-ROM en contrepartie d'une somme de 20'000 francs.

En cours d'après-midi, Y._____ a contacté téléphoniquement X._____ pour convenir d'un rendez-vous

le jour même dans sa boucherie, lui disant qu'il avait une s̈uper affaire¨ a lui proposer. Selon Z._____, après ce téléphone, Y._____ lui a dit qu'il aurait son financement; il lui a par ailleurs demandé de lui indiquer l'intitulé exact de l'Etude d'avocats pour laquelle il travaillait, qu'il a inscrit sur un papier.

X._____ est arrivé vers 18 heures 30 à la boucherie, où Y._____ lui a présenté Z._____ comme étant son filleul. Comme convenu précédemment avec Y._____, Z._____ a alors quitté la boucherie pour se rendre dans un café des environs, où Y._____ et X._____ l'ont rejoint plus tard. Selon Z._____, l'un de ceux-ci, mais il ne se souvenait plus lequel, lui a alors proposé de remettre un exemplaire du CD-ROM à X._____ en contrepartie d'un montant de l'ordre de 20'000 francs; l'idée de cet échange revenait toutefois à Y._____, qui l'avait évoquée devant lui avant l'arrivée de X._____ à la boucherie. Z._____ a admis n'avoir rien objecté à cette proposition d'échange, car il avait besoin de l'argent pour réaliser son projet de régate et les échéances approchaient. Quelques minutes plus tard, Y._____ est retourné dans sa boucherie, laissant Z._____ et X._____ seuls dans le café. Au terme de la discussion, Z._____ a communiqué son numéro de téléphone à X._____ pour qu'il puisse le contacter.
Il a été retenu qu'à l'issue de sa rencontre avec Y._____ et X._____, Z._____ était déterminé à remettre une copie du CD-ROM à X._____ contre une rémunération de 20'000 francs.

Le 8 juin 1999 au matin, Z._____, après réflexion, s'est ravisé. Il a téléphoné à son employeur, lui expliquant qu'il avait été contacté par X._____, qui lui avait proposé, par l'intermédiaire d'un ami de sa famille, dont il a tu le nom, de lui verser une somme d'argent de l'ordre de 20.000 francs contre la remise d'une copie du CD-ROM constitué par ses soins. L'Etude d'avocats A._____ a alors déposé plainte pénale, le 10 juin 1999, contre X._____ pour instigation à vol et instigation à violation du secret professionnel.
Z._____ a accepté de participer à l'enquête ouverte à la suite de cette plainte et d'agir sur les instructions de la police.

Le 8 juin 1999, X._____ a appelé Z._____ afin de fixer un rendez-vous pour l'échange. Voulant gagner du temps, Z._____ a allégué un problème avec le graveur de CD. Un rendez-vous a cependant été fixé au 10 juin 1999 à Annemasse, près de la frontière suisse, où un motard coiffé d'un casque rouge devait procéder à l'échange. Sur conseil de la police, Z._____ ne s'est toutefois pas présenté à ce rendez-vous. X._____ l'a rappelé le soir du 15 juin, puis à nouveau à deux reprises le lendemain, lui proposant un rendez-vous dans ses bureaux à Genève. Le 16 juin 1999, sous le contrôle de la police et du Ministère public, Z._____ a remis à X._____ le CD-ROM en échange d'une enveloppe contenant 20'000 francs. X._____ a alors été interpellé par la police, qui a en outre procédé à une perquisition et a notamment saisi le CD-ROM.

b) Les juges cantonaux ont considéré qu'en acceptant de verser 20'000 francs à Z._____ en contrepartie de la remise d'un CD-ROM appartenant à ses employeurs, X._____ l'avait conforté de manière décisive dans son intention délictueuse et qu'il s'était ainsi rendu coupable de tentative d'instigation à vol. Quant à Y._____, il s'était rendu coupable de la même infraction en essayant, non seulement pour aider le fils d'un ami mais pour conclure une affaire de pétrole avec X._____, d'amener Z._____ à remettre le CD-ROM à X._____ contre une somme de 20'000 francs.

Au stade de la fixation de la peine, il a notamment été tenu compte de l'importance de la faute et des mobiles de chacun des accusés, de leur situation personnelle et de leur absence d'antécédents judiciaires ainsi que de leur comportement durant la procédure.

C.- X._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Contestant qu'une instigation à vol puisse lui être reprochée, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué.

Considérant en droit :

1.- Saisie d'un pourvoi en nullité, qui ne peut être formé que pour violation du droit fédéral (art. 269 PPF), la Cour de cassation contrôle l'application de ce droit sur la base d'un état de fait définitivement arrêté par l'autorité cantonale (cf. art. 277bis et 273 al. 1 let. b PPF). Le raisonnement juridique doit donc être mené sur

la base des faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant est irrecevable à s'écarter (ATF 124 IV 53 consid. 1 p. 55, 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités).

2.- Le recourant invoque une violation des art. 18, 24 al. 2 et 139 ch. 1 CP. Il conteste avoir intentionnellement décidé Z._____ à commettre un vol et en déduit que seule aurait pu entrer en considération une tentative d'instigation à soustraction de données au sens de l'art. 143 CP, dont les conditions ne seraient toutefois pas réalisées.

a) Est un instigateur celui qui, intentionnellement, décide autrui à commettre un crime ou un délit (art. 24 al. 1 CP). L'instigation consiste à susciter chez autrui la décision de commettre un acte déterminé.
La décision de l'instigué de commettre l'acte doit résulter du comportement incitatif de l'instigateur; il faut donc qu'il existe un rapport de causalité entre ces deux éléments. Il n'est pas nécessaire que l'instigateur ait dû vaincre la résistance de l'instigué; la volonté d'agir peut être déterminée même chez celui qui est disposé à agir ou chez celui qui s'offre à accomplir un acte réprimé par le droit pénal et cela aussi longtemps que l'auteur ne s'est pas encore décidé à passer à l'action concrètement.
L'instigation n'entre en revanche pas en considération si l'auteur de l'acte était déjà décidé à le commettre (ATF 127 IV 122 consid. 2b/aa p. 127 s. et la jurisprudence citée; cf. également ATF 124 IV 34 con-sid. 2c p. 37 s. et les références citées). Par ailleurs, celui qui se borne à créer une situation dans laquelle une autre personne pourrait éventuellement se décider à commettre une infraction n'est pas un instigateur. L'instigation implique bien plutôt une influence psychique ou intellectuelle directe sur la formation de la volonté d'autrui. Peut être un moyen d'instigation tout comportement propre à susciter chez autrui la décision d'agir, même une simple demande, une suggestion ou une invitation concluante (ATF 127 IV 122 consid. 2b/aa p. 127 s. et les références citées).

Sur le plan subjectif, l'instigation doit être intentionnelle, mais le dol éventuel suffit (ATF 116 IV 1 consid. 3d p. 3 et les références citées). Il faut donc que l'instigateur ait su et voulu ou, à tout le moins, envisagé et accepté que son intervention était de nature à décider l'instigué à commettre l'infraction.

Pour qu'il y ait instigation, il faut que l'instigué ait agi, c'est-à-dire qu'il ait commis ou, à tout le moins, tenté de commettre l'infraction. Si, pour un motif ou un autre, l'instigué n'agit pas, une condamnation ne peut éventuellement être prononcée que pour tentative d'instigation, laquelle n'est toutefois punissable que pour autant que l'infraction visée soit un crime (cf.
art. 24 al. 2 CP).

L'instigation étant une forme de participation à une infraction déterminée, ses éléments matériels sont ceux de cette infraction. Savoir s'il y a eu instigation à une infraction donnée doit donc être déterminé en référence aux éléments de cette infraction.

b) Se rend coupable de vol celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, soustrait une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se l'approprier (art. 139 ch. 1 al. 1 CP).
Un support de données, tel qu'un CD-ROM ou une copie de celui-ci, est une chose mobilière, de sorte que celui qui, intentionnellement et dans un dessein d'enrichissement, soustrait un tel objet appartenant à autrui pour se l'approprier, que ce soit en vue de le conserver ou de l'aliéner (ATF 85 IV 17 consid. 1 p. 19), commet un vol (ATF 111 IV 74 consid. 1 p. 75).

Certes, s'agissant d'un objet qui présente la particularité de contenir des données informatiques, on peut se demander si sa soustraction peut éventuellement aussi tomber sous le coup de l'art. 143 CP, applicable en concours, pour autant que les conditions de cette disposition soient réunies. Sur cette question - que le Tribunal fédéral n'a pas été amené à examiner dans l'ATF 111 IV 74 précité du fait que l'art. 143 CP, entré en vigueur le 1er janvier 1995, n'avait pas encore été adopté - la doctrine est divisée. Pour Stratenwerth, en cas de soustraction d'un support de données, il peut y avoir concours réel entre le vol et la soustraction de données, dès lors que les art. 139 et 143 CP protègent des biens juridiques différents (Stratenwerth, BT I, 5ème éd. Berne 1995, § 14 n. 34); Trechsel et Schmid estiment en revanche que l'art. 139 CP, qui prime, est seul applicable en pareil cas

(Trechsel, Kurzkommentar, 2ème éd. Zurich 1997, art. 143 n. 10; Niklaus Schmid, Das neue Computerstrafrecht, in RPS 113/1995 p. 22 ss, p. 29), le second de ces auteurs étant toutefois d'avis qu'il y a concours idéal entre les art. 139 et 143 CP lorsque le propriétaire du support et le propriétaire des données sont des personnes différentes (Niklaus
Schmid, op. cit. , p. 29), opinion que ne partage pas Trechsel, pour lequel on ne voit pas en quoi la culpabilité de l'auteur serait plus lourde dans un tel cas (Trechsel, op. cit. , art. 143 n. 10). En l'espèce, il n'y a toutefois pas lieu d'examiner la question plus avant, compte tenu de l'interdiction de la reformatio in pejus, puisque seule une tentative d'instigation à vol au sens de l'art. 139 CP a été retenue à la charge du recourant.

Le vol est punissable de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. Il s'agit donc d'un crime, de sorte que la tentative d'instigation à cette infraction est punissable.

c) L'arrêt attaqué ne reproche pas au recourant d'avoir tenté de décider Z._____ à faire une copie du CD-ROM, mais lui fait exclusivement grief d'avoir tenté de décider Z._____ à lui remettre cette copie. Au demeurant, avec raison. Le premier de ces comportements eût été constitutif de tentative d'instigation à soustraction de données au sens de l'art. 143 CP (cf.
Stratenwerth, op. cit. , § 14 n. 30; Trechsel, op. cit. , art. 143 n. 7; Niklaus Schmid, op. cit. , p. 28), dont les conditions ne sont toutefois pas réalisées en l'espèce, puisque Z._____ était manifestement autorisé à disposer des données en question, auxquelles il avait libre accès.

d) Le recourant, à juste titre, ne conteste pas la réalisation des éléments objectifs de l'instigation. Des faits retenus, il résulte que, pour en avoir été informé par Y._____, il savait que Z._____ était en mesure de lui procurer une copie du CD-ROM appartenant à ses employeurs et qu'il pourrait accepter de le faire en contrepartie d'une somme d'argent, dont il avait besoin pour réaliser un projet de régate. Dans ces circonstances, l'offre du recourant de le rémunérer en contrepartie était de nature à inciter Z._____ à lui procurer une copie du CD-ROM. Il a par ailleurs été constaté - ce qui relève du fait et lie donc la Cour de céans (cf. supra, consid. 1) - que Z._____, s'il n'a pas protesté lorsque l'idée de l'échange lui a été soumise, voire a été intéressé par cette idée, ne s'est résolu à agir qu'à l'issue de la discussion qui a eu lieu dans un café, le soir du 2 juin 1999, après avoir su que le recourant acceptait de lui verser de l'argent en contrepartie d'une copie du CD-ROM. Il est au demeurant manifeste que, si ce n'est contre rémunération, Z._____ n'avait aucune raison de procurer une copie du CD-ROM au recourant et que l'acceptation de ce dernier de lui verser une somme d'argent était donc
déterminante.

e) Pour que l'instigation soit intentionnelle, il faut d'abord que l'instigateur ait agi, au moins par dol éventuel, avec la conscience et la volonté de décider l'auteur principal. A cet égard, le recourant ne saurait soutenir qu'il ignorait que la décision de Z._____ de lui remettre une copie du CD-ROM dépendait de son acceptation de le rémunérer en contrepartie. Il est manifeste qu'il savait, dès le départ, que cette acceptation était une condition de l'obtention d'une copie du CD-ROM. Au demeurant, connaissant le besoin d'argent de Z._____, il ne pouvait ignorer que son acceptation de lui verser 20.000 francs était de nature à le décider à agir.

Il faut en outre, pour que l'instigation soit intentionnelle, que l'instigateur ait agi, au moins par dol éventuel, avec la conscience et la volonté que l'auteur principal commette l'infraction, en l'occurrence un vol.
A ce propos, le recourant insiste vainement sur le fait que, pour Z._____, il s'agissait de lui remettre non pas le CD-ROM sur lequel il regroupait les données pour le compte de ses employeurs, mais une copie de celui-ci; les juges cantonaux ne l'ont nullement nié. Pour autant, il n'est pas établi que, comme semble le suggérer le recourant, qui ne l'affirme d'ailleurs pas, Z._____ aurait copié les données sur un support lui appartenant et, surtout, que, le cas échéant, le recourant l'aurait su; rien dans les constatations de fait cantonales ne permet de l'admettre; tout indique au contraire que le recourant voulait obtenir une copie du CD-ROM quel qu'en soit le propriétaire et qu'il s'accommodait sans autre de ce qu'elle appartienne aux employeurs de Z._____.

Que l'intention du recourant ait porté sur les autres éléments constitutifs du vol n'est au reste à juste titre pas contesté. Avec raison aussi, le recourant, qui a offert 20'000 francs à Z._____ en contrepartie du CD-

ROM, ne nie pas avoir agi dans une dessein d'enrichissement illégitime.

f) Au vu de ce qui précède, la condamnation du recourant pour tentative d'instigation à vol ne viole pas le droit fédéral.

3.- Le pourvoi doit ainsi être rejeté et le recourant, qui succombe, supportera les frais (art. 278 al. 1 PPF).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1. Rejette le pourvoi.

2. Met à la charge du recourant un émolument judiciaire de 2000 francs.

3. Communique le présent arrêt en copie au recourant, au Procureur général du canton de Genève et à la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise.

_____

Lausanne, le 6 décembre 2001

Au nom de la Cour de cassation pénale
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président, La Greffière,