Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.229/2005 /rod

Arrêt du 20 juillet 2005
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Kolly et Karlen.
Greffière: Mme Bendani.

Parties
Ministère public du canton de Fribourg, 1700 Fribourg,
recourant,

contre

X._____,
intimé, représenté par Me Valentin Aebischer, avocat,

Objet
Participation à une organisation criminelle
(art. 260ter CP),

pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 11 mai 2005.

Faits:
A.
X._____, en situation irrégulière en Suisse, a été arrêté le 24 juin 2002, à Fribourg, dans le cadre d'une vaste enquête ouverte en automne 2001 et concernant un important trafic d'héroïne par des personnes provenant principalement d'Albanie.
B.
Par jugement du 26 mai 2004, le Tribunal pénal de l'arrondissement de la Sarine a acquitté X._____ des chefs de prévention de délit contre la loi fédérale sur les armes et d'organisation criminelle et l'a condamné à une peine de 7 ans de réclusion, sous déduction de la détention préventive subie, et à une amende de 3'000 fr., pour infractions à la LStup, blanchiment d'argent et délit contre la LSEE.

En bref, il a jugé que X._____ a violé l'art. 19 ch. 1 et ch. 2 let. a à c LStup dans la mesure où il a reçu 4 kilos d'héroïne bruts, correspondant à 633.92 grammes de drogue pure, et qu'il en a revendu 3.424 kilos, lui-même ou par l'intermédiaire de tiers, de février à juin 2002, le reste étant dissimulé dans les WC d'un établissement public. Le Tribunal a également retenu qu'il s'est rendu coupable de blanchiment d'argent, avec la circonstance aggravante de l'organisation criminelle au sens de l'art. 305bis ch. 2 let. a CP, en faisant envoyer 13'500 fr. à ses parents, par 7 versements échelonnés entre le 31 mars 2001 et le 31 mai 2002, cet argent provenant du trafic de drogue auquel il se livrait. En revanche, il l'a acquitté du chef de prévention d'organisation criminelle au motif que sa participation à une bande organisée se limitait à des crimes bien précis, à savoir le trafic de stupéfiants et le blanchiment d'argent, et que son activité délictueuse au sein de dite organisation était entièrement absorbée par les infractions retenues, l'accusé ne contribuant pas, par d'autres manières, à l'activité criminelle de l'organisation.
C.

Par arrêt du 11 mai 2005, la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté le recours déposé par le Ministère public et confirmé le jugement précité.

En substance, elle a admis qu'il ne pouvait y avoir concours entre, d'une part, l'organisation criminelle (art. 260ter CP) et, d'autre part, les infractions à la LStup (art. 19 ch. 1 et 2 LStup) et le blanchiment d'argent aggravé (art. 305bis ch. 2 let. a CP), que si le soutien ou la participation de l'auteur à l'organisation dépassait le cadre des infractions précises et a jugé que, dans le cas particulier, il n'était pas possible de retenir que X._____ eût participé activement à l'organisation criminelle au-delà des actes illicites aggravés pour lesquels il avait été condamné.
D.
Le Ministère public du canton de Fribourg se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Il invoque une violation de l'art. 260ter CP sous l'angle du concours avec l'art. 19 ch. 2 LStup et conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Se plaignant d'une violation de l'art. 260ter CP, le Ministère public soutient que cette disposition s'applique en concours idéal, et non pas réel, avec l'art. 19 ch. 2 LStup. Il critique l'appréciation de la cour cantonale qui n'admet le concours que si la participation à l'organisation criminelle dépasse le cadre des infractions retenues et explique que l'auteur d'infractions à la LStup peut également être condamné pour participation à une organisation criminelle si ses agissements ont été perpétrés au sein de dite organisation.
1.1 Aux termes de l'art. 260ter al. 1 CP, celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels, de même que celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

L'art. 19 ch. 1 LStup interdit tous les actes qui conduisent ou peuvent conduire à la mise en circulation de la drogue ou à rendre celle-ci accessible à d'éventuels consommateurs (ATF 120 IV 334 consid. 2a p. 337). Selon l'art. 19 ch. 2 LStup le cas est grave notamment lorsque l'auteur sait ou ne peut ignorer que l'infraction porte sur une quantité de stupéfiants qui peut mettre en danger la santé de nombreuses personnes (let. a), agit comme affilié à une bande formée pour se livrer au trafic illicite de stupéfiants (let. b), ou se livre au trafic par métier et réalise ainsi un chiffre d'affaires ou un gain important (let. c). Dans ces derniers cas, la peine sera la réclusion ou l'emprisonnement pour une année au moins; elle pourra être cumulée avec l'amende jusqu'à concurrence de 1 million de francs (art. 19 ch. 1 dernier alinéa LStup).

Selon la systématique de la loi, ces dispositions protègent des biens juridiques différents, soit la paix publique pour la première (cf. titre douzième du CP) et la santé publique pour la seconde (cf. RS 81). En réalité, la paix publique est généralement protégée, de manière indirecte, par toutes les normes pénales, de sorte que l'art. 260ter CP ne vise pas un bien juridique spécifique, mais poursuit, avant tout, un but préventif dans la mesure où il tente de protéger divers biens menacés par des actes de violence ou d'enrichissement criminels (cf. H. Baumgartner, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, ad art. 260ter, n°3 p. 1512; G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4ème éd., n°1 et 2 p. 151; A. Donatsch/W. Wohlers, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3ème éd., p. 172).
1.2 Il ressort de la procédure législative que l'art. 260ter CP devait répondre à plusieurs attentes, tant du point de vue de la politique répressive que des exigences en matière d'entraide, et combler ainsi certaines lacunes.
1.2.1 Cette norme devait d'abord permettre l'incrimination individuelle d'actes commis au sein d'une organisation qui rend difficile le rattachement personnel des infractions. En effet, conformément au message du Conseil fédéral du 30 juin 1993, cette disposition constitue l'un des éléments centraux d'une stratégie globale susceptible de combattre avec succès le crime organisé. Elle permet de réprimer la participation ou le soutien à une organisation criminelle dans les cas où la division extrêmement poussée des tâches et les mesures de dissimulation adoptées par l'organisation criminelle empêchent de prouver leur participation à des infractions déterminées. Les critères traditionnels d'imputabilité basés sur la responsabilité pénale individuelle ne sont en effet d'aucun secours lorsque la personne qui prête son concours à une infraction agit en tant que maillon aisément interchangeable d'une organisation criminelle que la rigidité et l'opacité des structures, fondées sur une

division très poussée des tâches, rendent pratiquement impénétrables. Une lutte efficace contre le crime organisé requiert donc la création d'une norme susceptible d'étendre à l'appartenance à une organisation criminelle ainsi qu'à son soutien la
punissabilité de l'infraction particulière (FF 1993 III 287; cf. J. de Vries Reilingh, La répression des infractions collectives et les problèmes liés à l'application de l'art. 260ter CP relatif à l'organisation criminelle, notamment du point de vue de la présomption d'innocence, in RJB 2002 p. 290).

Cette norme devait ensuite permettre d'accorder l'entraide judiciaire eu égard aux exigences de double incrimination de celle-ci. En effet, dans son message, le Conseil fédéral a précisé que l'importance de cette disposition résidait essentiellement dans le fait que la Suisse, contrairement à de nombreux autres Etats, dont les pays limitrophes, ne connaissait jusqu'ici aucune norme générale réprimant les diverses formes de soutien apporté à un groupement criminel, que cette situation s'avérait incohérente du point de vue systématique et qu'elle présentait une grave lacune en matière d'entraide. Ainsi, dans les affaires internationales, les autorités de poursuite pénale se heurtaient fréquemment à des difficultés, car elles réussissaient à établir l'appartenance ou le soutien à une organisation criminelle, mais ne parvenaient pas à prouver la participation concrète de l'inculpé aux diverses infractions attribuées à l'organisation. A cet égard, l'absence de définition pénale de l'organisation constituait une grave lacune puisque la punissabilité réciproque, dont dépend également l'octroi de l'entraide judiciaire, faisait ainsi défaut (FF 1993 III 288; J. de Vries Reilingh, op. cit., in RJB 2002 p. 290).

L'art. 260ter CP réprime le soutien effectif apporté à une organisation incontestablement dangereuse et exclut les groupes criminels de moindre importance, tels que les bandes de rockers ou de skinheads, par exemple. Cette solution se justifie par le fait que le droit pénal actuel offre déjà des moyens suffisants pour réprimer ce type de comportement, tel que, par exemple, la qualification de certaines infractions commises en bande (FF 1993 III 288).
1.2.2 En relation avec la question du concours, le Conseil fédéral a expliqué que lorsque le soutien ou la participation se rapporte et se limite à des délits bien précis, pour lesquels l'auteur est puni, l'art. 260ter CP ne revêt qu'une valeur subsidiaire. En revanche, si le soutien ou la participation dépasse le cadre de ces infractions précises, il y a lieu, selon les règles générales, d'admettre un concours réel. Tel est par exemple le cas lorsque quelqu'un procure des moyens financiers à une organisation criminelle en sachant que seule une partie des fonds sera consacrée à un attentat déterminé alors que le reste servira à d'autres infractions, dans lesquelles la participation du financier ne pourra être établie (FF 1993 III 296). Le message précise encore que la forme grave du blanchissage d'argent au sens de l'art. 305bis ch. 2 CP est un cas d'application spécifique du soutien à une organisation criminelle (FF 1993 III 294).
1.2.3 Le projet du Conseil fédéral a traversé les délibérations parlementaires sans obstacles, ni modifications ultérieures. Il ressort donc clairement de la volonté du législateur que l'art. 260ter CP vise à punir celui qui participe ou soutient une organisation criminelle, alors qu'en raison de la division extrêmement poussée des tâches ou les mesures de dissimulation adoptées par l'organisation, il n'est pas possible de prouver sa participation à des infractions précises et, par conséquent, de le confondre. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de prouver la commission de crimes concrets pour appliquer cette norme et il suffit de démontrer que l'organisation poursuit un but criminel. En revanche, si la participation ou le soutien à l'organisation s'épuise dans une infraction concrète que l'on peut démontrer, l'auteur ne doit être puni que pour la participation à cette dernière infraction. Enfin, si sa participation ou son soutien à l'organisation dépasse le cadre des infractions précises et démontrées, on se trouve alors dans le cas d'un concours de lois.
1.3 La doctrine majoritaire suit l'avis du législateur et admet la subsidiarité de l'art. 260ter CP et le concours réel si la participation ou le soutien à l'organisation criminelle dépasse le cadre des infractions précises pour lesquelles l'auteur est puni (G. Stratenwerth, op.cit., ad art. 260ter, n°35 p. 186 s.; A. Donatsch/W. Wohlers, op.cit., ad art. 260ter, p. 197; H. Baumgartner, op.cit., ad art. 260ter, n°18 p. 1516; S. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, ad art. 260ter, n°16 p. 858; N. Schmid, Zu den neuen Bestimmungen des Strafgesetzbuches in art. 58 f., 260ter und 305ter Abs. 2, in ZGRG 1995 I p. 5; H. Schultz, Die kriminelle Vereinigung, in RPS 1989 p. 27 s.; M. Pieth, Die Bekämpfung des organisierten Verbrechens in der Schweiz, in RPS 1992 p. 263; J. Estermann, Organisierte Kriminalität in der Schweiz, 2002, p. 28; M. Kistler, La vigilance requise en matière d'opérations financières, étude de l'art. 305ter CP, thèse, Lausanne 1994, p. 99; M. Forster, Kollektive Kriminalität, Das Strafrecht vor der Herausforderung durch das organisierte Verbrechen, p. 13).

La doctrine minoritaire admet un concours idéal, estimant que si l'auteur d'une infraction à l'art. 260ter CP a lui-même commis ou participé à un crime, les deux infractions peuvent être retenues en concours (G. Arzt, in Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, Zurich, 1998, ad art. 260ter, n°218 p. 348; B. Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, ad art. 260ter, n°15 p. 282).
1.4 Les auteurs se prononcent rarement sur la relation précise entre les art. 260ter CP et 19 ch. 2 LStup. Arzt, qui pourtant conteste la subsidiarité de l'art. 260ter CP telle que prévue dans le message du Conseil fédéral, doute toutefois qu'il puisse y avoir concours idéal entre cette disposition et les art. 19 ch. 2 LStup et 305bis ch. 2 let. a CP, le caractère dangereux de l'organisation étant déjà compris comme circonstance aggravante dans ces deux normes (G. Arzt, op.cit., ad art. 260ter, n°220 p. 34).

Concernant l'art. 305bis CP, la doctrine s'accorde sur le fait qu'on ne peut retenir le concours avec l'art. 260ter CP lorsque le blanchisseur a agi comme membre d'une organisation criminelle et que seule cette activité lui est reprochée, cette hypothèse étant spécialement visée par l'art. 305bis ch. 2 let. a CP, qui doit donc s'appliquer seul (U. Cassani, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9, ad art. 305bis, n°66 p. 83; B. Corboz, op. cit., ad art. 305bis CP, n°62 p. 541; J-B. Ackermann, Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, Zurich, 1998, ad art. 305bis, n°514 p. 638; G. Startenwerth, op. cit., ad art. 260ter, n°34 p. 186; N. Schmid, Inserdelikte und Geldwächerei - neuere und künftige Aspekte aus der Sicht der Banken, in Berner Tage für die juristische Praxis 1993 p. 203). En revanche, les auteurs sont partagés sur la question du concours entre les art. 260ter ch. 1 al. 2 CP et 305bis ch. 1 CP, soit lorsque l'auteur, sans être membre d'une organisation criminelle, blanchit des fonds dont il sait qu'ils proviennent du crime et qu'ils appartiennent à ladite organisation. Schmid estime que seul l'art. 305bis ch. 1 CP s'applique, l'art. 260ter ch. 1 CP étant subsidiaire (N. Schmid, op.
cit., in Berner Tage für die juristische Praxis 1993 p. 203). A l'inverse, Ackermann est d'avis que l'art. 305bis ch. 1 CP est subsidiaire, la peine prévue par l'art. 260ter CP étant supérieure (J-B. Ackermann, op.cit., ad art. 305bis, n°514 p. 638 s.). Enfin, d'autres auteurs pensent que ces normes s'appliquent en concours idéal (U. Cassani, op. cit., ad art. 305bis, n°66 p. 83; B. Corboz, op. cit., ad art. 305bis, n°62 p. 541; G. Startenwerth, op. cit., ad art. 260ter, n°34 p. 186). Cette dernière construction n'est toutefois pas convaincante, puisque le blanchisseur, qui ne fait que soutenir l'organisation criminelle sans y participer, pourrait alors être puni de la réclusion pour 7 1/2 ans au plus (cf. art. 260ter, 305bis ch. 1 et 68 CP) et serait dès lors moins bien traité que le blanchisseur, membre de l'organisation, qui ne peut être puni que de la réclusion pour 5 ans au maximum (cf. art. 305bis ch. 2 CP). La solution de la subsidiarité de l'art. 260ter CP, conforme à la volonté du législateur, semble par conséquent également préférable dans ce cas.
1.5 Selon la volonté claire du législateur, l'art. 260ter CP a un caractère subsidiaire et ne s'applique pas si tous les aspects de l'acte ou des actes réalisés par l'auteur sont couverts par d'autres dispositions pénales. Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette interprétation de la loi, qui est par ailleurs confirmée par la doctrine majoritaire. Partant, l'art. 260ter CP ne s'applique pas en concours avec l'art. 19 ch. 2 LStup si le comportement incriminé remplit les éléments constitutifs et s'épuise entièrement dans cette dernière disposition.

En l'espèce, la Cour d'appel pénal a correctement apprécié les relations de l'art. 260ter CP avec l'art. 19 ch. 2 LStup et a, à juste titre, nié le concours entre ces dispositions, aucun élément ne lui permettant de retenir que l'intimé aurait participé activement à l'organisation criminelle au-delà des actes illicites aggravés pour lesquels il a été condamné. Le grief du Ministère public doit donc être rejeté.
2.
A titre subsidiaire, le recourant reproche à la cour cantonale de ne pas avoir considéré que l'activité déployée par l'intimé au sein de l'organisation allait nécessairement au-delà des seules activités tombant sous le coup de la LStup ou de l'art. 305bis CP et de ne pas être entrée en matière sur les arguments développés dans son mémoire d'appel. Il explique qu'il a tenté de démontrer que la quantité de drogue que l'intimé a avoué avoir écoulée (entre 4 et 5 kilos) ne saurait être tenue pour réaliste et que celui-ci, en sa qualité de chef des revendeurs, a aussi oeuvré à trouver un logement à son équipe.
2.1 Le pourvoi en nullité ne peut être formé que pour violation du droit fédéral, à l'exclusion de la violation de droits constitutionnels (art. 269 PPF). Il n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent (ATF 124 IV 81 consid. 2a p. 83). Sous réserve de la rectification d'une

inadvertance manifeste, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de l'autorité cantonale (art. 277bis al. 1 PPF). Il ne peut être présenté de griefs contre celles-ci, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 273 al. 1 let. b PPF). Le raisonnement juridique doit être mené sur la base des faits retenus dans la décision attaquée, dont le recourant est irrecevable à s'écarter (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66 s.).
2.2 Par son argumentation, le recourant tend en réalité à apporter des éléments de fait supplémentaires non constatés afin de pouvoir se prévaloir d'un concours réel entre les art. 260ter CP et 19 ch. 2 LStup. Ce faisant, il critique l'appréciation des preuves et les constatations cantonales en découlant, soit le fait qu'il n'existe pas d'éléments démontrant que l'intimé aurait participé activement à l'organisation au-delà des actes illicites aggravés pour lesquels il a été condamné. Or, un tel grief est irrecevable dans un pourvoi.
3.
En conclusion, le pourvoi est rejeté dans la mesure où il est recevable. Vu le sort du recours, il n'est pas perçu de frais (art. 278 al. 2 PPF) et il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité à l'intimé, qui n'a pas été amené à se déterminer (art. 278 al. 3 PPF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Il n'est pas perçu de frais ni alloué d'indemnité.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties et à la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg.
Lausanne, le 20 juillet 2005
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: