

Urteilkopf

144 IV 265

32. Extrait de l'arrêt de la Cour de droit pénal dans la cause Ministère public central du canton de Vaud contre X. et vice versa (recours en matière pénale) 6B_1120/2016 / 6B_1127/2016 du 23 juillet 2018

Regeste (de):

Art. 3, 8, 24 und 25 StGB; internationale Zuständigkeit; Begehungsort; akzessorische Teilnahmehandlung.

Aufgrund ihrer Akzessorietät zur Haupttat begründet die Handlung eines Anstifters oder Gehilfen keinen selbständigen Anknüpfungspunkt, um einen Begehungsort nach Art. 3 und 8 StGB zu bestimmen. Wenn die Haupttat ausschliesslich im Ausland verübt wurde, besteht daher für eine in der Schweiz begangene Anstiftung oder Gehilfenschaft keine schweizerische Strafhoheit. Bestätigung der Rechtsprechung (E. 2).

Regeste (fr):

Art. 3, 8, 24 et 25 CP; compétence internationale; lieu de commission de l'infraction; actes de participation accessoire.

En raison de leur caractère accessoire par rapport aux actes de l'auteur principal, les actes de l'instigateur ou du complice ne sont pas susceptibles de fonder une circonstance de rattachement propre au moment de déterminer le lieu de commission de l'infraction au regard des art. 3 et 8 CP. Ainsi, en présence d'une infraction pour laquelle l'auteur principal a exclusivement agi à l'étranger, les actes de l'instigateur ou du complice, par hypothèse réalisés en Suisse, ne relèvent pas de la compétence territoriale des autorités suisses. Confirmation de la jurisprudence (consid. 2).

Regesto (it):

Art. 3, 8, 24 e 25 CP; competenza internazionale; luogo del reato; atti di partecipazione accessoria.

A causa del loro carattere accessorio rispetto al comportamento dell'autore principale, gli atti dell'istigatore o del complice non possono costituire una circostanza di collegamento autonoma per determinare il luogo di commissione del reato giusta gli art. 3 e 8 CP. Pertanto, nel caso in cui l'autore principale ha commesso il reato esclusivamente all'estero, gli atti dell'istigatore o del complice, per ipotesi compiuti in Svizzera, non rientrano nella competenza territoriale delle autorità svizzere. Conferma della giurisprudenza (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 266

BGE 144 IV 265 S. 266

A. Par jugement du 15 décembre 2015, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois a condamné X. pour instigation à escroquerie, tentative d'instigation à escroquerie et infraction à la loi fédérale sur les étrangers à une peine privative de liberté de 20 mois, avec sursis pendant 5 ans. Il l'a en revanche libéré de l'accusation d'instigation à incendie intentionnel. Par le même jugement, le Tribunal correctionnel a en outre condamné B. pour complicité d'escroquerie et complicité de tentative d'escroquerie à une peine pécuniaire de 240 jours-amende à 30 fr., avec sursis pendant 2 ans. Il a également condamné A. pour tentative d'escroquerie, complicité d'incendie intentionnel et violation grave de la loi fédérale sur la circulation routière à une peine privative de liberté de 14 mois, avec sursis pendant 2 ans. Enfin, il a condamné C. pour escroquerie à une peine privative de liberté de 14 mois, avec sursis pendant 2 ans.

B. Statuant le 31 mai 2016, la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud a très partiellement admis l'appel interjeté par le Ministère public contre ce jugement, en ce sens qu'elle a suspendu partiellement, durant un délai d'épreuve de cinq ans, BGE 144 IV 265 S. 267

l'exécution de la peine de X. portant sur une durée de 14 mois, le solde de 6 mois étant ferme. L'appel joint formé par X. ayant été rejeté, le jugement a été confirmé pour le surplus. En substance, la cour cantonale a retenu les faits suivants.

B.a Durant l'automne 2010, X., ressortissant kosovar né en 1972, a entrepris des démarches en vue de vendre un véhicule de marque Volvo S60 qu'il conduisait au quotidien, mais qui avait été immatriculé et assuré au nom de son frère C. Estimant insuffisant le montant proposé par les acheteurs potentiels, X. en a parlé à son ami B., en lui disant qu'il aurait tout intérêt à bouter le feu à sa voiture. B. l'a alors pris au mot et lui a répondu qu'il était en mesure de mettre un tel plan à exécution. Ayant vécu à Saint-Priest (France), dans la banlieue lyonnaise, il y disposait de contacts et savait qu'il était relativement aisé de faire incendier une voiture à cet endroit. Le 6 novembre 2010, B. et C. se sont rendus à Saint-Priest dans le but de mettre le plan à exécution. B. était chargé de prendre contact avec les personnes susceptibles de mettre le feu au véhicule. Quant à C., il devait entreprendre sur place et en temps utile les démarches nécessaires auprès de la police. Aucune rémunération n'avait été prévue en faveur des deux prénommés. Le même jour, le feu a été bouté à la Volvo S60 par une personne non identifiée pour une somme de 800 à 1'000 euros que X. avait préalablement remise à B. C. s'est ensuite rendu au commissariat de police de Saint-Priest afin de déposer plainte.

Le lendemain, X. a annoncé le sinistre à la société D. SA. En sa qualité de preneur d'assurance, C. a été indemnisé par la compagnie d'assurances à hauteur de 22'560 francs. Cette somme a ensuite été reversée en mains propres à X.

B.b Souhaitant changer son véhicule de marque Volvo S40, immatriculée au nom de son collègue de travail A., X. a repris contact avec B. durant l'automne 2011. L'objectif était que ce dernier procède de la même manière que pour la voiture Volvo S60. Le 19 novembre 2011, B., X. et A. se sont rendus à Saint-Priest. Le véhicule Volvo S40 a été incendié le même jour par une connaissance non identifiée de B. pour une somme d'environ 800 à 1'000 euros que X. lui avait remise. L'incendie s'est propagé au véhicule de marque Renault Koleos de E. qui, garé à côté du véhicule Volvo S40, a été endommagé.

BGE 144 IV 265 S. 268

Le même jour, A. a déposé plainte au commissariat de police de Saint-Priest. Puis, de retour à son domicile de F., il a appelé la société d'assurances D. SA pour l'informer de la situation. La société d'assurances a toutefois refusé d'entrer en matière sur les prétentions formulées par A., dès lors que ce dernier avait déclaré dans un protocole d'entretien établi à la suite du sinistre qu'il avait lui-même stationné le véhicule à Saint-Priest, portières verrouillées et fenêtres fermées, alors qu'en réalité la voiture avait été garée par B., qui avait laissé volontairement une fenêtre ouverte afin de créer un appel d'air. En revanche, dans la mesure où l'incendie de la voiture Volvo S40 s'était propagé au véhicule de E., la société d'assurances a indemnisé le propriétaire de ce véhicule pour son préjudice à hauteur de 7'700 fr. 40.

B.c Entre février 2011 et juin 2015 à tout le moins, X. a séjourné en Suisse alors qu'il ne disposait d'aucun titre de séjour et qu'une interdiction d'entrée en Suisse d'une durée indéterminée lui avait été notifiée en septembre 1999.

C. Contre cet arrêt, le Ministère public central du canton de Vaud forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral (6B_1120/2016). Il conclut principalement à la réforme du jugement du 31 mai 2016 en ce sens que X. est reconnu coupable non seulement d'instigation à escroquerie, de tentative d'instigation à escroquerie et d'infraction à la LEtr, mais également d'instigation à incendie intentionnel, X. étant condamné à une peine privative de liberté de 32 mois ferme, sous déduction de la détention subie avant jugement. Subsidiairement, il conclut à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à cette autorité pour nouveau jugement dans le sens des considérants. X. dépose également un recours en matière pénale au Tribunal fédéral (6B_1127/2016). Il conclut, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'un sursis complet lui est octroyé. Subsidiairement, il conclut à l'annulation du jugement, la cause étant renvoyée à cette autorité pour nouveau jugement dans le sens des considérants. Il sollicite en outre le bénéfice de l'assistance judiciaire. Invité à se déterminer sur le recours du Ministère public, X. a conclu à son rejet. Quant à la cour cantonale, elle a renoncé à se déterminer et s'est référée aux considérants de sa décision.

BGE 144 IV 265 S. 269

Erwägungen

Extrait des considérants:

I. Recours du Ministère public (6B_1120/2016)

2.

2.1 La cour cantonale a considéré qu'en vertu du principe de la territorialité (art. 3 CP), l'acte d'instigation d'incendie intentionnel reproché à l'intimé, commis en Suisse, ne pouvait pas faire l'objet d'une condamnation pénale par les autorités suisses, dès lors que c'était en France que les auteurs principaux avaient incendié les véhicules. Elle a fondé son raisonnement en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 104 IV 77), selon laquelle un acte de participation accessoire, commis en Suisse, à une infraction commise à l'étranger ne relève pas de la compétence territoriale suisse.

Le recourant conteste la libération de l'intimé du chef de prévention d'instigation à incendie intentionnel et invoque à cet égard une violation des art. 3 et 8 CP. Il soutient que la jurisprudence du Tribunal fédéral, ancienne et largement critiquée par la doctrine, n'est plus en phase avec les réalités actuelles et nuit à l'efficacité de la justice dans un contexte d'augmentation de la criminalité transfrontalière. Il estime nécessaire une modification de la pratique, qui permettrait de fonder la compétence territoriale des autorités suisses en présence d'un acte d'instigation commis en Suisse, mais dont l'infraction principale est perpétrée à l'étranger.

2.2 Un changement de jurisprudence doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, lesquels, sous l'angle de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne. Un changement ne se justifie que lorsque la solution nouvelle procède d'une meilleure compréhension du but de la loi, repose sur des circonstances de fait modifiées ou répond à l'évolution des conceptions juridiques. Le motif sérieux et objectif d'un changement de jurisprudence peut notamment résulter d'une connaissance plus précise ou complète de la volonté du législateur (ATF 143 IV 1 consid. 5.2 p. 3; ATF 141 II 297 consid. 5.5.1 p. 303; ATF 139 V 307 consid. 6.1 p. 313). Il convient en l'espèce d'exposer en premier lieu les dispositions et les principes applicables (cf. consid. 2.3), avant de relever les motifs qui sous-tendent la jurisprudence actuelle (cf. consid. 2.4), puis d'examiner les critiques exprimées par la doctrine afin de déterminer si celles-ci justifient une modification de la pratique actuelle (cf. consid. 2.5-2.10).

BGE 144 IV 265 S. 270

2.3

2.3.1 Aux termes de l'art. 3 CP, le Code pénal suisse est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse. Cette disposition consacre le principe de territorialité. Il s'agit du principe de base applicable en droit pénal international, selon lequel la compétence pour connaître d'une infraction ressortit à l'Etat sur le territoire duquel cette dernière a été commise (ATF 121 IV 145 consid. 2b/bb p. 148 s.; ATF 108 IV 145 consid. 3 p. 146). Il s'impose pour des motifs d'équité d'une part et d'économie de procédure d'autre part, car c'est au lieu de commission de l'infraction que l'administration des preuves est susceptible de fournir les résultats les plus probants (arrêt 6B_21/2009 du 19 mai 2009 consid. 1.1 et les références citées). Selon l'art. 8 al. 1 CP (ancien art. 7 CP), un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit. Cette norme constitue un complément indispensable à l'art. 3 CP puisqu'elle définit selon quels critères une infraction est réputée commise en Suisse. Indirectement, la disposition permet également de tracer la ligne de partage entre la compétence territoriale et les différentes formes de compétence extra-territoriale ancrées aux art. 4 à 7 CP (SABINE GLESS, *Internationales Strafrecht*, 2e éd. 2015, p. 47; HARARI/LINIGER GROS, in *Commentaire romand, Code pénal*, vol. I, 2009, nos 6 ss ad art. 8 CP). Si l'art. 8 CP évoque expressément la situation de l'auteur de l'infraction (al. 1) et précise où la tentative est réputée commise (al. 2), le Code pénal ne prévoit en revanche aucune disposition relative à la question du rattachement des actes de participation accessoire, tels que l'instigation et la complicité.

2.3.2 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. Il doit exister une relation de causalité entre le comportement incitatif de l'instigateur et la décision de l'instigué de commettre l'acte, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'instigateur ait dû vaincre la résistance de l'instigué. L'instigation implique une influence psychique ou intellectuelle directe sur la formation de la volonté d'autrui. Cette volonté 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
BGE 144 IV 265 S. 271

décidé à le commettre (ATF 128 IV 11 consid. 2a p. 14 s.; arrêt 6B_1202/2017 du 23 mars 2018 consid. 3.2). A l'instar de la complicité (art. 25 CP), l'instigation caractérise une forme de participation accessoire, en ce sens que l'incrimination ne se fonde pas en soi sur l'acte que commet le complice ou l'instigateur lui-même, mais repose au contraire sur le caractère typique et illicite du comportement de l'auteur principal (ATF 115 IV 230 consid. 2b p. 232; ATF 100 IV 1 consid. 5d p. 4). L'instigation et la complicité ne constituent ainsi pas des infractions autonomes et ne se conçoivent qu'en relation avec une incrimination issue du Code pénal ou d'une autre loi fédérale. En ce sens, l'illicéité de l'acte de participation découle de l'illicéité de l'acte principal, raison pour laquelle il est évoqué dans ce contexte la notion d'accessorité (BERNHARD STRÄULI, in Commentaire romand, Code pénal, vol. I, 2009, n° 136 ad intro. aux art. 24 à 27 CP; TRECHSEL/PIETH/JEAN-RICHARD, in Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3e éd. 2018, n° 24 ad intro. ad art. 24 CP; DONATSCH/TAG, in Verbrechenslehre, Strafrecht, vol. I, 9e éd. 2013, p. 154).

2.4 Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a considéré que les actes de participation devaient être réputés avoir été commis au même endroit que l'infraction principale, le principe de la territorialité (art. 3 CP) ne trouvant aucune application propre au participant. Cette approche a été justifiée par le fait que, si l'art. 8 CP (ancien art. 7 CP) prend en considération le lieu où l'auteur a agi et où le résultat s'est produit, cette disposition ne fixe en revanche ni le lieu de la participation, ni celui où l'auteur principal a pris la décision d'agir ou s'y est préparé. Or, en raison de son caractère accessoire, la participation n'acquiert aucune signification propre, dans la mesure où elle ne fait que favoriser l'accomplissement des faits constituant l'infraction principale et le succès de celle-ci. La prise en considération du caractère accessoire des actes de participation concorde en outre avec la solution consacrée par le législateur en matière de for interne, qui, en cas de participation, se trouve au lieu d'exécution de l'acte principal (ancien art. 349 CP; actuellement: art. 33 CPP). Il serait par ailleurs inadéquat, en raison de l'étroite relation entre l'acte principal et la participation, de soustraire à la juridiction pénale suisse, conformément à l'art. 3 CP, l'auteur qui a agi à l'étranger, mais qui prend sa décision et prépare l'infraction en Suisse, alors que l'on poursuivrait et punirait en revanche BGE 144 IV 265 S. 272

l'instigateur ou le complice qui aurait agi en Suisse, cela sans tenir compte de la question de savoir si l'infraction principale est ou non punissable à l'étranger (ATF 104 IV 77 consid. 7b p. 86). Nonobstant les critiques de la doctrine (cf. infra consid. 2.5) ainsi que la modification législative envisagée dans les années 1980 (cf. infra consid. 2.6.2), la jurisprudence a été maintenue (cf. notamment ATF 108 Ib 301 consid. 5 p. 304; arrêts 6B_123/2014 du 2 décembre 2014 consid. 2.3, non publié aux ATF 141 IV 10; 6B_597/2015 du 18 avril 2016 consid. 1.2.2; 6B_115/2014 du 5 août 2014 consid. 2.2.1; 6B_86/2009 du 29 octobre 2009 consid. 2.3; 6S.331/2001 du 16 octobre 2001 consid. 1b/bb).

2.5 Cette conception a été commentée et critiquée par la doctrine, qui se prononce pour une solution permettant de fonder la compétence territoriale en Suisse, y compris à l'égard de l'instigateur ou du complice agissant depuis la Suisse, dans le contexte d'une infraction entièrement perpétrée à l'étranger (HANS SCHULTZ, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1978, RJB 1979 p. 530; POPP/KESHELAVA, in Basler Kommentar, Strafrecht, vol. I, 3e éd. 2013, n° 16 ad art. 8 CP; TRECHSEL/PIETH/VEST, in Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3e éd. 2018, n° 8 ad art. 8 CP; DUPUIS ET AL., CP Code pénal, 2e éd. 2017, n° 21 ad art. 8 CP; JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal général, 2e éd. 2013, p. 136 s.; DONATSCH/TAG, op. cit., p. 54; DANIEL KOLLER, Cybersex, Die strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen, 2007, p. 403 s.; AUDE BICHOVSKY, in La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Kuhn et al. [éd.], 2006, p. 9 ss; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 2001, p. 346; ALEXANDRE DYENS, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse, 2014, p. 235 ss; contra: KATIA VILLARD, La compétence territoriale du juge pénal suisse [art. 3 et 8 CP]: réflexions autour d'évolutions récentes, RPS 135/2017 p. 153 ss; la même, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, in Collection genevoise, 2017, p. 133 ss; GLESS, op. cit., p. 50; JEAN-LUC COLOMBINI, La prise en considération du droit étranger [pénal et extra-pénal] dans le jugement pénal, 1983, p. 34 s.).

2.6

2.6.1 Au-delà des motifs ayant fondé la solution retenue par le Tribunal fédéral, les critiques des

auteurs se concentrent principalement
BGE 144 IV 265 S. 273

sur des considérations de politique criminelle. Elles mettent ainsi en exergue le fait que la jurisprudence consacrée pourrait avoir pour conséquence de créer des conflits négatifs de juridictions, soit des cas dans lesquels aucun Etat ne revendique sa compétence pour connaître des actes délictueux commis par le participant accessoire. Les auteurs déplorent à cet égard l'absence de disposition légale topique permettant de fonder le rattachement territorial des actes de participation accessoire, contrairement à la solution choisie par les législateurs allemand (§ 9 Abs. 2 D-StGB) et français (art. 113-5 CP-fr.), qui admettent, sous certaines conditions s'agissant du droit français, la compétence du juge national en présence d'un acte de participation commis sur leur territoire en vue de la réalisation d'une infraction perpétrée à l'étranger.

2.6.2 Il n'est pas établi que le législateur de 1937 avait la volonté d'inclure dans le Code pénal un rattachement indépendant en raison des actes de participation accomplis en Suisse. Le Message du Conseil fédéral du 23 juillet 1918 relatif au projet de nouveau Code pénal suisse se limite à relever, à ce sujet, que "le Code pénal doit être applicable à toute personne qui commet un délit en Suisse, à toute personne qui commet à l'étranger un délit contre notre Etat ou notre défense nationale, ou contre un Suisse, enfin à tout Suisse qui commet à l'étranger un délit à raison duquel nous demandons son extradition" (FF 1918 IV 1, 9 s.). L'exposé des motifs relatif à l'avant-projet de code pénal suisse élaboré en 1893 (CARL STOOSS, *Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, septembre 1893) ne fait non plus aucune référence quant à un éventuel rattachement en Suisse des actes de participation. L'introduction d'une norme topique avait en revanche été envisagée dans le contexte de la révision de la partie générale du Code pénal. L'avant-projet de 1987 prévoyait ainsi de compléter la loi en proposant un nouveau chiffre 2 à l'art. 3 AP-CP 1987, dont la teneur était la suivante: "2. Die Teilnahme an einer ausschliesslich im Ausland begangenen Haupttat ist nur strafbar, wenn die Haupttat und die Teilnahme auch nach dem Recht der Haupttat strafbar ist". L'objectif de cette disposition était de dissiper les controverses que suscitait la conception retenue par le Tribunal fédéral et de codifier la solution majoritairement défendue en doctrine, à savoir admettre la compétence suisse sous réserve que l'infraction en cause soit également

BGE 144 IV 265 S. 274

punissable au lieu où elle a été commise (cf. HANS SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1987, p. 11 ss). Cette proposition n'a toutefois pas été retenue par la commission d'experts qui a rédigé l'avant-projet de 1993 (cf. Office fédéral de la justice, *Rapport concernant la révision de la Partie générale et du Troisième livre du Code pénal et concernant une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs*, 1993, p. 16), qui comme le Conseil fédéral à sa suite, a considéré que la matière devait continuer à être réglée par voie jurisprudentielle (cf. Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse [dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal] et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II 1787, 1798 s.).

2.6.3 Des auteurs en déduisent qu'en renonçant à préciser le texte légal et en laissant expressément au juge le soin de régler la question, le législateur a volontairement laissé subsister une lacune dans la loi, qu'il appartiendrait au juge de combler (cf. en ce sens POPP/KELSHELAVA, *op. cit.*, n° 16 ad art. 8 CP; DYENS, *op. cit.*, p. 236). Nonobstant les critiques de la doctrine, une volonté du législateur tendant à la modification de la jurisprudence développée jusqu'alors ne peut être déduite de l'abandon de la solution envisagée par les auteurs de l'avant-projet de 1987. Il y a lieu de relever à cet égard que le législateur a expressément prévu un rattachement territorial indépendant des actes de participation accessoire dans le contexte particulier des dispositions pénales prévues par la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (cf. art. 95 al. 2 LENU; RS 732.1). On en déduit que, dans l'optique du législateur, l'introduction d'un tel rattachement pour l'ensemble du droit pénal ne serait susceptible d'intervenir que dans le cadre d'une modification législative.

2.7

2.7.1 Parmi les auteurs cités ci-avant, certains reviennent sur la pertinence de prendre en considération le caractère accessoire des actes de participation pour réfuter tout rattachement indépendant des actes d'instigation ou de complicité au regard des art. 3 et 8 CP (cf. en particulier SCHULTZ, KOLLER, SCHWARZENEGGER, DYENS, *loc. cit.*). Dans la mesure où le caractère accessoire des actes de participation ne les prive pas d'une portée propre - l'instigation en particulier

BGE 144 IV 265 S. 275

constituant l'acte sans lequel l'auteur principal n'aurait jamais agi -, il se justifie selon eux de faire abstraction du principe de l'accessorité et d'assimiler à un acte au sens de l'art. 8 CP le comportement par lequel l'instigateur encourage l'auteur principal à commettre une infraction, respectivement le comportement par lequel le complice apporte sa contribution à l'infraction.

2.7.2 Le lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir (art. 8 al. 1 CP) se définit comme le lieu où l'auteur est physiquement présent lorsqu'il réalise l'un des éléments constitutifs de l'infraction considérée (ATF 124 IV 73 consid. 1c/aa p. 75 s.). En d'autres termes, pour que l'infraction soit punissable en Suisse, il faut que l'auteur réalise l'un des actes constitutifs sur le territoire suisse. En revanche, le lieu où il décide de commettre l'infraction ou le lieu où il réalise les actes préparatoires ne sont pas pertinents (ATF 141 IV 336 consid. 1.1 p. 338, ATF 141 IV 205 consid. 5.2 p. 209 s.; ATF 119 IV 250 consid.

3c p. 253). Les actes préparatoires ne revêtent en effet une importance, sous l'angle de l'art. 8 CP, que lorsqu'ils sont expressément réprimés par le biais d'une infraction indépendante, tels que les art. 260bis CP (actes préparatoires délictueux) et 19 al. 1 let. g LStup (ancien art. 19 ch. 1 al. 6 LStup; HARARI/LINIGER GROS, op. cit., n° 17 ad art. 8 CP; URSULA CASSANI, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte [Art. 3-7 StGB], RPS 114/1996 p. 237 ss, 245). On déduit de ce qui précède que la notion d'acte contenue à l'art. 8 CP doit être appréciée exclusivement au regard des éléments constitutifs décrits dans la norme pénale spéciale. Or, ceux-ci sont le fait de l'auteur principal et non de l'instigateur, dont l'activité survient, par essence, avant la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction. Il en est de même, selon les cas, de la contribution du complice, qui peut également intervenir en amont de la commission de l'infraction. Dans la mesure où, comme on l'a vu, les actes préparatoires ne sont pas pertinents pour déterminer le lieu de l'acte commis par l'auteur principal, il ne se justifie pas de prévoir une solution différente pour le cas où ils auraient été accomplis par un participant accessoire. Dans ce contexte, la proposition de faire abstraction du caractère accessoire des actes d'instigation et d'assimiler le comportement de l'instigateur à un acte de l'auteur au sens de l'art. 8 CP n'est pas convaincante. Elle aurait de surcroît des répercussions indésirables. Ainsi,
BGE 144 IV 265 S. 276

la reconnaissance de la compétence territoriale des autorités suisses sur la base de la localisation de l'acte d'instigation reviendrait à créer un régime différent selon qu'une infraction commise à l'étranger est perpétrée en commun ou non: le droit suisse s'appliquerait à l'égard de l'instigateur qui est intervenu en Suisse au stade des actes préparatoires, mais pas lorsque ceux-ci sont le fait de l'auteur principal (cf. en ce sens VILLARD, op. cit., RPS 135/2017 p. 155).

2.8 Par ailleurs, une partie de la doctrine, même critique à l'égard de la pratique du Tribunal fédéral, relève que, pour être compatible avec le principe d'accessorité des actes de participation, l'admission d'une compétence juridictionnelle au lieu où le participant accessoire a agi supposerait que l'acte principal soit également incriminé au lieu de commission de l'infraction (cf. HANS SCHULTZ, Die räumliche Geltung des schweizerischen Strafgesetzbuches nach der neueren Gerichtspraxis, RPS 306/1957 p. 306 ss, 312; CASSANI, op. cit., p. 247; DYENS, op. cit., p. 237 s.). Toutefois, l'introduction par voie jurisprudentielle de l'exigence du respect de la double incrimination paraît peu compatible avec le principe de la légalité, dans la mesure où une telle exigence ne saurait être déduite des art. 3 et 8 CP (cf. VILLARD, op. cit., Collection genevoise, n. 388 p. 136). On ne saurait en outre faire abstraction de la sanction prévue par le droit étranger pour l'infraction considérée et effectivement prononcée à l'encontre de l'auteur principal, alors même que, selon l'art. 24 CP, l'instigateur encourt la peine applicable à l'auteur principal et que l'art. 25 CP prévoit pour le complice une atténuation obligatoire de la peine. Même si, en fonction de la culpabilité de chacun, le participant accessoire est susceptible d'être puni plus lourdement que l'auteur principal, la peine prononcée à l'étranger à l'encontre de celui-ci ne saurait être ignorée du juge appelé à sanctionner le participant accessoire. Les remarques de VILLARD à ce sujet apparaissent pertinentes (cf. Collection genevoise, op. cit., n. 385 p. 135 s.; cf. également COLOMBINI, op. cit., p. 35).

2.9 Il s'agit encore de déterminer si, pour éviter un conflit négatif de compétence, il se justifierait, comme le suggèrent certains auteurs, d'admettre, en présence d'un tel conflit, la punissabilité des participants accessoires lorsque des actes sont commis en Suisse en vue d'une infraction commise à l'étranger. En l'espèce, il n'est toutefois pas établi que l'on se trouve en présence d'un conflit négatif de compétence. En effet, si le recourant fonde notamment son
BGE 144 IV 265 S. 277

argumentation sur le risque d'impunité induit par la jurisprudence, il souligne dans le même temps qu'il n'aurait "d'autre choix, en cas de rejet du recours, que de dénoncer l'intimé aux autorités françaises afin qu'il soit poursuivi pour instigation à incendie intentionnel". Cela étant, l'introduction

d'une compétence juridictionnelle spécifique qui ne surviendrait que dans l'hypothèse d'un conflit négatif de compétence contreviendrait au principe de la légalité, à l'instar de ce qui a été observé ci-avant s'agissant de l'exigence de la double incrimination (cf. supra consid. 2.8).

2.10 Les motifs qui précèdent commandent de s'en tenir à la pratique actuelle, qui exclut sous l'angle du principe de la territorialité tout rattachement indépendant pour les actes d'instigation, en raison de leur caractère accessoire.