

Nichtaufgreifen der Cum/Ex-Geschäfte zurückzuführen war (vgl. auch SPENGLER, Kollektivversagen: Cum/Cum, Cum/Ex und Hopp!, Wirtschaftsdienst 2017/7, S. 454 f.). Der Beschwerdeführer beruft sich wiederholt auf seine Gegendarstellung und seine darauf gestützte Auslegung und verkennt dabei, dass das Auslieferungsgesetz an die Sachdarstellung in den Auslieferungssuchen gebunden ist.

Zusammenfassend ist von einem qualifizierten Betrug zum Nachteil des Gemeinwesens auszugehen, wobei das Steuerrückerstattungsverfahren als «Instrument» des Betruges eingesetzt wurde. Angesichts der besonderen Schwere der Betrugsvorwürfe und der qualifizierenden Umstände ist bei einer *prima facie* Beurteilung kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die betrügerischen Handlungen zum Nachteil des Gemeinwesens von der bedeutend strengeren Bestrafung des gewerbsmässigen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB auszunehmen wären, soweit eine verwaltungsstrafrechtliche Ahndung in Betracht kommen sollte. Nach dem Gesagten liegt eine auslieferungsfähige strafbare Handlung nach gemeinem Strafrecht vor. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner die Auslieferungssachverhalte nicht unter den qualifizierten Tatbestand des Betrugs subsumiert hat, rechtfertigt vorliegend keine Weiterungen.

TPF 2022 41

5. Extrait de l'arrêt de la Cour d'appel dans la cause Ministère public de la Confédération et partie plaignante contre A. du 20 décembre 2021 (CA.2021.2)

Escroquerie par métier; tentative; délit impossible; infraction qualifiée

Art. 22, 146 CP

Le cas de figure où la tromperie réussit sans être objectivement astucieuse doit s'analyser sous l'angle du délit impossible (consid. II.1.3.4). Le délit impossible est un délit de mise en danger et celle-ci peut exister dans le cas de figure d'un délit impossible pour lequel le résultat escompté par l'auteur s'est bel et bien produit. Pour retenir un délit impossible d'escroquerie, il faut que l'auteur agisse en pensant réaliser la tromperie de manière astucieuse, c'est-à-dire en considérant la tromperie comme subjectivement astucieuse, l'examen de l'intention de l'auteur se faisant *ex post* (consid. II.1.3.4.3).

La tentative d'infraction qualifiée, sans être exclue par principe, doit être examinée de cas en cas. Elle peut entrer en ligne de compte s'agissant de

l'infraction d'escroquerie par métier. L'intensité de l'atteinte au bien juridique protégé par l'infraction d'escroquerie étant plus grande lorsque cette dernière est commise par métier, il faut tenir compte de cet état de fait dans le cadre d'une éventuelle condamnation pour tentative (consid. II.1.3.5).

Gewerbmässiger Betrug; Versuch; untauglicher Versuch; qualifizierte Deliktsbegehung

Art. 22, 146 StGB

Gelingt eine objektiv nicht arglistige Täuschung, ist ein untauglicher Betrugsversuch zu prüfen (E. II.1.3.4). Beim untauglich versuchten Delikt handelt es sich um ein Gefährdungsdelikt und eine Gefährdung kann vorliegen, wenn der vom Täter angestrebte Deliktserfolg tatsächlich eintritt. Um einen solchen annehmen zu können, muss der Täter in der Vorstellung handeln, sein Opfer arglistig zu täuschen. Der anhand einer *ex post* Betrachtung zu beurteilende Vorsatz muss sich mithin auf ein subjektiv arglistiges Verhalten erstrecken (E. II.1.3.4.3).

Der Versuch einer qualifizierten Tatbegehung ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, muss aber im Einzelfall geprüft werden. Beim gewerbmässigen Betrug kann ein strafbarer Versuch in Betracht kommen. Beim gewerbmässig begangenen Betrug ist die Intensität der Rechtsgutbeeinträchtigung höher, was es zu berücksichtigen gilt, wenn ein Täter wegen Versuchs des qualifizierten Tatbestandes zu verurteilen ist (E. II.1.3.5).

Truffa per mestiere; tentativo; reato impossibile; reato qualificato

Art. 22, 146 CP

La situazione in cui l'inganno si realizza senza essere oggettivamente astuto deve essere esaminata dal punto di vista del reato impossibile (consid. II.1.3.4). Il reato impossibile è un reato di messa in pericolo e la messa in pericolo può verificarsi quando il risultato voluto dall'autore si è effettivamente verificato. Per poter accertare un reato impossibile di truffa, occorre che l'autore abbia agito con l'intenzione di realizzare l'inganno in maniera astuta, considerando quindi l'inganno astuto dal punto di vista soggettivo, con un esame *ex post* dell'intenzione dell'autore (consid. II.1.3.4.3).

Il tentativo di un reato qualificato, pur non essendo escluso in linea di principio, deve essere esaminato caso per caso. Questo può entrare in linea di conto per il caso di truffa per mestiere. Poiché l'intensità del pregiudizio al bene giuridicamente protetto dal reato di truffa è maggiore quando la truffa è commessa per mestiere, questa circostanza deve essere considerata nel contesto di un'eventuale condanna per tentativo (consid. II.1.3.5).

Résumé des faits:

Par jugement SK.2016.30 du 14 juin 2018, modifié le 22 février 2019, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a acquitté A. des infractions d'organisation criminelle, de faux dans les titres et de blanchiment d'argent et l'a déclaré coupable d'escroquerie par métier. Par arrêt 6B_383/2019 et 6B_394/2019 du 8 novembre 2019, le Tribunal fédéral a admis le recours interjeté par A. en lien avec l'infraction d'escroquerie, annulé le jugement SK.2016.30 du 14 juin 2018 et renvoyé la cause à la Cour des affaires pénales pour qu'elle prenne une nouvelle décision sans retenir l'élément constitutif de l'astuce s'agissant des infractions d'escroquerie. Par jugement SK.2019.72 du 18 décembre 2020, la Cour des affaires pénales a acquitté A. de l'infraction d'escroquerie par métier. Le Ministère public de la Confédération a fait appel de ce jugement et conclut à la condamnation de A. pour tentative d'escroquerie par métier. La Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral, en se basant sur l'art. 344 CPP, a communiqué aux parties son intention de s'écarter de l'appréciation juridique que le Ministère public de la Confédération avait portée sur l'état de fait dans l'acte d'accusation et de l'examiner sous l'angle de la tentative d'escroquerie selon l'art. 22 CP en lien avec l'art. 146 al. 1 et 2 CP.

Par arrêt CA.2021.2 du 20 décembre 2021, la Cour d'appel a acquitté A. de l'infraction de tentative d'escroquerie par métier.

Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1271/2021 du 12 septembre 2022: le recours du Ministère public de la Confédération a été rejeté.

Extrait des considérants:**II.**

1.3.1 Selon l'art. 22 al. 1 CP, le juge peut atténuer la peine si l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme ou que le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas ou ne pouvait pas se produire.

Alors que l'ancien droit traitait séparément les différentes formes de la tentative, celles-ci sont désormais réunies à l'art. 22 CP (HURTADO POZO/ILLÁNEZ, Commentaire romand, 2^e éd. 2021, n. 8 ad art. 22 CP; DUPUIS ET AL., Petit commentaire, 2^e éd. 2017, n. 1 à 2 ad art. 22 CP).

1.3.2 Il y a délit manqué (ou tentative achevée) lorsque l’auteur a achevé son activité coupable, mais que le résultat délictueux ne se produit pas (arrêts du Tribunal fédéral 6B_38/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.3.1; 6B_157/2017 du 25 octobre 2017 consid. 3.1).

En l’espèce, le délit manqué doit être écarté. A l’évidence, comme l’a relevé l’autorité de première instance et contrairement à ce que soutient le MPC, le résultat s’est réalisé puisque B. SA a subi un dommage en octroyant des crédits à des personnes dont la situation financière ne correspondait pas à ce qui avait été annoncé. Il convient de se référer ici, en application de l’art. 82 al. 4 CPP, au jugement SK.2019.72 consid. 1.7.

1.3.3 Il y a tentative simple (ou tentative inachevée) lorsque l’auteur a commencé l’exécution d’un crime ou d’un délit sans avoir poursuivi jusqu’au bout son activité coupable (arrêts du Tribunal fédéral 6B_162/2018 du 27 mars 2018 consid. 2.3.1; 6B_506/2019 du 27 août 2019 consid. 2.2). Il faut que l’auteur ait réalisé tous les éléments subjectifs de l’infraction et manifesté sa décision de la commettre, alors que les éléments objectifs font, en tout ou en partie, défaut (ATF 140 IV 150 consid. 3.4). L’intention doit porter sur l’ensemble des éléments constitutifs objectifs. Une tentative punissable d’escroquerie n’est ainsi réalisée que si l’intention de l’auteur porte sur une tromperie astucieuse, donc sur un comportement qui apparaît objectivement astucieux (ATF 128 IV 18 consid. 3b). En revanche, s’il apparaît que les agissements de l’auteur ne pouvaient en aucun cas amener à la réalisation de l’infraction, contrairement à la représentation – déterminée dans le cadre d’un examen effectué *a posteriori* – que l’auteur se faisait de ses agissements, ceux-ci doivent être analysés sous l’angle du délit impossible (ATF 140 IV 150 consid. 3.5; *infra*, consid. II.1.3.4).

In casu, la tromperie sur laquelle l’intention de A. reposait n’était objectivement pas astucieuse. Certes, comme l’a soutenu B. SA, à la fois lors de la procédure de première instance et à l’occasion des débats d’appel, l’utilisation de fausses fiches de salaire doit en principe conduire à reconnaître l’existence d’une tromperie astucieuse. Toutefois, comme l’a retenu le Tribunal fédéral dans son arrêt de renvoi, l’astuce n’aurait pas fait défaut dans l’hypothèse où un seul prêt eut été obtenu (arrêt de renvoi, consid. 6.5.5.4). Or, comme l’a relevé le Tribunal fédéral, le *World Tamil Coordinating Committee* (WTCC) a été annoncé comme employeur à plus de cent reprises dans les demandes de crédits adressées à B. SA (*idem*). Le

Tribunal fédéral a en outre clairement indiqué qu'il y avait lieu de rendre une nouvelle décision sans retenir que l'élément constitutif de l'astuce aurait été réalisé concernant les infractions d'escroquerie (arrêt de renvoi, consid. 6.5.5.5). Dès lors, en application des principes évoqués ci-devant, la Cour d'appel est liée, dans la présente constellation de multiples demandes de crédit, par le constat que la tromperie sur laquelle portait l'intention de A. n'était objectivement pas astucieuse.

Par conséquent, en application de la jurisprudence précitée (ATF 140 IV 150 consid. 3.5), la tentative simple n'entre pas en ligne de compte en l'espèce.

1.3.4 Le cas de figure où la tromperie réussit sans être objectivement astucieuse doit s'analyser sous l'angle du délit impossible.

1.3.4.1 Celui-ci est une forme de tentative. Il y a délit impossible lorsque le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne pouvait pas se produire (art. 22 al. 1 CP *in fine*) à cause d'une circonstance propre à la nature du comportement ou de l'objet de l'infraction (HURTADO POZO/ILLÁNEZ, op. cit., n. 53 ad art. 22 CP). Le délit impossible se caractérise comme une erreur sur les faits en défaveur de l'auteur. L'auteur se représente comme existantes des circonstances objectives, mais, en réalité, son comportement est inoffensif (ATF 140 IV 150 consid. 3.5 et les références citées). La nature et le degré de l'impossibilité objective ne sont pas pertinents pour le caractère punissable de l'acte. En revanche, il est déterminant que l'auteur agisse en pensant pouvoir réaliser l'infraction même si la perpétration de cette infraction était objectivement absolument impossible (ATF 140 IV 150 consid. 3.5; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1431/2020 du 8 juillet 2021 consid. 3.2). Dans le cas d'espèce, qui concerne l'escroquerie, cela suppose que l'auteur agisse en pensant réaliser la tromperie de manière astucieuse.

1.3.4.2 Si le délit impossible est en principe punissable à teneur de l'art. 22 al. 1 CP, le comportement de l'auteur dans la constellation du délit impossible ne justifie cependant pas nécessairement une réponse pénale. Le Tribunal fédéral a dès lors considéré qu'il se justifiait d'exiger une mise en danger réelle de l'ordre juridique. Si celle-ci fait défaut, une interprétation extensive de l'art. 22 al. 2 CP commande de renoncer à prononcer une peine (ATF 140 IV 150 consid. 3.6). Avant cette jurisprudence, une opinion doctrinale soutenait déjà qu'une mise en danger du patrimoine de la victime

atteignant un seuil minimal (*minimale Gefährdung*) permettait de retenir une tentative d'escroquerie punissable dès lors que l'auteur considérait la tromperie comme étant subjectivement astucieuse (THOMMEN, Opfermitverantwortung beim Betrug, RPS 2008, p. 17 ss, 39 à 40; opinion contraire: SÄGESSER, Opfermitverantwortung beim Betrug, 2014, n. 175 s.). Dans ce cas de figure, la responsabilité de l'auteur et celle de la victime ne s'excluent pas l'une l'autre. En revanche, la doctrine majoritaire s'oppose formellement à l'application du délit impossible lorsque la tromperie n'est objectivement pas astucieuse, en particulier lorsque la victime pouvait aisément prendre les mesures nécessaires pour faire échec à la tromperie (ELLMER, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, p. 290). Selon ce courant doctrinal, la volonté criminelle de l'auteur fait défaut lorsque celui-ci connaît la possibilité de la victime de se protéger sans peine (ELLMER, *ibidem*; CASSANI, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, RPS 1999, p. 152 ss, 164). Toutefois, cette même doctrine estime que ce n'est pas le comportement concret de la victime qui est décisif, mais la manière dont l'auteur évalue les possibilités de se protéger dont la victime dispose. Cette doctrine soutient dès lors qu'il faut vérifier si, selon les connaissances *ex ante* de l'auteur des moyens de protection que la victime avait à sa disposition, il était possible pour cette dernière de se prémunir contre la tromperie (CASSANI, *ibidem*). Il s'ensuit que les deux courants doctrinaux, opposés en apparence, se rejoignent sur la nécessité de procéder à l'évaluation du comportement subjectif de l'auteur, ce qui implique de prendre en compte la situation particulière de la dupe, telle que l'auteur la connaît et l'exploite (comparer avec ATF 128 IV 18 consid. 3a, qui concerne le délit manqué).

1.3.4.3 Il ressort de ce qui précède que le délit impossible est un délit de mise en danger. En effet, selon la jurisprudence rendue sous l'empire du nouveau droit, le délit impossible est punissable s'il existe une mise en danger objective minimale de l'ordre juridique (ATF 140 IV 150 consid. 3.6; HURTADO POZO/ILLÁNEZ, op. cit., n. 69 ad art. 22 CP). Celle-ci peut exister dans le cadre de l'infraction d'escroquerie. En effet, dès lors que la jurisprudence retient une mise en danger dans le cadre d'un délit manqué d'escroquerie qui n'aboutit pourtant pas au résultat escompté par l'auteur (ATF 128 IV 18 consid. 3b), alors force est de retenir qu'une mise en danger pourrait également exister dans le cas de figure d'un délit impossible pour lequel le résultat escompté par l'auteur s'est bel et bien produit. Pour retenir un délit impossible d'escroquerie, il faut en outre que l'auteur agisse en pensant réaliser la tromperie de manière astucieuse, c'est-à-dire en

considérant la tromperie comme subjectivement astucieuse. L'examen de l'intention de l'auteur se fait *ex post* (ATF 140 IV 150 consid. 3.6). En revanche, il y a lieu de retenir un délit putatif dans l'hypothèse où l'auteur croit au succès de son entreprise alors même qu'il sait que la victime dispose de moyens de protection efficaces (CASSANI, op. cit., p. 164 à 165). Enfin, le caractère punissable d'une tromperie qui n'est objectivement pas astucieuse ne saurait remettre en cause la coresponsabilité de la victime.

1.3.4.4 Dans le cas d'espèce, eu égard aux multiples demandes de crédits adressées à B. SA, au dommage subi par la partie plaignante, en accueillant favorablement ces demandes de crédit, ainsi qu'à l'importance des sommes d'argent en jeu, force est de constater que, contrairement à ce que soutient la défense, il existe une mise en danger réelle de l'ordre juridique. Il s'ensuit dès lors qu'un délit impossible serait punissable dans l'hypothèse où la culpabilité du prévenu devait être constatée (ATF 140 IV 150 consid. 3.6).

1.3.5 Il faut enfin déterminer si une tentative d'infraction qualifiée, à savoir l'escroquerie par métier, peut entrer en ligne de compte.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la tentative d'infraction qualifiée entre en considération uniquement si l'infraction qualifiée se distingue de l'infraction de base en protégeant un autre bien juridique (ATF 124 IV 97 consid. 2c; 129 IV 188 consid. 3.3; voir également HURTADO POZO/ILLÁNEZ, op. cit., n. 16b ad art. 22 CP). Cette jurisprudence et son application aux infractions graves selon l'ancien art. 19 ch. 2 de la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (loi sur les stupéfiants, LStup; RS 812.121) ont cependant fait l'objet de vives critiques au sein de la doctrine (ALBRECHT, PJA 1997, p. 752 ss, 753; JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, RJB 1999, p. 617 ss, 625 à 627 et 653; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4^e éd. 2011, p. 344, note de bas de page 67; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6^e éd. 2004, § 30 p. 179). Le Tribunal fédéral a par ailleurs indiqué que la tentative d'infraction qualifiée, sans être exclue par principe, devait être examinée de cas en cas (ATF 123 IV 128 consid. 2b; 138 IV 100 consid. 3.5). Le Tribunal fédéral, se référant notamment à la doctrine mentionnée ci-devant, a ainsi admis qu'une infraction grave selon l'ancien art. 19 ch. 2 LStup pouvait entrer en ligne de compte, l'auteur réalisant les éléments constitutifs de l'infraction qualifiée (ATF 138 IV 100

consid. 3.5 s.; arrêt du Tribunal fédéral 6B_632/2018 du 21 août 2018; 6B_1070/2018 du 14 août 2019 consid. 4.3). Le même raisonnement peut s'appliquer, par analogie, à la tentative d'escroquerie par métier. En effet, l'intensité de l'atteinte au bien juridique protégé par l'infraction d'escroquerie étant plus grande lorsque cette dernière est commise par métier, il apparaît évident qu'il puisse être tenu compte de cet état de fait dans le cadre d'une éventuelle condamnation pour tentative.

Vu ce qui précède, et compte tenu du fait que les agissements de A. concernant 55 demandes de crédit ont amené B. SA à mettre à disposition du WTCC un montant de fr. 3'201'582.60 (jugement SK.2016.30 consid. 4.3.2.8), une tentative d'escroquerie par métier est susceptible d'entrer en ligne de compte.

1.4.2.1 Pour déterminer si un délit impossible d'escroquerie par métier peut être retenu dans le cas d'espèce, il faut déterminer si l'intention de A. portait sur une tromperie qu'il considérait comme subjectivement astucieuse. Cela implique un examen des connaissances *ex ante* que A. avait des moyens de protection dont disposait B. SA afin de déterminer s'il pensait qu'il était possible pour cette dernière de se prémunir contre la tromperie (*supra*, consid. II.1.3.4). A la lumière des principes exposés ci-devant, il est par ailleurs impératif de tenir compte de la motivation de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, celle-ci définissant le cadre de la nouvelle motivation juridique.

1.4.2.2 En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que l'astuce devait être niée au regard du contexte général et plus particulièrement du caractère répétitif des demandes de crédit adressées à B. SA (arrêt de renvoi, consid. 6.5.5.2 *in fine* et 6.5.5.4). La connaissance par les employés et les organes de B. SA du caractère systématique de la tromperie était donc un élément décisif à leur disposition afin de s'en prémunir. Or, comme cela a déjà été exposé, A., alors qu'il était chef du WTCC, a joué un rôle déterminant dans la prise de décision relative à la manière de récolter des fonds. Il était activement impliqué dans la prospection de preneurs de crédit et il connaissait le volume des crédits, le déroulement concret de la prise de ceux-ci et les moyens utilisés, en particulier les fausses fiches de salaire. Il est en outre établi qu'il savait que les demandes étaient adressées à B. SA et que les mensualités des crédits étaient remboursées directement par les Tigres de libération de l'Eelam Tamoul (*Liberation Tigers of Tamil Eelam*)

ou le WTCC. Il ne fait dès lors aucun doute qu'il connaissait le contexte général et en particulier le caractère répétitif des demandes adressées à B. SA. Il savait donc que la banque avait une vision d'ensemble des demandes de crédit en question. Il faut aussi souligner à cet égard que A. savait que certaines demandes de crédit servaient à solder d'anciens crédits, et par conséquent que les employés de B. SA en étaient également informés. Enfin, s'il est vrai que A., comme il le soutenait dans son mémoire de recours auprès du Tribunal fédéral, ne travaillait pas dans la finance, il faut toutefois relever qu'il a effectué une formation de deux années dans le domaine économique. De plus, force est de constater qu'il disposait de connaissances en matière de crédits à la consommation de par ses activités au sein du WTCC et du fait qu'il avait lui-même contracté plusieurs crédits de ce type, dont au moins trois avant les faits qui lui sont reprochés.

Dès lors, eu égard à l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, qui a nié le caractère astucieux de la tromperie reprochée au prévenu, et au principe *in dubio pro reo*, selon lequel, au stade du jugement, le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et le doute doit profiter au prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1283/2019 du 21 janvier 2020 consid. 1.1; voir également ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3), et tenant compte des éléments dont A. avait connaissance, à savoir en particulier le fait qu'il savait que les demandes de crédit étaient adressées à B. SA et qu'il connaissait le caractère répétitif de celles-ci, il ne saurait être retenu qu'il pensait qu'il était impossible pour B. SA de se prémunir contre la tromperie. Par conséquent, il n'a pas été établi que l'intention de A. portait sur une tromperie subjectivement astucieuse. Le délit impossible d'escroquerie par métier ne peut dès lors pas être retenu.

1.4.3 Vu ce qui précède, l'appel formé par le MPC est rejeté et A. est acquitté de l'infraction de tentative d'escroquerie par métier.

TPF 2022 49

6. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft und Privatklägerschaft gegen A. vom 10. März 2022 (SK.2021.52)

Beschimpfung