

ATF 147 IV 479 | TF, 01.06.2021, 6B\_379/2020\*

*Pour confisquer des valeurs patrimoniales (art. 70 al. 1 CP) découlant d'un contrat conclu par corruption, le juge doit établir que, sans les pots-de-vin, les parties n'auraient pas conclu ce contrat. Le fait que l'intermédiaire ou ses sociétés ai(en)t fourni des prestations légales en sus d'actes de corruption ne s'oppose pas à la confiscation.*

*Le montant de la confiscation se détermine selon le principe du profit net (Nettoprinzip). Le seul fait que la corruption ait influencé l'appréciation d'un fonctionnaire ne permet pas de confisquer l'entier du profit net. Il convient d'estimer le montant à confisquer (art. 70 al. 5 CP) en se fondant sur l'ensemble des circonstances, conformément au principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.).*

*Le prononcé d'une créance compensatrice, en plus de l'amende prévue dans un accord de coopération conclu entre la personne visée et les autorités étrangères dont le but est de restituer les gains, soulève des questions de compatibilité avec le principe de la bonne foi (art. 3 al. 2 lit. a CPP et art. 9 Cst.).*

## Faits

Deux sociétés, détenues par le même homme (ci-après : l'intermédiaire), négocient pour deux autres sociétés l'attribution de contrats relatifs à des navires de forage avec la société semi-étatique brésilienne Petrobras. Au terme des négociations, la société Petrobras attribue les contrats auxdites sociétés mandantes.

En 2015, la société Petrobras découvre que, au cours des négociations d'un des deux contrats, certains de ses directeurs ont perçu des pots-de-vin. Elle résilie alors ledit contrat. La société co-contractante, conseillée par l'intermédiaire dans le cadre de ses activités pour une de ses sociétés, conteste la résiliation avec succès devant un tribunal arbitral : celui-ci confirme la validité du contrat malgré les versements de pots-de-vin.

Cette même année, en parallèle d'une procédure pénale au Brésil pour le même complexe de faits, le Ministère public de la Confédération ouvre une procédure à l'encontre de l'intermédiaire pour corruption active d'agents publics étrangers (art. 322<sup>septies</sup> CP) et

blanchiment d'argent aggravé (art. 305<sup>bis</sup> al. 2 CP). Dans ce cadre, il prononce le séquestre d'avoires bancaires issus de relations d'affaires dont l'intermédiaire est l'ayant droit économique.

En 2016, la justice brésilienne condamne l'intermédiaire à une peine privative de liberté de huit ans et à une amende de 70'000'000 BRL pour corruption et blanchiment d'argent. Cette peine donne suite à un accord de coopération conclu entre l'intermédiaire et les autorités brésiennes, visant à restituer le profit de la corruption.

À la suite de la condamnation par les autorités brésiennes, le Ministère public de la Confédération classe la procédure (art. 319 al. 1 lit. e cum art. 8 al. 2 lit. c et al. 3 CPP). À cette occasion, il condamne l'intermédiaire au paiement d'une créance compensatrice à hauteur de 9'980'000 USD et met les frais de procédure à sa charge. Le paiement de ces montants est garanti par le maintien d'un séquestre sur les avoires bancaires.

Le Tribunal pénal fédéral rejette le recours de l'intermédiaire et de la société à laquelle appartient le compte bancaire. Ceux-ci recourent alors au Tribunal fédéral, qui doit se prononcer sur la proportionnalité de la confiscation et sur sa compatibilité avec l'accord de coopération.

La question de la légalité d'une créance compensatrice prononcée à l'encontre de l'intermédiaire en personne, aussi traitée par le Tribunal fédéral, fera l'objet d'un résumé séparé ([Lawinside.ch/1184/](http://Lawinside.ch/1184/)).

## Droit

L'art. 70 CP prévoit la confiscation de valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction. Lorsque ces valeurs ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur remplacement par une créance compensatrice d'un montant équivalent (art. 71 CP).

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que la confiscation est subordonnée à l'existence d'un lien de causalité hypothétique : l'autorité doit déterminer si l'auteur aurait perçu un avantage patrimonial même en l'absence d'infraction, c'est-à-dire en adoptant un comportement alternatif licite. Le gain doit provenir d'un acte juridique qui découle de la

corruption, c'est-à-dire qui n'aurait pas été conclu sans celle-ci. À l'inverse, les valeurs patrimoniales provenant d'un acte objectivement légal, qui ne se trouve pas dans un rapport immédiat avec l'infraction, ne sont pas confiscables, même si une infraction a facilité cet acte juridique. Cela étant, lorsqu'un acte juridique a été conclu en raison d'actes de corruption, on ne peut pas partir du principe qu'il s'agit d'un acte juridique légal au sens précité. Le fait que cet acte ait pour objet une prestation objectivement légale n'y change rien.

Le Tribunal fédéral précise également que la présomption d'innocence (art. 10 al. 1 CPP) ne s'applique pas en matière de confiscation. Celui qui s'oppose à la confiscation en alléguant qu'un contrat aurait également été conclu sans versements corruptifs est requis de participer dans la limite du raisonnable à l'administration des preuves. Aussi, le tiers bénéficiaire ou le corrupteur qui prétend que le contrat n'est pas conclu par corruption est tenu d'étayer ses propos de manière plus précise.

En l'espèce, en plus de permettre la conclusion du contrat avec Petrobras par le biais d'actes de corruption, l'intermédiaire ou ses sociétés a (ont) fourni des prestations « légales », à savoir conseiller les futurs co-contractants de Petrobras au cours des négociations et représenter un des co-contractants de Petrobras devant le tribunal arbitral. Toutefois, ces prestations objectivement légales - indépendamment des actes de corruption - n'empêchent pas une confiscation au sens de l'art. 70 al. 1 CP : toutes les valeurs patrimoniales issues d'un acte juridique conclu par corruption sont confiscables selon le principe du profit net (*Nettoprinzip*).

Le Tribunal fédéral énonce ensuite les principes permettant de fixer l'étendue de la confiscation.

Le fait que la corruption ait influencé une décision qui relevait de l'appréciation d'un fonctionnaire ne s'oppose pas à une confiscation. Comme toute confiscation, cette mesure, qui restreint la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), doit toutefois rester proportionnée (art. 36 al. 3 Cst.). Dès lors, il est exclu de confisquer l'ensemble du profit net dans ce cas de figure. Selon le Tribunal fédéral, il convient davantage de procéder à une estimation fondée sur l'ensemble des circonstances, conformément à l'art. 70 al. 5 CP. On ne peut

considérer que le bénéfice provenant d'une transaction a été obtenu uniquement grâce à une infraction que si l'on peut supposer que, sans l'infraction, la société n'aurait pas effectué d'autre transaction avec les ressources utilisées au cours de la période en question.

Aux yeux du Tribunal fédéral, il est dès lors indispensable de tenir compte de toutes les circonstances propres au cas d'espèce pour estimer l'étendue de la confiscation. Le principe de proportionnalité exclut de confisquer l'entier du bénéfice quand le corrupteur fournit à l'État sa prestation à des conditions contractuelles légales, mais que les personnes négociant au nom de l'État ont subordonné l'attribution du contrat au versement de pots-de-vin. Dans le cas contraire, le corrupteur serait tenu d'exécuter gratuitement son contrat vis-à-vis de l'État.

L'autorité appelée à prononcer une confiscation doit par conséquent tenir compte de l'origine et du but du paiement des pots-de-vin, en particulier de la question de savoir si cette initiative émane du corrupteur ou si le corrompu a conditionné la conclusion du contrat au versement de pots-de-vin. Divers autres éléments permettent d'arrêter le montant de la confiscation, notamment le contenu du contrat, le degré d'appréciation du fonctionnaire corrompu, une éventuelle ratification ou dénonciation du contrat après la découverte du versement de pots-de-vin, de même que les avantages découlant indirectement de l'adjudication du contrat, par exemple sous la forme d'une amélioration de la position sur le marché. Ces aspects dépendant de chaque cas concret, il n'est pas possible de dégager une méthode générale de calcul.

En l'espèce, le Tribunal pénal fédéral a admis l'existence du lien de causalité entre la corruption et la conclusion des contrats, et donc la confiscation de l'entier des bénéfices provenant desdits contrats, au motif que les directeurs de Petrobras ont insisté sur le versement de pots-de-vin. Aux yeux du Tribunal fédéral, ce raisonnement est toutefois insuffisant : ce qui est décisif est la question de savoir si, à défaut de pots-de-vin, les parties auraient quand même conclu les contrats, et non pas la causalité hypothétique pour le cas où ce ne sont pas les personnes agissant pour les sociétés co-contractantes, mais un autre concurrent qui se serait laissé séduire par le versement de pots-de-vin. Le raisonnement du Tribunal pénal fédéral laisse ouverte la question de savoir à qui la société Petrobras aurait

attribué les contrats si les autres concurrents avaient refusé de payer les pots-de-vin. L'arrêt attaqué ne mentionne pas non plus si les concurrents avaient soumis des offres objectivement meilleures.

L'intermédiaire a également fait valoir que les revendications des directeurs de Petrobras étaient « plutôt » de nature à entraîner une extorsion. Même si cette circonstance ne justifie pas les versements, le principe de proportionnalité impose d'en tenir compte pour déterminer l'étendue de la confiscation. C'est donc à tort que le Tribunal pénal fédéral l'a négligée.

Finalement, le Tribunal pénal fédéral aurait dû examiner l'argument de l'intermédiaire relatif à la sentence arbitrale concernant le litige entre Petrobras et une des sociétés au bénéfice d'un des contrats. Quand bien même le droit pénal et le droit civil n'ont pas la même fonction, le fait qu'un contrat conclu par corruption soit considéré sur le plan civil comme nul, contraignant, respectivement non-contraignant, ou annulable, indique généralement dans quelle mesure le paiement de pots-de-vin a influencé la conclusion du contrat ou ses conditions.

Puisque le juge doit confisquer le produit découlant des contrats, versé en l'espèce aux sociétés de l'intermédiaire sous la forme de commissions, il convient de prendre en considération les circonstances susmentionnées. Aussi, l'implication de l'intermédiaire dans les négociations et les paiements de pots-de-vin, en sus de ses prestations légales, joue en sa défaveur.

En somme, s'agissant du principe de la confiscation, le Tribunal fédéral juge que le seul fait que les dirigeants aient laissé entendre que la conclusion des contrats dépendait du versement de pots-de-vin ne suffit pas à établir le lien de causalité nécessaire pour prononcer ensuite la confiscation de la totalité des produits délictueux. En outre, en ce qui concerne l'étendue de la confiscation, le raisonnement du Tribunal pénal fédéral ne tient pas compte de divers éléments pertinents, en particulier de la nature des revendications des directeurs de Petrobras et des arguments relatifs à la sentence arbitrale. Partant, le Tribunal fédéral admet le recours sur ce point.

Le Tribunal fédéral souligne enfin que le principe de la bonne foi (art. 3 al. 2 lit. a CPP et art. 9 Cst.) s'applique en matière de procédure pénale. Ce principe protège la confiance légitime qu'une personne place dans les garanties ou informations fournies par l'administration ou dans d'autres comportements de celle-ci.

En l'espèce, l'intermédiaire a convenu d'un accord de coopération avec les autorités brésiliennes pour l'ensemble des griefs en lien avec le paiement de pots-de-vin aux directeurs de Petrobras. Cet accord prévoyait notamment le paiement d'une amende de 70'000'000 BRL servant à la restitution des gains. Si, pour admettre les conditions de la confiscation, le Tribunal pénal fédéral fonde son raisonnement essentiellement sur ledit accord et sur les aveux de l'intermédiaire dans ce contexte, il s'affranchit du contenu de cet accord, puisqu'il exige de ce dernier le paiement d'une créance compensatrice, en sus de l'amende convenue lors de la procédure brésilienne.

Aux yeux du Tribunal fédéral, une telle démarche soulève des questions de compatibilité avec le principe de la bonne foi. Partant, si, lors du réexamen de l'affaire, le Tribunal pénal fédéral entend maintenir le prononcé d'une créance compensatrice, il devra examiner la compatibilité de celle-ci avec le principe de la bonne foi.

Proposition de citation : ELENA TURRINI, Affaire Petrobras : proportionnalité de la confiscation et compatibilité avec l'accord de coopération (1/2), in: <https://lawinside.ch/1106/>