La condamnation d'un Conseiller d'Etat et de son chef de cabinet à l'infraction d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies} CP)

Arrêt TF 6B_220/2022 (f) du 31 octobre 2022*

Par Ryan Gauderon/Jonathan Rutschmann, le 9 mai 2023

Les infractions d'octroi et d'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) sont des infractions dites « miroir », mais qui restent autonomes. Pour l'agent public, il importe peu de savoir si le corrupteur lui offre un avantage indu dans l'intention de l'influencer dans l'accomplissement des devoirs de sa charge. Dès que l'agent public a conscience du caractère indu de l'avantage qu'il accepte, que cet avantage est objectivement susceptible d'influencer l'agent public dans l'exercice de ses fonctions et que l'agent s'accommode de le recevoir en raison de sa qualité de fonctionnaire, l'infraction est réalisée. Par conséquent, il n'existe pas de parallélisme entre l'illicéité de l'octroi de l'avantage indu et celle de son acceptation par l'agent public.

I. En fait

A est Conseiller d'Etat de la République et canton de Genève depuis juin 2012, en charge du Département de la sécurité notamment. À ce titre, il est invité une première fois du 22 au 27 mai 2015 à Dubaï aux Emirats Arabes Unis (E.A.U.), avec une délégation économique genevoise. Durant ce séjour, A se rend un après-midi à Abou Dhabi accompagné du Consul général de Suisse pour rencontrer le Cheikh K, ministre de l'intérieur. Des discussions entre A et le Cheikh sont tenues sur la sécurité du prochain Grand prix de Formule 1 face à la menace terroriste. De retour à Dubaï, cette conversation est évoquée auprès des membres de la délégation genevoise, dont C et D. Ce dernier propose à A de l'inscrire au Grand prix de Formule 1, avec C, via les relations de son oncle. A accepte cette proposition.

En juin 2015, A adresse un e-mail à son ami C pour lui annoncer que lui et sa famille étaient disponibles pour un second séjour aux E.A.U, pour assister au Grand Prix de Formule 1 à la fin du mois de novembre. Dans son message, A demande également à C si le voyage s'inscrit toujours « dans une logique d'invitation officielle, ce qui (l)'enchanterait ? » en ajoutant « pour ton info, les contacts et échanges vont bon train en matière de coopération policière ». C confirme le caractère officiel du prochain voyage, tout en précisant souhaiter une confirmation de la part des autorités des E.A.U. Environ deux semaines plus tard, A réitère à son chef de cabinet B son intention de participer à ce séjour avec sa famille, en ajoutant qu'il partait de l'idée que « cela se ferait sur invitation et à (ses) frais s'agissant du voyage à tout le moins ».

Au début du mois d'août 2015, A échange plusieurs messages WhatsApp avec C pour lui demander des nouvelles du voyage prévu en novembre 2015. Lorsque C l'informe que les

billets d'avion sont également pris en charge, A rétorque qu'il souhaite au moins payer la valeur en tarif économique de son vol, vu le caractère « semi-privé » du séjour envisagé. Fin août, A écrit une nouvelle fois à C : « redis-moi pour les billets, ça m'angoisse ».

Le 11 septembre 2015, A informe le président du Conseil d'Etat genevois de sa prochaine absence du 26 au 29 novembre 2015 pour un « déplacement semi-professionnel/semi-privé aux Emirats Arabes Unis, dans le cadre de la coopération économique et sécuritaire initiée ce printemps (pas de frais à la charge du canton – déplacement payé par mes soins) ».

Le 20 septembre 2015, A reçoit une invitation officielle de la *Crown Prince Court* des E.A.U., en sa qualité de Conseiller d'Etat, au Grand Prix de Formule 1 d'Abou Dhabi du 27 au 29 novembre 2015, accompagné de sa famille. C informe A que c'est son chef de cabinet B qui s'occupera de gérer les détails.

Par courrier officiel daté du 29 septembre 2015, A informe le Prince héritier qu'il accepte sa « généreuse invitation » et qu'il se rendra à Abou Dhabi aux dates prévues, accompagné de son épouse, ses trois enfants et de son chef de cabinet B.

Au début du mois d'octobre 2015, les organisateurs émiratis confirment que l'intégralité des frais de voyage, soit les vols en classe affaire, l'hôtel de luxe et les déplacements sur place sont pris en charge par la Couronne.

Du 26 au 30 novembre 2015, A, accompagné de sa famille et de B, se rendent à Abou Dhabi pour assister au Grand Prix de Formule 1. Durant le séjour, seules une brève visite dans un centre de vidéo-surveillance et une courte entrevue avec l'ambassadrice de Suisse aux E.A.U. sont officiellement organisées.

Le coût du voyage s'est élevé à environ CHF 50'000.- pour A et sa famille, et à environ CHF 10'000.- pour B.

Par jugement du 21 février 2021, A est reconnu coupable d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies} CP) et condamné à 300 jours-amende à CHF 400.- le jour, avec sursis pendant deux ans. Son chef de cabinet B est également condamné pour acceptation d'un avantage et pour violation du secret de fonction (art. 320 ch. 1 CP) et pour instigation à abus d'autorité (art. 312 *cum* art. 24 CP). C est quant à lui reconnu coupable de complicité d'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} CP) pour son rôle joué dans l'organisation du voyage incriminé. Des créances compensatrices en faveur de l'Etat de Genève sont prononcées contre A pour un montant de CHF 50'000.-, et contre B à hauteur de CHF 10'000.-.

Le 13 décembre 2021, saisie sur appel de l'ensemble des prévenus et du Ministère public, la Cour d'appel et de révision genevoise acquitte A, B et C concernant les infractions d'octroi et acceptation d'un avantage. Les créances compensatrices sont en conséquence annulées.

Le Ministère public genevois porte la cause devant le Tribunal fédéral, en concluant notamment à ce que A et B soient reconnus coupables d'acceptation d'un avantage et punis d'une peine de peine privative de liberté de 14 mois chacun, avec sursis, ainsi qu'au

prononcé des créances compensatrices y relatives.

II. En droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que les infractions décrites aux art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont des dispositions « miroir ». Les éléments constitutifs de l'art. 322^{quinquies} CP sont les suivants : l'auteur doit offrir, promettre ou octroyer (1) à un agent public suisse, notamment à un fonctionnaire (2), un avantage indu (3) pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge (4). Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle. Il importe peu en revanche que l'agent public concerné ait accepté ou non l'avantage ou que ce dernier ait ou non une influence sur son comportement. Quant à l'art. 322^{sexies} CP, il exige que l'auteur soit un agent public suisse, notamment un fonctionnaire (1) et sollicite, se fasse promettre ou accepte (2) un avantage indu (3) pour accomplir les devoirs de sa charge (4). L'intention est également requise. Il est cependant sans importance que l'agent public veuille ou non adopter le comportement attendu de lui et qu'il reçoive ou non l'avantage promis (TF 6B_391/2017 du 11.1.2018, c. 5.2) (c. 1.3).

S'agissant de la qualité d'agent public suisse, notre Haute Cour considère sans surprise que le Conseiller d'Etat concerné revêt la qualité de « membre d'une autorité » au sens des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP et que son chef de cabinet est bien un « fonctionnaire ». Il n'est pas contesté non plus que l'invitation au Grand Prix de Formule 1 leur a été remise en leur qualité respective (c. 1.4).

Concernant le caractère indu de l'avantage perçu, le Tribunal fédéral considère notamment que la valeur du voyage – CHF 50'000.- pour le Conseiller d'Etat et CHF 10'000.- pour son chef de cabinet – est largement supérieure aux cadeaux usuels autorisés. La dimension officielle du voyage n'y change rien, selon le Tribunal fédéral, qui rappelle le « caractère très léger de l'agenda officiel du voyage » (c. 1.5).

La Cour cantonale a nié la réalisation de l'infraction en estimant qu'on ne pouvait retenir que l'avantage indu avait été accepté par A et B « en vue de l'accomplissement des devoirs de leurs charges respectives ». La Cour genevoise a effectivement considéré que ni l'autorité invitante, à savoir la Couronne d'Abou Dhabi, ni les prévenus accusés d'avoir offert ce voyage, ne l'auraient offert, promis ou octroyé dans la perspective que le Conseiller d'Etat ou son chef de cabinet n'accomplisse ses devoirs (c. 1.6).

Après avoir écarté du champ d'application des infractions les cadeaux donnés ou reçus dans un contexte purement privé, le Tribunal fédéral relève que les art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont susceptibles d'entrer en ligne de compte dans deux hypothèses au moins. La première concerne les « paiements de facilitation » pour lesquels la prestation offerte ou promise du corrupteur ne sert qu'à garantir ou à accélérer l'obtention d'une prestation à laquelle il a droit. La seconde vise ce que le Tribunal fédéral qualifie de « manœuvres d'alimentation progressive », « d'entretien de climat » ou encore de « paiement de goodwill ». Dans ce dernier cas, le rapport d'équivalence est alors « très assoupli », aucun lien précis n'étant exigé entre l'avantage et un acte particulier de l'agent public. La *ratio legis* d'une telle

incrimination est à trouver, selon le Tribunal fédéral, dans le fait que le comportement est de nature à initier et à favoriser la mise en place d'une persistance de corruption systématique (c. 2.1.1).

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral fait grief à la Cour cantonale de s'être attachée à la nécessité d'un parallélisme entre l'illicéité de l'octroi de l'avantage indu et celle de son acceptation par les agents publics. Or la finalité visée par l'octroyant n'est pas décisive, pas plus que celle recherchée par l'agent public ; le terme « pour » (accomplir les devoirs de sa charge) renvoie à « l'existence d'un lien objectif entre l'avantage attribué et l'exercice de la charge ». En d'autres termes, le raisonnement de notre Haute Cour est le suivant : pour que l'on puisse retenir que l'agent public a sollicité ou accepté une prestation pour accomplir les devoirs de sa charge, il est sans importance que l'agent ait réellement l'intention d'adopter le comportement attendu de lui. Il suffit qu'il soit conscient du caractère indu de l'avantage qu'il accepte et s'accommode du fait que cet avantage lui soit remis ès qualité pour l'influencer dans l'exercice de ses fonctions (c. 2.4.1).

La question à résoudre est ainsi de savoir si les personnes impliquées dans l'octroi de cet avantage indu disposent d'un intérêt à bénéficier à l'avenir de la bienveillance des agents publics et si, subjectivement, ces derniers en étaient conscients (c. 2.4.2).

D'un point de vue objectif, le Tribunal fédéral retient que des contacts et des échanges « allaient bon train » en matière de coopération policière entre le canton de Genève et les autorités émiraties, selon les termes du Conseiller d'Etat lui-même. En effet, le projet de collaboration avec la Police genevoise avait été élaboré en 2013, mais est resté au point mort. Quelques mois avant le voyage, les discussions avaient repris. Selon le Tribunal fédéral, les considérations en lien avec ce projet de collaboration permettent de retenir que le paiement du voyage visait à favoriser les relations que les prévenus entendaient entretenir dans le futur avec les autorités du canton de Genève et le Conseiller d'Etat en particulier (c. 2.6).

Sur le plan subjectif, le Tribunal fédéral considère que le « malaise » ressenti et exprimé par le Conseiller d'Etat en cours de procédure atteste qu'il avait bien conscience du caractère indu de l'invitation particulièrement généreuse reçue en sa qualité de Conseiller d'Etat. En d'autres termes, le prévenu a dû – ou aurait aisément pu – connaître le but poursuivi par le cadeau en question (c. 2.7.1) et il s'en est accommodé. Le Tribunal fédéral ne précise pas à quel degré l'intention est réalisée (dessein, dol simple ou dol éventuel) (c. 2.7.1).

Partant, les éléments constitutifs sont réalisés. En définitive, peu importe que l'agent public se soit dit imperméable aux tentatives d'influence ; selon le Tribunal fédéral, l'art. 322^{sexies} CP n'exige pas que l'agent public ait l'intention ou non d'adopter le comportement attendu de lui.

Le Tribunal fédéral confirme ensuite l'illicéité du comportement reproché, sous l'angle d'un éventuel fait justificatif. A ne peut effectivement pas valablement prétendre qu'il se trouvait dans un état de nécessité (art. 17 CP) du fait qu'il aurait été malvenu d'annuler le voyage et

de prendre le risque de froisser les autorités émiraties dans un contexte déjà tendu. En tout état de cause, le Tribunal fédéral rappelle que la disposition vise spécifiquement les biens juridiques individuels et non collectifs (c. 2.7.2).

Notre Haute Cour réfute également l'application de l'art. 14 CP en tant que l'acceptation de l'avantage indu ne saurait être perçue comme un moyen strictement nécessaire et approprié pour sauvegarder des intérêts légitimes (c. 2.7.2).

Concernant le chef de cabinet B, le Tribunal fédéral considère qu'il ne pouvait ignorer qu'il était invité en sa qualité et non en tant qu'ami du Conseiller d'Etat. Il devait en être conscient, notamment au regard du fait qu'il est un « homme d'expérience dans la chose publique » (c. 2.8).

Plus succinctement, en ce qui concerne le financement du sondage, le Tribunal fédéral considère que l'avantage consacrait un financement politique octroyé non à l'agent public mais bien au candidat, lequel était, à ce titre, en droit de l'accepter. L'acquittement est ainsi confirmé sur ce point (c. 4.5).

III. Commentaire

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de souligner et rappeler le but poursuivi par les art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, qui ont vocation à s'appliquer de manière plus large que les infractions de pure corruption. En effet, de par la « souplesse » accordée par ces dispositions quant au lien entre l'avantage indu et les devoirs de l'agent public à sa charge, point n'est besoin de démontrer une véritable causalité entre l'avantage et l'influence de celui-ci sur un acte déterminé du fonctionnaire.

Notre Haute Cour profite également de cette occasion pour poser un principe qu'il n'avait pas encore exposé en ces termes dans sa jurisprudence s'agissant du quatrième élément constitutif objectif de l'infraction : il est sans importance que l'agent public ait réellement l'intention d'adopter le comportement attendu de lui par le corrupteur (qui lui doit être mû par une intention spécifique d'offrir en vue d'influer l'agent public dans l'exercice de ses fonctions). Le simple fait d'accepter l'avantage indu par le fonctionnaire, capable objectivement d'influencer l'agent public, est suffisant pour réaliser le dernier élément constitutif objectif de l'infraction. Sur ce point, il faut dire que l'interprétation du Tribunal fédéral correspond de près à la note marginale de la disposition (« acceptation d'un avantage »).

Ainsi, les infractions d'octroi (art. 322^{quinquies} CP) et d'acceptation (art. 322^{sexies} CP) d'un avantage sont certes deux infractions « miroir », mais qui restent *autonomes*, de sorte qu'il n'existe pas de parallélisme entre l'illicéité de l'octroi et celle de l'acceptation de l'avantage.

Cette précision nouvelle offre, à notre sens, une portée substantielle à l'art. 322^{sexies} CP. Au moment d'examiner la réalisation de l'infraction, il n'est pas ou plus question de s'attarder sur l'intention de la personne qui offre ou propose l'avantage indu, pourvu que celui-ci soit objectivement susceptible d'influencer l'agent public dans l'exercice des devoirs de sa

charge.

Dans le cas du Conseiller d'Etat en question, il semble que les messages WhatsApp qu'il a échangés avec son chef de cabinet et le malaise qu'il a ressenti ont grandement concrétisé la constatation selon laquelle il était clairement conscient du caractère indu du voyage offert par la Couronne émiratie et de l'influence qu'il pouvait objectivement créer sur ses devoirs, ce dont il s'est accommodé.

Cette jurisprudence aura certainement un effet important dans l'appréciation de nombreuses pratiques dites « commerciales » ou « politiques » en matière de cadeaux ou autres prestations accordées à certains fonctionnaires. Récemment d'ailleurs, le Ministère public du canton du Valais a communiqué avoir ouvert plusieurs procédures pénales à l'encontre d'élus politiques ayant régulièrement accepté des abonnements de ski offerts par différentes stations valaisannes. Les avantages parfois opaques accordés par les lobbys actifs auprès des membres de l'Assemblée fédérale pourraient également être remis en cause.

En définitive, il faut retenir que la création d'un « climat favorable » auprès d'agents publics ne sera pas ou plus tolérée par notre Haute Cour.

Proposition de citation : Ryan GAUDERON/Jonathan RUTSCHMANN, La condamnation d'un Conseiller d'Etat et de son chef de cabinet à l'infraction d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies} CP), in : https://www.crimen.ch/186/ du 9 mai 2023