Le pacte corruptif et l’avantage indu dans le cadre d’une affaire de corruption d’agent public étranger

Arrêt TF 7B_78/2022 (f) du 30 octobre 2023* (ATF 150 IV 86)

Par Basilio Nunnari, le 14 février 2024

> Faute de preuve directe, l’existence d’un pacte corruptif peut être établie sur la base d’un faisceau d'indices. Ainsi, le juge peut se référer sans arbitraire à la temporalité et aux circonstances dans lesquelles se sont inscrits les faits en cause. En l'occurrence, le versement de USD 1'500'000.- au fils du président du Conseil d’administration d’une entreprise publique constitue un avantage indu lorsque le montant ne s’inscrit pas dans un rapport d’échange de prestations.

I. En fait

A., homme d’affaires libyen, est banquier. G. est une société de domicile incorporée aux Îles Vierges britanniques dont A. est le bénéficiaire direct. C. (décédé en 2012) était le père de A. et a occupé les fonctions de ministre de l’Économie entre 2001 et 2003 et de Premier ministre entre juin 2003 et mars 2006 en Libye. Entre avril 2006 et mai 2011, C. a été le président du Conseil d’administration de B., une entreprise publique appartenant au gouvernement libyen.

À partir de 2002, E. – société mère d’un groupe norvégien actif dans le marché des fertilisants – a cherché à accéder au gaz libyen pour alimenter ses sites en Italie. B. était pour sa part à la recherche d’investisseurs dans le but de développer ses usines en Libye. À cette période, les représentants de B. et de E. se sont rencontrés à plusieurs reprises afin d’établir des lignes directrices pour une *joint-venture,* sans succès.

Par la suite, entre janvier et mars de l’année 2007, A. et K. (chef du service juridique de E.) ont eu plusieurs contacts. Dans ce contexte, K. a élaboré un projet de *Engagement letter* impliquant L. – une société suggérée par A. – et la filiale néerlandaise de E. À teneur du projet, le rôle de L. était de conseiller la filiale de E. lors des négociations avec B. et d’autres organes gouvernementaux libyens dans le cadre d’une *joint-venture* dans le domaine de la production de fertilisants. Un accord reprenant l’essentiel du projet a finalement été conclu oralement avec A. le 12 mars 2007.

Le 26 mars 2007, les représentants de B. et de E. se sont accordés sur une version révisée des lignes directrices pour la *joint-venture*. Quelques jours après, le 29 mars 2007, un montant d’USD 1’500’000.- a été crédité par la société N. sur le compte de G. ; A. n’a pas produit à la banque le contrat à la base du paiement. Ce montant a été ensuite remboursé par E. à N. par un système de surfacturation entre octobre 2007 et avril 2008.

Par jugement du 1er juillet 2021, la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral a condamné A. pour complicité de corruption passive d'agents publics étrangers (art. 25 et art. 26 CP *cum* art. 322septies al. 2 CP) ; la décision a été confirmée le 2 juillet 2022 par la Cour d'appel du Tribunal pénal fédéral. A. forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, concluant à son acquittement et au levé du séquestre prononcé sur les avoirs.

II. En droit

Notre Haute Cour rappelle d'abord les principes à la base de l'appréciation des preuves et sa jurisprudence en matière d'indices convergents. Elle souligne qu'il n'y a pas d'arbitraire du seul fait qu'un ou plusieurs arguments corroboratifs apparaissent fragiles, si la solution retenue peut être justifiée de façon soutenable par un ou plusieurs arguments de nature à emporter la conviction (TF 6B_259/2023 du 14.08.2023, c. 1.1 ; TF 6B_164/2022 du 05.12 2022, c. 1.1 ; TF 6B_474/2022 du 09.11.2022, c. 1.1) (c. 2).

Ensuite, notre Haute Cour trace le cadre juridique de la répression de la corruption d'agents publics étrangers. Ainsi, elle décrit la chronologie de l'adoption de l'art. 322septies CP (c. 3.2.1 s), le rôle joué par la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Convention OCDE ; RS 0.311.21), la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 241) (c. 3.2.2), et les éléments constitutifs de l'infraction de corruption passive (c. 3.2.3 s), à savoir : l'existence d'un agent public étranger ; un comportement typique de ce dernier consistant à solliciter, à se faire promettre ou à accepter un avantage ; un avantage qui puisse être qualifié d'indu ; une contre-prestation, sous la forme de l'accomplissement ou de l'omission par l'agent public d'un acte en relation avec son activité officielle, contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation ; un lien entre l'avantage indu et l'acte accompli ou omis par l'agent public, soit un rapport d'équivalence (CR CP II-Perrin, art. 322septiesN 40 ss ; cf. également Daniel Jositsch, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, 2004, p. 393 ss). Sur le plan subjectif, l'infraction doit être commise intentionnellement (c. 3.3).

En premier lieu, notre Haute Cour se penche sur la notion d'agent public étranger. Elle rappelle qu'elle doit s'interpréter au regard du droit suisse et en conformité avec l'art. 1 ch. 4 let. a de la Convention de l'OCDE. Ainsi, est un agent public étranger « *toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger* […]*, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique* ». Dans ce cadre, pour qu'un individu œuvrant pour une entreprise puisse être qualifié d'agent public, il faut que cette entreprise soit sous domination ou sous contrôle étatique, autrement dit qu'il s'agisse d'une entreprise publique (c. 5.1).

In casu, notre Haute Cour considère qu'au vu des circonstances, il ne fait pas de doute que, par sa qualité de président du Conseil d'administration de B., C. revêtait la qualité d'agent public étranger et il jouissait d'une influence considérable dans la conduite des négociations en cours (c. 5.2).

En deuxième lieu, le Tribunal fédéral se penche sur le comportement punissable et rappelle qu'il consiste dans le fait de solliciter, se faire promettre ou accepter un avantage indu. L'infraction est consommée dès que l'agent public étranger adopte l'un de ces trois comportements. Par sollicitation, il faut entendre une manifestation unilatérale de la volonté d'obtenir un avantage indu ; l'infraction est réalisée dès que la sollicitation parvient au tiers. Par se faire promettre, il faut entendre l'acceptation (explicite ou implicite) de l'offre d'un avantage spécifique ; cet acte va au-delà de la simple réception d'une offre, mais il ne s'agit pas encore d'une acceptation effective d'un avantage. Par acceptation, il faut comprendre le fait pour l'agent public d'accepter de recevoir l'avantage pour son propre pouvoir de disposition (ATF 135 IV 198,c. 6.3 ; TF 7B_133/2022 du 14.8.2023, c. 5.3.5 et les références citées). Le bénéficiaire de l'avantage ne doit pas forcément être l'agent public lui-même, mais il peut s'agir d'une tierce personne tant que l'avantage représente le moyen par lequel le corrupteur entend influencer l'agent public (c. 6.1).

In casu, le recourant soutient que son père n'aurait en réalité adopté aucun des comportements punissables prévus par l'art. 322septies al. 2 CP (c. 6.2.). Selon l'autorité précédente, un faisceau d'indices accablants permet de retenir l'existence d'un pacte corruptif entre E. et C., au sein duquel le recourant a joué le rôle de l'intermédiaire. En effet, selon l'instance précédente, l'entrée en scène du recourant a permis de faire avancer les négociations qui n'avaient jusque-là pas abouti. En outre, il existait une disproportion évidente entre les prestations qui ont été fournies par le recourant et le paiement d'un montant de USD 1'500'000.- par E. (à travers N.). Pour forger sa conviction, l'instance précédente s'est également appuyée sur le secret entourant l'accord oral entre K. et le recourant, sur le montage ayant servi à dissimuler le montant et sur les explications concernant la provenance du montant (c. 6.2.1). Notre Haute Cour souligne que la preuve de l'existence d'un pacte de corruption sera le plus souvent particulièrement difficile à obtenir puisque les acteurs mènent généralement leurs pourparlers dans la plus grande discrétion, se gardant notamment de conserver une trace écrite des contacts. Une telle circonstance ne doit pas conduire à prévoir une exception au principe de la libre appréciation de preuve (art. 10 CPP). En particulier, à défaut de preuve directe, il ne se justifie pas d'exclure que l'existence du pacte corruptif puisse être établie sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents (c. 6.2.3). L'instance précédente pouvait sans arbitraire se fonder sur la temporalité dans laquelle se sont inscrits les faits en cause. En effet, la succession des évènements et leur concomitance ne peuvent raisonnablement pas avoir été le fruit du hasard. Ainsi, les circonstances plaident en faveur du fait que C. avait connaissance du schéma supposément corruptif dans lequel son fils est intervenu, et auquel il était lui-même partie prenante. En particulier, on ne saurait ignorer que le versement du montant de USD 1'500'000.- sur le compte bancaire ouvert au nom d'une société *offshore* (G.) est intervenu le 29 mars 2007, soit trois jours après que les représentants de B. et E. s'étaient accordés sur la révision des lignes directrices de la *joint-venture* (c. 6.2.4).

En troisième lieu, notre Haute Cour se penche sur la notion d'avantage et rappelle qu'il peut s'agir de n'importe quelle prestation, matérielle ou immatérielle, qui améliore la situation du bénéficiaire (ATF 135 IV 198, c. 6.3). Un tel avantage est indu lorsque l'agent public ne peut pas y prétendre sur une base juridique et qu'il n'a pas le droit de l'accepter (ATF 149 IV

57**,** c. 1.5.2). Dans la pratique, l'avantage est souvent occulté par la mise en place de contrats qui donnent à croire au sérieux de la transaction, mais qui sont en réalité fictifs (c. 7.1.1 ss).

In casu, l'instance précédente a retenu que l'engagement du recourant par E. comme conseiller ne s'est jamais concrétisé, si bien qu'il n'existait pas de réelle contre-prestation au versement de la somme de USD 1'500'000.-. Le recourant invoque un établissement manifestement inexact des faits et il reproche à l'autorité précédente d'avoir écarté ses explications selon lesquelles le montant susmentionné était la rémunération légitimement perçue pour son activité de conseil (c. 7.2 s). Selon notre Haute Cour, il apparaît qu'aucun élément objectif ne permettait de justifier la sélection du recourant pour le rôle de conseiller, étant précisé qu'il était alors âgé de 30 ans et qu'il était employé de banque sans grande expérience professionnelle démontrée. Selon notre Haute Cour, le recourant ne parvient ni à démontrer le contraire, ni que les honoraires perçus auraient reflété des services concrètement rendus. En outre, le Tribunal fédéral relève les circonstances opaques dans lesquelles se sont inscrites les relations contractuelles et, en particulier, les modalités du versement des honoraires. Dans un tel contexte, un certain nombre d'indices laissaient supposer que le contenu du contrat se rapportait en réalité à la fourniture d'informations recueillies auprès de C. sur la conduite à suivre par E. dans le processus de négociation avec B. L'accord avec le recourant permettait dès lors à E. de bénéficier d'un contact indépendant avec C., à travers son fils qui agissait en quelque sorte comme messager, de sorte qu'elle pouvait se procurer des informations importantes en vue d'accélérer le processus de négociations. Ainsi, au regard des éléments retenus sans arbitraire par l'autorité précédente, le montant de USD 1'500'000.- constituait bien un avantage indu (c. 7.4.1 ss).

Après avoir également confirmé que C. occupait une place centrale dans la conduite des négociations et dans le processus de validation de l'accord de *joint-venture* (c. 8) et que les actes du recourant relevaient d'une complicité à l'infraction commise à titre principal par C. (c. 9), notre Haute Cour rejette le recours et confirme la condamnation du recourant (c. 10 ss).

Proposition de citation : Basilio NUNNARI, Le pacte corruptif et l'avantage indu dans le cadre d'une affaire de corruption d'agent public étranger, in : https://www.crimen.ch/248/ du 14 février 2024