

*Procédure pénale - séquestre - ATC (Juge de la Chambre pénale)  
du 9 novembre 2018, X. c. Ministère public central et consorts -  
TCV P3 18 122*

**Séquestre en vue de l'exécution d'une créance compensatrice et à titre de garantie du paiement des frais de procédure, des peines pécuniaires, des amendes et des indemnités (art. 71 al. 3 CP et 263 al. 1 let. b CPP)**

- Lorsque l'avantage illicite doit être confisqué, mais que les valeurs patrimoniales en résultant ne sont plus disponibles, le juge ordonne leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. Un lien de connexité entre les valeurs saisies en vue de l'exécution d'une créance compensatrice et l'infraction commise n'est pas requis (consid. 4.1.1 al. 1).
- Le séquestre doit être proportionné. Il l'est lorsqu'il porte sur des avoirs qui pourront vraisemblablement être confisqués en application du droit pénal (consid. 4.1.1 al. 2).
- Le montant de la créance compensatrice est normalement arrêté selon le principe des recettes brutes. Une réduction ou une suppression de la créance compensatrice n'est admissible que dans la mesure où l'on peut réellement penser que celle-ci ne serait pas recouvrable ou mettrait concrètement en danger la situation sociale de l'intéressé (consid. 4.1.1 al. 3).
- Le moment déterminant pour calculer le montant de la créance compensatrice est celui où le bien confiscable a disparu (consid. 4.1.1 al. 4).
- Absence de solidarité entre les prévenus dans le cas d'une condamnation au paiement d'une créance compensatrice (consid. 4.1.1 al. 5).
- Quand le séquestre n'a pas pour but d'assurer la couverture des frais, mais tend à garantir une éventuelle créance compensatrice, il n'y a en principe pas lieu de prendre en compte le revenu et la fortune du prévenu et d'exclure les valeurs insaisissables (consid. 4.1.2).
- Lorsque les objets et valeurs patrimoniales séquestrés ont été acquis grâce à une infraction contre le patrimoine, les frais et dépenses engagés par l'auteur ne sont pas déduits (consid. 4.2).

**Beschlagnahme zur Sicherstellung einer Ersatzforderung und von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen (Art. 71 Abs. 3 StGB und Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO)**

- Ist der ungerechtfertigte Vermögensvorteil einzuziehen, sind aber die aus der strafbaren Handlung erwachsenen Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, ordnet das Gericht stattdessen eine entsprechende Ersatzforderung des Staates an. Zwischen den zur Sicherung der Einziehungsforderung beschlagnahmten Vermögenswerten und der strafbaren Handlung ist kein Konnex erforderlich (E. 4.1.1 Abs. 1).
- Die Beschlagnahme muss verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit ist dann gegeben, wenn die beschlagnahmten Vermögenswerte voraussichtlich der strafrechtlichen Einziehung unterliegen (E. 4.1.1 Abs. 2).

- Die Ersatzforderung entspricht in der Regel dem Bruttoerlös aus der strafbaren Handlung. Eine Reduktion der Ersatzforderung oder ein Verzicht darauf ist nur dann zulässig, wenn diese offensichtlich uneinbringlich ist oder die soziale Lage des Betroffenen ernsthaft gefährdet (E. 4.1.1 Abs. 3).
- Für die Berechnung der Ersatzforderung ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, in welchem der der Einziehung unterliegende Vermögenswert verschwunden ist (E. 4.1.1 Abs. 4).
- Wird ein Beschuldigter zur Zahlung einer Ersatzforderung verurteilt, besteht keine Solidarhaftung der anderen Beschuldigten (E. 4.1.1 Abs. 5).
- Soll die Beschlagnahme nicht die Verfahrenskosten, sondern eine Ersatzforderung decken, muss im Prinzip weder auf das Einkommen noch das Vermögen des Beschuldigten noch auf die Pfändbarkeit der beschlagnahmten Vermögenswerte Rücksicht genommen werden (E. 4.1.2).
- Wenn die beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte durch eine Straftat gegen das Vermögen erlangt wurden, sind die damit verbundenen Kosten und Auslagen des Täters nicht abzugsfähig (E. 4.2).

### **Considérants (extraits)**

**4.1.1** (...) Lorsque l'avantage illicite doit être confisqué, mais que les valeurs patrimoniales en résultant ne sont plus disponibles - parce qu'elles ont été consommées, dissimulées ou aliénées -, le juge ordonne le remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. Elle ne peut être prononcée contre un tiers que dans la mesure où les conditions prévues à l'art. 70 al. 2 CP ne sont pas réalisées (art. 71 al. 1 CP). Le but de cette mesure est d'éviter que celui qui a disposé des objets ou valeurs à confisquer soit privilégié par rapport à celui qui les a conservés. Elle ne joue qu'un rôle de substitution de la confiscation en nature et ne doit donc, par rapport à celle-ci, engendrer ni avantage ni inconvénient. En raison de son caractère subsidiaire, la créance compensatrice ne peut être ordonnée que si, dans l'hypothèse où les valeurs patrimoniales auraient été disponibles, la confiscation eût été prononcée. Elle est alors soumise aux mêmes conditions que cette mesure. Néanmoins, un lien de connexité entre les valeurs saisies et l'infraction commise n'est pas requis. Le Code de procédure pénale ne prévoit pas expressément, ainsi qu'il le fait pour le séquestre en vue de la confiscation (cf. art. 263 al. 1 let. d CPP), de disposition permettant le séquestre en vue de garantir une créance compensatrice. Il n'est pas nécessaire de déterminer si une telle mesure pourrait être déduite de cette disposition, dès lors qu'elle est

possible en application de l'art. 71 al. 3 CP. L'art. 71 al. 3 CP permet en effet à l'autorité d'instruction de placer sous séquestre, en vue de l'exécution d'une créance compensatrice, des valeurs patrimoniales sans lien de connexité avec les faits faisant l'objet de l'instruction pénale. La mesure prévue par cette disposition se différencie ainsi du séquestre conservatoire résultant des art. 263 al. 1 let. c CPP (restitution au lésé) ou 263 al. 1 let. d CPP, dispositions requérant en revanche l'existence d'un tel rapport. Ce n'est en outre que dans le cadre du jugement au fond que seront examinés l'éventuel prononcé définitif de la créance compensatrice et sa possible allocation au lésé (cf. art. 73 al. 1 let. c CP). Il en résulte que tant que l'instruction n'est pas achevée et que subsiste une possibilité qu'une créance compensatrice puisse être ordonnée, la mesure conservatoire doit être maintenue, car elle se rapporte à des prétentions encore incertaines. L'autorité doit pouvoir décider rapidement du séquestre (cf. art. 263 al. 2 CPP), ce qui exclut qu'elle résolve des questions juridiques complexes ou qu'elle attende d'être renseignée de manière exacte et complète sur les faits avant d'agir. Par « personne concernée » au sens de l'art. 71 al. 3 CP, on entend non seulement l'auteur, mais aussi, à certaines conditions, un tiers favorisé, d'une manière ou d'une autre, par l'infraction (cf. art. 71 al. 1 CP renvoyant à l'art. 70 al. 2 CP ; ATF 140 IV 57 consid. 4.1.2 et les références citées).

(...)

Un séquestre est proportionné lorsqu'il porte sur des avoirs dont on peut admettre en particulier qu'ils pourront être vraisemblablement confisqués en application du droit pénal. Tant que l'instruction n'est pas achevée et que subsiste une probabilité de confiscation, de créance compensatrice ou d'une allocation au lésé, la mesure conservatoire doit être maintenue (ATF 141 IV 360 consid. 3.2). L'intégralité des fonds doit demeurer à disposition de la justice aussi longtemps qu'il existe un doute sur la part de ceux-ci qui pourrait provenir d'une activité criminelle (arrêt 1B\_269/2018 du 26 septembre 2018 consid. 4.1 et l'arrêt cité) et un séquestre ne peut donc être levé que dans l'hypothèse où il est d'emblée manifeste et indubitable que les conditions matérielles d'une confiscation ne sont pas réalisées et ne pourront pas l'être (ATF 140 IV 133 consid. 4.2.1 ; 139 IV 250 consid. 2.1). Les probabilités d'une confiscation, respectivement du prononcé d'une créance compensatrice, doivent cependant se renforcer au cours de l'instruction (ATF 122 IV 91 consid. 4). Un séquestre peut en effet apparaître disproportionné

lorsque la procédure dans laquelle il s'inscrit s'éternise sans motifs suffisants (ATF 132 I 229 consid. 11.6). En outre, pour respecter le principe de proportionnalité, l'étendue du séquestre doit rester en rapport avec le produit de l'infraction poursuivie (ATF 130 II 329 consid. 6).

En règle générale, le montant de la créance compensatrice doit être arrêté selon le principe des recettes brutes. Ce principe n'est cependant pas absolu. Dans tous les cas, il y a lieu de respecter le principe de la proportionnalité. Ainsi, l'art. 71 al. 2 CP prévoit que le juge peut renoncer totalement ou partiellement à la créance compensatrice s'il est à prévoir qu'elle ne serait pas recouvrable. Il s'agit d'épargner aux autorités des mesures qui ne conduiront à rien, voire même qui entraîneront des frais. Le juge doit renoncer ou réduire la créance compensatrice si la personne concernée est sans fortune ou même insolvable et que ses ressources ou sa situation personnelle ne laissent pas présager des mesures d'exécution forcée prometteuses dans un proche avenir. La créance peut être également réduite ou supprimée si elle entraverait sérieusement la réinsertion du condamné (art. 71 al. 2 in fine CP). Le juge doit procéder à une appréciation globale de la situation de l'intéressé. Une réduction ou une suppression de la créance compensatrice n'est admissible que dans la mesure où l'on peut réellement penser que celle-ci mettrait concrètement en danger la situation sociale de l'intéressé et que des facilités de paiement ne permettraient pas d'y remédier (ATF 141 IV 305 consid. 6.3.3 et 6.5 ; 124 I 6 consid. 4b/bb, 4b/cc et 4b/dd ; 123 IV 70 consid. 3 ; 119 IV 17 consid. 2a ; 109 IV 121 consid. 2 et 2b ; 103 IV 142 consid. 2c ; arrêts 6B\_352/2014 du 22 mai 2015 consid. 8.1 ; 6B\_728/2010 du 1<sup>er</sup> mars 2011 consid. 4.5.3 ; 6B\_986/2008 du 20 avril 2009 consid. 6.1 ; 6S.302/2006 du 22 septembre 2006 consid. 5.1 et 5.2 ; 6S.161/2003 du 14 août 2003 consid. 5.1 ; 6S.59/2003 du 6 juin 2003 consid. 5.2 ; 1P.120/2003 du 28 avril 2003 consid. 1.2 et les références citées). La jurisprudence, appliquant - avec certaines exceptions - le principe des recettes brutes (sans tenir compte des frais d'acquisition des valeurs litigieuses), permet notamment d'étendre la créance compensatrice au chiffre d'affaires total lorsque l'opération illicite porte sur une chose dont le commerce et la détention constituent en soi une infraction, l'objet d'une telle infraction pouvant en tout temps être confisqué sans aucune contrepartie. Il peut en aller de même à l'égard de valeurs patrimoniales provenant d'un crime, dont l'entrave à la confiscation est réprimée à l'art. 305<sup>bis</sup> CP (SJ 2007 I 271 consid. 5 ; arrêt 1P.120/2003 précité). Ainsi, lorsque de la marchandise est vendue, ce n'est pas le bénéficiaire

qui doit être pris en considération pour arrêter le montant de la créance compensatrice, mais le prix de vente, sans déduction du prix d'achat (Hirsig-Vouilloz, Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2009, n. 8 ad art. 71 CP). En particulier, dans la confiscation des valeurs ou objets acquis grâce à une infraction contre le patrimoine, il n'y a pas à déduire des valeurs à confisquer les frais et dépenses engagés par l'auteur. Comme la créance compensatrice de l'art. 71 CP tend à mettre sur le même pied celui qui a conservé les objets ou valeurs et celui qui ne les détient plus, mais qui s'est procuré grâce à eux un avantage illicite, il serait contraire au sens, au but et à la systématique de la loi de tenir compte dans un cas et pas dans l'autre des frais et dépenses engagés (ATF 103 précité). Aussi, en cas de recel (art. 160 CP), la créance compensatrice doit-elle être calculée de telle sorte qu'elle corresponde à la valeur marchande de la chose recelée. Le fait que l'auteur ait consenti à acquérir des valeurs qu'il savait issues d'actes illicites ne justifie pas qu'il soit dérogé à la règle du produit brut (arrêt 6B\_728/2010 précité consid. 4.6).

Pour calculer le montant de la créance compensatrice, le moment déterminant est celui où la créance compensatrice a pris naissance, soit celui où le bien confiscable a disparu. Si, par exemple, des actions avaient un cours de 200 au moment où les conditions de la confiscation étaient réunies, pour être ensuite vendues au cours de 500, c'est cette dernière valeur qui devra être prise en considération (Hirsig-Vouilloz, op. cit., n. 14 ad art. 71 CP).

S'il est vrai que les participants à un acte illicite sont tenus solidairement de réparer le dommage qui en découle (art. 50 al. 1 CO), la confiscation prévue par l'art. 70 CP ne constitue pas une forme de réparation du dommage et ne doit pas être confondue avec l'action aquilienne prévue par l'art. 41 CO. Selon un principe général formulé à l'art. 143 al. 2 CO, la solidarité n'existe que lorsqu'elle a été convenue ou qu'elle est prévue par la loi. Comme aucune disposition ne prévoit la solidarité entre plusieurs prévenus dans le cas d'une condamnation au paiement d'une créance compensatrice, il faut en déduire que celle-ci est exclue et que chaque participant n'est tenu que pour la part qu'il a reçue (ATF 140 IV 57 consid. 4.3 ; 119 précité consid. 2b et les références citées).

**4.1.2** Selon la systématique du CPP, seul le séquestre en couverture des frais impose de prendre en compte le revenu et la fortune du prévenu (art. 268 al. 2 CPP) et d'exclure du séquestre les valeurs

insaisissables selon les art. 92 à 94 LP (art. 268 al. 3 CPP). Un tel examen s'impose car cette mesure tend exclusivement à la sauvegarde des intérêts publics, soit à garantir le recouvrement de la future dette de droit public du prévenu. Elle peut, de plus, porter sur tous les biens et valeurs du prévenu, même ceux qui n'ont pas de lien de connexité avec l'infraction. Il se justifie donc, sous l'angle du principe de proportionnalité (art. 197 al. 1 let. c et d CPP), de respecter le minimum vital de la personne touchée par ce type de séquestre. Le respect du minimum vital est aussi la conséquence du droit fondamental à des conditions minimales d'existence ancré à l'art. 12 Cst., droit qui garantit la couverture des besoins élémentaires pour survivre d'une manière conforme aux exigences de la dignité humaine, tels que la nourriture, le logement, l'habillement et les soins médicaux de base (ATF 141 IV 360 consid. 3.1 et les arrêts cités).

Lorsque le séquestre n'a pas pour but d'assurer la couverture des frais, mais tend à garantir une éventuelle créance compensatrice, les art. 268 al. 2 et 3 CPP ne s'appliquent par contre pas (ATF 141 IV 360 consid. 3.1 ; arrêts 1B\_1/2015 du 19 mars 2015 consid. 4 ; 1B\_177/2012 du 28 août 2012 consid. 2.2 ; 1B\_118/2012 du 19 juillet 2012 consid. 3.2). A moins de violer manifestement le principe de proportionnalité, notamment sous l'angle du respect des conditions minimales d'existence, le séquestre en vue de l'exécution d'une créance compensatrice doit donc être maintenu (ATF 141 IV 360 consid. 3.2 et 3.4 et les références citées).

**4.2** En l'occurrence, comme le séquestre doit respecter le principe de proportionnalité (cf. art. 197 al. 1 let. c et d CPP), il convient d'arrêter tout d'abord le produit des infractions poursuivies.

(...)

Le produit des infractions poursuivies pouvant être arrêté, à tout le moins, à 19 377 500 fr. (1 560 500 fr. + 17 817 000 fr.), selon le calcul qui précède, il convient ensuite de déterminer si, dans la fixation du montant de la créance compensatrice prévisible, doivent être déduits les frais et dépenses engagés aussi bien par le recourant que par A. SA pour l'achat de leurs depositary receipts for shares de B. SA. Aussi, comme le juge du séquestre n'a pas, de jurisprudence constante, à résoudre des questions juridiques complexes, force est-il de retenir qu'il n'incombe pas au procureur, ni a fortiori à l'autorité de recours, de trancher si la possible créance compensatrice doit être arrêtée selon le

principe des recettes brutes ou l'exception des recettes nettes, mais d'appliquer systématiquement la première de ces deux règles, lorsque l'enquête est encore loin d'être terminée et qu'elle porte sur des infractions relevant de la criminalité économique difficiles à démêler, comme c'est le cas en l'espèce. En effet, entre l'intérêt du prévenu à ce que le séquestre ordonné sur ses objets et valeurs patrimoniales soit levé le plus vite possible et celui des parties plaignantes à ce que leurs attentes soient protégées jusqu'au prononcé pénal (cf. art. 73 al. 1 let. b et c CP), la priorité doit alors être donnée aux secondes, sans plus ample examen. Quoi qu'il en soit, comme l'a déjà jugé le Tribunal fédéral (cf. ATF 103 précité), lorsque les objets et valeurs patrimoniales séquestrés ont été acquis grâce à une infraction contre le patrimoine, il n'y a pas à déduire les frais et dépenses engagés par l'auteur. Or, l'instruction qui a été ouverte contre le recourant, le 13 octobre 2014, l'est pour escroquerie (art. 146 CP), soit une infraction contre le patrimoine. Sur le fond, c'est donc de toute façon à bon droit que le magistrat s'est fondé sur le principe des recettes brutes, plutôt que sur l'exception des recettes nettes. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'on ignore tout de la provenance licite ou illicite des fonds qui ont servi à l'acquisition, par le recourant et A. SA, des depositary receipts for shares de B. SA, et que, parce que le crime ne paie pas, une confiscation de l'argent issu de la revente de ces titres ne serait en tout cas pas manifestement et indubitablement exclue, en l'état, s'il avait été conservé à part. En tout état de cause, ni le procureur, ni l'autorité de céans ne sauraient évidemment être liés par l'acceptation par une partie plaignante, à un moment donné de la procédure, que le calcul du produit des infractions poursuivies se fasse selon l'exception des recettes nettes.

En définitive, dès lors que la solidarité entre plusieurs prévenus est exclue dans le cas d'une condamnation au paiement d'une créance compensatrice et que chaque participant n'est tenu que pour la part qu'il a reçue, c'est le montant de 6 014 750 fr. (1 560 500 fr. + [17 817 000 fr. : 4]) qui doit être retenu à ce titre en ce qui concerne le recourant.