

Canton de Zoug

Ministère public

II^e Cour

2A 2005 31601

2A 2008 137 réunie avec 2A 2005
31601

2A 2008 138 réunie avec 2A 2005
31601

Ordonnance de classement du 11 mai 2010

dans l'instruction dirigée contre

Fédération Internationale de Football Association (FIFA), FIFA-Strasse 20, 8044 Zurich

défendue par son mandataire : Dr. Dieter Gessler, avocat, étude Nobel & Hug, Dufourstrasse 29,
Case postale 1372, 8032 Zurich

pour **Gestion déloyale,**

et contre

Ricardo Terra Texeira, né le 20.06.1947, du Brésil,

défendu par son mandataire : Lic. iur. Hans-Rudolf Wild, avocat, Dammstrasse 19, 6300 Zoug

pour **Abus de confiance év. Gestion déloyale,**

et contre

Havelange Jean-Marie Faustin Godefroid, né le 08.05.1916, du Brésil,

défendu par son mandataire : Dr. Marco Niedermann, avocat, Utoquai 37, 8008 Zurich

pour **Abus de confiance év. Gestion déloyale,**

État de fait

1. L'Office des juges d'instruction de Zoug a ouvert le 08.08.2005 une instruction pénale contre inconnu pour gestion déloyale au détriment de la Fédération Internationale de Football Association (ci-après FIFA). Le soupçon initial ayant conduit à l'ouverture de la procédure était fondé sur des preuves recueillies dans le cadre de l'instr. n° URA 2001/756. Cette procédure avait été introduite le 29.05.2001 à la suite d'une plainte de la FIFA contre les responsables de la direction du groupe ISMM/ISL et avait été clôturée le 18.03.2005 (HD 2/1). L'ouverture de l'instruction se basait sur les informations ci-dessous.

1.1 ISMM (ISL) Groupe (International Sports Media und Marketing) était, à la fin de l'année 2000, l'une des entreprises médias et marketing les plus importantes dans le domaine du sport. Ses différentes activités ont été structurées dans la holding ISMM X1 AG et ses filiales et exercées dans le monde entier par le biais de sociétés de médias, de marketing et de services indépendantes. Le groupe acquérait auprès de fédérations sportives internationales des droits sur des manifestations sportives en tant que licence générale ou sur la base d'un contrat d'agence (*rights-in*), les développait en concepts de marketing sportif et les « vendait » à des sponsors, chaînes de télévision ou preneurs de licence (*rights-out*) (HD 2/4, p. 28, chiffre 1.1). La FIFA a en particulier conclu avec la Société 1/ISMM X1AG les contrats suivants, concernés par la présente procédure (HD 2/4, p. 105, chiffre 3.2.1 ss ; s'agissant de la qualification juridique des contrats, qui ne revêt pas une importance centrale dans la présente procédure, cf. HD 2/4, p. 103 ss) :

- Agreement du 12.12.1997 entre la FIFA et ISL X2 AG (convention réglant le marketing). Signature pour la FIFA: Joao Havelange et P1. Cette convention stipulait la cession par la FIFA de l'ensemble de ses droits de marketing à ISL X2 AG jusqu'au 31.12.2006. Outre une rémunération fixe de CHF 200'000'000.00, des règles de rétribution très détaillées ont été fixées (HD 2/4, p. 123, chiffre 3.7.1).
- License agreement du 26.05.1998 entre la FIFA et la Société 1 (convention réglant l'exploitation des droits de diffusion radio/TV sur les CM 2002 et 2006 dans le monde, Europe et USA exclus). Signature pour la FIFA: Joao Havelange. Par ce contrat, la FIFA octroyait à la Société 1 le droit exclusif d'exploitation des droits de diffusion radio et télévisuelle des Coupes du Monde 2002 et 2006 sur le plan international, Europe et USA exclus (HD 2/4, p. 123, chiffre 3.6). La contrepartie financière de l'octroi du droit exclusif d'exploitation des droits à verser par la société 1 était de USD 650'000'000.00 au moins pour la CM 2002 et de USD 750'000'000.00 au moins pour la CM 2006. Les détails de la réglementation financière ont une importance secondaire dans la présente procédure (cf. à ce propos HD 2/4, p. 108, chiffre 3.3.1 ss).
- Amendments to the License agreement du 13.03.2000 entre la FIFA et la Société 1 (avenant au License agreement du 26.05.1998). Signature pour la FIFA: P2, P3 (HD 2/4, p. 105, chiffre 3.2.2).
- Amendments to the License agreement du 21.07.2000 entre la FIFA et ISMM X1 AG (avenant au License agreement du 26.05.1998). Signature pour la FIFA: P2, P3 (HD 2/4, p. 106, chiffre 3.2.3).
- La Société 1/ISMM X1 AG, plus exactement l'une de ses filiales, a pour sa part conclu notamment le contrat de sous-licence suivant :
- Agreement du 29.06.1998 entre ISMM X3 AG et la Société 2/la Société 3 (contrat de sous-licence : exploitation des droits de diffusion radio/TV pour les CM 2002 et 2006 au Brésil [HD 2/4, p. 106, chiffre 3.2.5]). Par ce contrat, ISMM X3 AG a transféré à la Société 2

ainsi qu'à la Société 3 les droits d'exploitation des droits de diffusion radio/TV des Coupes du Monde 2002 au Brésil. La contrepartie financière se montait à USD 220'500'000.00 et devait être virée selon un certain échéancier. Par convention du 17.12.1998, le plan de paiement a été modifié et la contrepartie a été augmentée à USD 221'000'000.00 (HD 2/4, p. 124 chiffre 3.7.2.1).

- 1.2 Le 17.12.1998, l'Etablissement 1 a constitué sous le nom de Fondation 1 une fondation de droit liechtensteinois. Le conseil de fondation comptait notamment des membres du conseil d'administration du groupe ISMM (ISL). Le but statuaire de la fondation était le placement et la gestion de la fortune de la fondation ainsi que la distribution des bénéfices nets et de la fortune de la fondation à des bénéficiaires déterminés ou déterminables. Le 01.12.1997 déjà, la Société 4 avait été fondée aux Îles Vierges et celle-ci avait transféré le 08.02.1999 l'ensemble de ses actions à la Fondation 1. Du point de vue économique, la Fondation 1 était une entité commerciale du groupe ISMM (ISL) (HD 2/4, p. 222 ss chiffre 12.2 s.). Suite à un virement de la Société 1, un montant de CHF 36'130'220.05 a été crédité le 27.05.1999 sur le compte n° 193.223.31 libellé au nom de la Société 4 auprès de la Banque 1 (HD 2/4, p. 224 chiffre 12.4). Dans le bilan d'ouverture de la Société 4 au 27.05.1999, le montant versé par la Société 1 a été comptabilisé à l'actif en tant qu'actifs circulants et au passif en tant que « réserve pour les coûts d'acquisition des droits ». Dans l'ensemble, CHF 19'380'192.00 ont été comptabilisés au titre de coût d'acquisition des droits (HD 2/4, p. 227 chiffre 12.5). Lorsque les fonds de ce poste étaient utilisés, il s'agissait de « Commissions, honoraires », « Finders-fees ou autres paiements d'acquisition » ou encore de libéralités faites à des personnalités et décideurs du monde du sport et faisaient partie intégrante de l'acquisition ou de la prolongation de droits de marketing planétaires (HD 2/4, p. 231 ss chiffre 12.7 f.).

Dans le détail, les fonds ont été versés aux bénéficiaires suivants (HD 2/4, p. 224 ss chiffre 12.4) :

Date de valeur	Destinataire du paiement	Montant en CHF	Montant en USD
03.06.1999	E1/E2	1'550'000.00	
23.06.1999	E3/E4/chèque	775'750.00	500'000.00
28.06.1999	E5/E6	386'875.00	250'000.00
14.07.1999	E1/E2	1'650'000.00	
03.08.1999	E7	3'691.55	2'461.04
22.09.1999	E5/E6	386'250.00	250'000.00
22.09.1999	E5/E6	386'250.00	250'000.00
04.11.1999	E3/E4/chèque	460'440.00	300'000.00
04.11.1999	E3/E4/chèque	460'440.00	300'000.00
08.11.1999	E5/E6	184'656.00	120'000.00
26.11.1999	E8	1'000'000.00	
15.12.1999	E9	12'147.20	
15.12.1999	E10	100'000.00	
22.12.1999	E1/E2	429'246.00	270'000.00
23.12.1999	E3/E11/chèque	15'975.00	10'000.00
19.01.2000	E8	1'000'000.00	
20.01.2000	E12	799'750.00	500'000.00

20.01.2000	E13	159'950.00	100'000.00
20.01.2000	E1/E2	431'865.00	270'000.00
07.02.2000	E5/E6	1'654'800.00	1'000'000.00
07.02.2000	E1/E2	364'870.00	220'000.00
23.02.2000	E14	701.25	430.20
10.03.2000	E1/E2	534'400.00	320'000.00
10.03.2000	E5/E6	835'000.00	500'000.00
29.03.2000	E15	125'035.00	
04.05.2000	E13	51'675.00	30'000.00
08.05.2000	E5/E6	866'500.00	500'000.00
04.05.2000	E3/E4/chèque	868'000.00	500'000.00
15.05.2000	E1/E2	466'803.00	270'000.00
31.05.2000	E8	500'000.00	
02.06.2000	E5/E6	422'875.00	250'000.00
06.06.2000	ISL X2 AG	15'000'000.00	
27.06.2000	E8	500'000.00	
05.07.2000	E16	409'650.00	250'000.00
19.07.2000	E1/E2	446'040.00	270'000.00
21.07.2000	E14	2'347.05	1'390.84
27.07.2000	ISL X4 AG	3'000'000.00	
31.07.2000	ISL X4 AG	33'532.00	20'200.00
27.07.2000	ISL X4 AG	33'600.00	
16.10.2000	E8	500'000.00	
28.11.2000	E10	90'000.00	
15.01.2001	E8	500'000.00	
	Total:	37'399'114.05	

- 1.3 Le 20.05.2003, ISMM X1 AG en faillite et ISL X4 AG en faillite, toutes deux représentées par l'administration spéciale de la faillite, ont déposé auprès du Tribunal cantonal de Zoug une action révocatoire contre la Société 4, la Fondation 1 ainsi que les actionnaires de ISMM X1 AG. L'objet de l'action était le virement précité de CHF 36'130'220.05 (D 8/12 ss). Par convention du 27.02.2004, les demandeuses ont conclu avec E10, l'un des défendeurs, une transaction par laquelle ce dernier s'engageait à payer un montant de CHF 2'500'000.00 aux masses en faillite de « ISMM et ISL ». En préambule, il est notamment stipulé ce qui suit : E10 souhaiterait que les destinataires directs et finaux des paiements objets de l'action, ces derniers pour autant qu'ils soient liés aux activités footballistiques, ne soient plus poursuivis en remboursement (D 8/7 ss). Le montant de la transaction a été transféré le 17.03.2004 par l'avocat Me A1 sur le compte d'ISL X4 AG en liquidation (D 8/18 ss). Sur demande du Ministère public de Zoug, Me K1 de l'administration spéciale a déclaré le 21.03.2005 que Me A1 aurait indiqué au cours des négociations relatives à la transaction qu'il représenterait la FIFA et qu'elle avait un intérêt légitime à ne pas être à nouveau mêlé à des spéculations infondées en raison de l'action-Société 4. « C'est pourquoi la FIFA intercède afin que les officiels étrangers du football ayant reçu des commissions contribuent à la transaction » (D 8/168).

- 1.4 À l'ouverture de la procédure, il était donc établi que le montant de la transaction avait été versé par Me A1 en qualité de représentant de la FIFA, que les montants réclamés à travers l'action révocatoire provenaient de paiements de la Société 4, de la Fondation 1 ou de la Société 1, mais pas de la FIFA ; que, par le paiement du montant de la transaction, une partie des montants réclamés à travers l'action serait versée aux masses en faillite « ISMM et ISL » et ; enfin, qu'il existait le soupçon que la FIFA acquitte dans ce cadre une « dette tierce », du moins partiellement. Il fallait alors prendre en considération que le paiement du montant de la transaction ne devait pas impérativement être exécuté par la FIFA. Il était envisageable qu'un tiers se trouvant dans un rapport contractuel avec la FIFA ou ayant éventuellement la qualité d'organe de celle-ci, effectue un versement en faveur des masses en faillite avec le consentement de la FIFA, parce que celle-ci ne voudrait pas faire l'objet de spéculations en lien avec les paiements de pots-de-vin. Ce soupçon initial s'est confirmé par la suite.
2. Les différentes étapes de la procédure postérieures à l'ouverture de l'instruction et à la nomination subséquente d'un juge d'instruction spécial peuvent être décrites dans le cas concret et de manière non exhaustive comme suit :

En octobre 2005, des pièces relatives à la FIFA ont été recueillies auprès du registre du commerce de Zurich (D 4/1/1) et des documents de la procédure 2001/756 ont été versés au dossier (D 2/4/3, D 3, D 5, D 6), les 31.10. et 02.11.2007, deux témoins ont été interrogés à Zoug (D 3/13, D 3/15), une perquisition a été effectuée le 03.11.2005 au siège principal de la FIFA à Zurich et différentes pièces ont été mises en sûreté (D 2/2/9, D 9 et D 10). Le 08.11.2005, les autorités liechtensteinoises ont été saisies afin de lever l'application de la règle de spécialité accordée dans le cadre de l'instruction 2001/756 et, après la levée de celle-ci, les pièces alors recueillies ont été intégrées à la présente procédure (D 2/5/2, D 7), les 24.11.2005, 09.06. et 11.07.2006, diverses demandes de production de pièces ont été émises et les pièces recueillies ont été versées au dossier (D 11/1, D 13/1, D 14/1). Le 03.01.2006 l'entraide judiciaire d'Andorre a été requise (auditions et production de pièces / D 15/1/2). Du 15 au 17.11.2006, différents témoins ont été entendus à Andorre, le dossier produit par l'autorité requérante ayant été transmis de manière informelle le 02.04.2007 (D 15/1/1), puis le dossier complet le 21.12.2007 (D 15/10). Sur la base d'informations préalablement obtenues dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire avec Andorre, une ordonnance de production de pièces a été notifiée à la Banque 2 le 28.11.2006 (D 16/1) et les pièces recueillies ont été versées au dossier. Le 16.01.2007 à Erlangen (D), un témoin a été entendu dans le cadre de l'entraide judiciaire (D 3/30). Une fois le dossier d'entraide en provenance d'Andorre disponible (copies préalables), une requête en fixation de for a été déposée auprès Ministère public III du canton de Zurich le 15.06.2007 (HD 3/1 ff). Les autorités zurchoises ayant refusé de reprendre la procédure, la question de la compétence *rationae loci* a dû être soumise au Tribunal pénal fédéral. La 1^{ère} Cour des plaintes a constaté par décision du 19.12.2007 que les autorités du canton de Zoug avaient le droit et l'obligation de poursuivre et de juger les actes punissables imputés à inconnu commis au préjudice de la FIFA (HD 3/46 ss). En conséquence, le 04.01.2008, des ordonnances de production de pièces ont été notifiées à la Banque 3 et à la Banque 2. Les documents ont été remis au Ministère public les 29.02. /14. 03. et 02.04.2008 (D 17 und 18). Des justificatifs y relatifs ont été exigés par courrier du 30.04.2008 ; puis versés au dossier. Le 11.01.2008, une ordonnance de production de pièces a été prononcée à l'égard de la FIFA.

Une partie des documents demandés a été remise au Ministère public les 3./25.03.2008 et une partie des renseignements a été communiquée par courrier du 02.05.2008. En outre, le dossier d'une procédure pénale introduite par 11 membres du Comité Exécutif de la FIFA contre le président de la Fédération a été consulté, étudié et versé au dossier (D 21 ss). Par ordonnance du 30.06.2008, ISMM X1 AG et ISL X4 AG en faillite ont été enjointes de produire des pièces, qui ont été reçues le 28.07.2008, étudiées et versées au dossier (D 2/4/54 ss, D 20). Entre le 29.01. et le 07.08.2008, 8 témoins ont été entendus à Zoug (D 3/31 ss).

Sur la base des informations obtenues à travers la récolte de preuves, une procédure a été ouverte le 01.10.2008 contre Ricardo Terra Texeira (2A 2008 137 / D 23/1) et contre Jean-Marie Faustin Godefroid Havelange (2A 2008 138 / D 24/1).

3. Les preuves recueillies dans le cadre de la procédure 2A 2005 31601 ont conduit au résultat d'instruction suivant.

3.1 La Fédération Internationale de Football Association (FIFA) est une association au sens de l'art. 60 ss CC, sise à Zurich, inscrite au registre du commerce du canton de Zurich. Les statuts de l'association ont été révisés à plusieurs reprises, soit en 1990, 1992, 1994, 2000 et 2003 (D 4/1/2). Les derniers statuts figurant dans le dossier ont été adoptés au cours du congrès extraordinaire de la FIFA le 19.10.2003 et sont entrés en vigueur le 01.01.2004 (D 4/1/40). Selon cette version, la FIFA a pour but d'améliorer constamment le football et de le diffuser dans le monde en tenant compte de son impact universel, éducatif, culturel et humanitaire et ce, en mettant en œuvre des programmes de jeunesse et de développement, d'organiser ses propres compétitions internationales, de fixer des règles et de veiller à les faire respecter, de contrôler le football sous toutes ses formes par l'adoption de toutes les mesures s'avérant nécessaires ou recommandables afin de prévenir la violation des Statuts, des règlements, des décisions de la FIFA et des Lois du Jeu, d'empêcher que des méthodes et pratiques ne mettent en danger l'intégrité du jeu et des compétitions ou ne donnent lieu à des abus dans le sport de Football Association (D 4/1/7, article 2 des statuts). Selon les indications de la FIFA, il s'agit d'un organisme à but non lucratif (D 2/1/86). Les révisions des statuts effectuées entre 1990 et 2003 n'ont pas entraîné de modification substantielle du but de l'association (D 4/2/46 à D 4/2/74).

Selon la version des statuts du 01.01.2004, l'association possède les organes suivants : le Congrès, instance suprême et organe législatif, le Comité Exécutif, organe exécutif, le secrétariat général, organe administratif, ainsi que les commissions permanentes et ad hoc, qui conseillent et soutiennent le Comité Exécutif dans l'accomplissement de ses tâches (D 4/1/13, article 21 des statuts). Le Comité Exécutif est composé de 24 membres (1 président, 8 vice-présidents et 15 membres), désignés par les confédérations et associations (D 4/1/16, article 30 des statuts). Le Président de la FIFA représente l'association et il est en particulier responsable de la mise en œuvre des décisions du Congrès et du Comité Exécutif par le secrétariat général. Il préside le Congrès, toutes les sessions du Comité Exécutif et du Comité d'Urgence,

ainsi que les séances des commissions dont il est président (D 4/1/17, article 32 des statuts). Le cas échéant, les considérants reviennent sur les différences dans l'organisation entre les statuts de 1992 (D 4/2/630 ss), 1994 (D 4/2/655 ss) 1996 (D 4/2/679 ss) 1998 (D 4/2/703 ss) 1999 (D 4/2/728 ss), 2000 (D 4/2/752 ss) et 2003.

- 3.2 Jean-Marie Faustin Godefroid Havelange (ci-après Joao Havelange) a été président de la FIFA de 1974 au 20.11.1998 (D 4/2/779, D 4/1/2). En ce qui concerne Ricardo Terra Texeira, il peut être constaté de manière non exhaustive et donc exemplative qu'il était déjà en 1990 membre de la Commission d'Organisation de la Coupe du Monde de la FIFA USA 1994, ainsi que représenté par la suite au sein des Commissions d'Organisation pour les Coupes du Monde (D 4/2/780, D 4/2/798, D 4/2/936) et dès 1994 membre du Comité Exécutif de la FIFA (D 4/2/806, D 4/2/816, D 4/2/826, D 4/2/834, D 4/2/843, D 4/2/855, D 4/2/877, D 4/2/895, cf. ég. D 4/2/936). Il est président de la Fédération brésilienne de football.
- 3.3 Le transfert de fonds par la Société 1 à hauteur de CHF 36'130'220.05 sur un compte de la Société 4 concernait des actifs mis à disposition par le groupe ISMM/ISL pour pouvoir payer les commissions relatives aux droits déjà acquis et à ceux qui seraient acquis ultérieurement (D 3/1/1, chiffre 13). Cette pratique est incontestée (D 3/1 - D 3/12). Ainsi, le président du conseil d'administration de la société 1 / ISMM X1 AG a par exemple déclaré que les versements à des personnalités connues du monde du sport afin de promouvoir des buts de politique sportive et économiques remonterait aux années 70, lorsque le sport serait devenu un facteur économique. Il aurait été confronté au fait qu'ISL avait recours à de telles pratiques depuis sa fondation quelque temps après avoir débuté sa fonction de membre du CA de la holding familiale Société 1 au début des années nonante. Suite à ses appels réitérés à cesser ces versements, le successeur de P4 au sein d'ISL¹ lui aurait expliqué que dans le cadre de ces relations, la société avait pris des engagements qu'elle devait désormais respecter. Les activités auraient été externalisées dans une fondation à dotation unique (D 3/3/1, chiffre 20, D 3/10/1, chiffre 2). Le CFO du groupe a lui aussi indiqué que dans le cadre de l'acquisition de droits, il serait nécessaire d'exécuter des paiements supplémentaires en plus des coûts d'acquisition des droits. Il se serait agi de paiements à des personnes qui auraient contribué à la conclusion du contrat (D 3/1/1, chiffre 15, chiffre 16).
- 3.3.1 ISL X5 AG, société du groupe ISMM/ISL, a payé entre 1989 et 1998, dans le contexte décrit ci-dessus, des commissions cumulées de CHF 122'587'308.93 (D 20/1/27 ss), les prévenus n'étant que partiellement impliqués, comme ce sera exposé plus en détail ci-dessous. En 1989 déjà, des « investissements préalables » en millions ont été effectués (D 20/1/17). La structure Fondation 1/Société 4 décrite a été utilisée dès 1999 pour poursuivre les paiements effectués entre 1989 et 1998 par ISL X5 AG. Le montant de CHF 36'130'220.05 versé sur le compte n° 193.223.31 libellé au nom de la Société 4 auprès de la Banque 1 correspond au solde résiduel du volume total mis à disposition par le groupe pour le paiement de commissions (D 20/1/30). Les raisons de l'externalisation de ces fonds dans la Fondation 1 n'a pas une importance déterminante dans la présente procédure.

¹ Pour comprendre le rôle de P4 dans l'évolution du marketing sportif, cf. ...

Ont notamment reçu des commissions Joao Havelange (D 20/1/29, D 3/32/4, chiffre 21, D 3/41, chiffre 22 ss, D 3/80 chiffre 17 ss), ainsi que les sociétés Etablissement 2 et E4. (D 20/1/29). E13, membre durant de nombreuses années du Comité Exécutif de la FIFA, a lui aussi été le destinataire de certains versements (par exemple D 4/2/895).

- 3.4 Le bénéficiaire économique de l'Etablissement 2 était Ricardo Terra Texeira (D 3/68, D 18/5/4). Cette société a entretenu dès 1990 une relation d'affaires avec la Banque 4 (qui a été dissoute à sa fusion avec la Banque 5, elle-même dissoute à sa fusion avec la Banque 3) (D 18/5 ss).

Selon les résultats non définitifs de l'instruction, tant Joao Havelange que Ricardo Terra Texeira détiennent économiquement des parts de E4. (D 23/10/5, D 23/10/8, D 23/10/13). Plus précisément, les paiements suivants peuvent être imputés à Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange:

Paiements de ISL X5 AG :

Date	Bénéficiaire	Monnaie	Montant	Monnaie	Montant
10.08.1992	Etablissement 2	USD	1'000'000.00	CHF	1'320'000.00
16.02.1993	Etablissement 2	USD	1'000'000.00	CHF	1'510'000.00
11.05.1993	Etablissement 2	USD	1'000'000.00	CHF	1'440'000.00
07.09.1993	Etablissement 2	USD	1'000'000.00	CHF	1'460'000.00
04.02.1994	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	720'000.00
31.05.1994	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	700'000.00
04.11.1994	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	625'000.00
31.01.1995	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	330'000.00
31.01.1995	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	330'000.00
31.05.1995	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	590'000.00
31.05.1995	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	590'000.00
29.08.1995	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	575'000.00
31.01.1996	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	287'500.00
31.01.1996	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	287'500.00
03.07.1996	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	312'500.00
03.07.1996	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	312'500.00
06.11.1996	Etablissement 2	USD	500'000.00	CHF	630'000.00
03.03.1997	Joao Havelange			CHF	1'500'000.00
30.05.1997	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	367'500.00
30.05.1997	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	367'500.00
12.11.1997	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	352'500.00
12.11.1997	Etablissement 2	USD	250'000.00	CHF	352'500.00
18.03.1998	E4	USD	2'000'000.00	CHF	2'920'000.00
18.03.1998	E4	USD	500'000.00	CHF	730'000.00

24.09.1998	E4	USD	500'000.00	CHF	745'000.00
D4.02.1999	E4	USD	500'000.00	CHF	705'000.00
18.06.1997	Etablissement 2/ Extourne	USD	250'000.00	CHF	-367'500.00
28.11.1997	Etablissement 2/ Extourne	USD	250'000.00	CHF	-352'500.00
	Sous-total				19'340'000.00

Paiements via la structure Fondation 1/Société 4 :

Date	Bénéficiaire	Monnaie	Montant	Monnaie	Montant
	Report du sous-total des versements par ISL X5 AG				19'340'000.00
23.06.1999	E4	USD	500'000.00	CHF	775'750.00
04.11.1999	E4	USD	300'000.00	CHF	460'440.00
04.11.1999	E4	USD	300'000.00	CHF	460'440.00
04.05.2000	E4	USD	500'000.00	CHF	868'000.00
	Total				21 '904'630

(D 7/19/1 à 7/19/132, D 18/16, D 19/4, D 20/1/27 ss, D 20/3/5 ss, D 20/1/29, D 3/32/4, chiffre 21, D 3/41, chiffre 22 ss, D 3/80 chiffre 17 ss)

- 3.5 La transaction susmentionnée du 27 février 2004, qui a constitué un élément décisif dans la question de l'introduction de la procédure, a été conclue avec une participation significative de la FIFA, en la personne de son avocat Me A1 (D 3/15/3, chiffre 10 ss, D 20/11/23, D 20/11/26, D 20/11/28, D 20/11/31 ss, D 20/11/56, D 20/11/62 ss, D 20/11/78 ss, D 20/11/90 ss, D 20/11/106 ss, D 20/11/140, D 20/11/148, D 20/11/150, D 20/11/156, D 20/11/158, D 20/11/165 s., D 20/12/23, D 20/12/26 s., D 20/12/28 ss). La déclaration de retrait de la plainte déposée par la FIFA dans le cadre de l'instr. n° URA 2001/756 citée en introduction faisait partie intégrante de la transaction du 27 février 2004 (D 9/15 ss, D 9/19 ss, D 9/31 ss). Avant la conclusion de la transaction, on s'est, du côté de la FIFA, penché en détail sur la problématique du versement de commissions et les Professeurs 1 et 2 ont été mandatés pour élaborer des expertises à ce sujet (D 11/5, D 11/6). C'est sur l'expertise du Professeur 2 que se fonde l'état de fait exposé sous forme d'hypothèse par la mandante, avec la remarque que cette hypothèse ne serait en aucun cas avérée : « ISL X4 AG a conclu des contrats de marketing avec les associations sportives. Ces associations sportives sont des associations au sens des art. 60-79 CC. Rien n'indique qu'il existait de meilleures offres d'autres agences de marketing sportif. ISL X4 AG a exécuté des paiements en faveur de différentes personnes physiques du cercle des associations sportives, qui doivent vraisemblablement être considérées comme des commissions. Ces versements de commissions n'ont pas eu lieu à une date déterminée mais se sont étendus sur quelques années, à raison de deux à trois paiements par an. De tels paiements ont donc été effectués tant avant qu'après la conclusion des contrats de marketing » (D 11/6/1).

- 3.6 Le montant viré par Me A1, par l'intermédiaire de la Banque 6, aux masses en faillite d'ISMM X1 AG et d'ISL X4 AG sur un compte de la Banque 7 est tout d'abord arrivé en deux tranches, via la Banque 8 sur son compte (D 15/1/8 ss). Le donneur d'ordre des deux transferts était la société domiciliée à Andorre « Société 5 », dont l'ayant droit économique est le citoyen andorran P5, qui a exécuté l'opération bancaire à titre fiduciaire par le biais du compte ouvert au nom de la société. D'après les déclarations de P5, il aurait effectué le virement sur instruction de Ricardo Terra Texeira. Le montant aurait préalablement été transféré, au sein de la banque, depuis un compte au nom de Ricardo Terra Texeira sur un compte de « Société 5 » (D 15/4/1 ss, D 15/10 ss). Le compte n° 400428 auprès de la Banque 8, au nom de Ricardo Terra Texeira a été alimenté avant ce transfert notamment par des fonds provenant de divers comptes auprès de la Banque 2. Il s'agit des virements suivants :

Donneur d'ordre virement	Date de valeur réception paiement	Montant en USD	Compte bénéficiaire	Référence dossier
F1	11.04.2003	459'000.00	4004028	15/4/3, 15/4/68
F2	11.04.2003	418'500.00	4004028	15/4/3, 15/4/69
F3	11.04.2003	357'500.00	4004028	15/4/3,15/4/70
F4	11.04.2003	1'216'000.00	4004028	15/4/3. 15/4/71
Total		2'451'000.00		

Les sommes versées ont ensuite été retirées en espèces par P5 et versées en espèces à la même banque sur des comptes de Ricardo Terra Texeira et de F2 (D 15/4/1 ss, D 15/10 ss). Trois des quatre comptes de la Banque 2 étaient libellés au nom de F1 – F3. L'un des comptes était libellé au nom de F4 (D 16/54). Il s'agissait des comptes suivants :

Numéro du compte	Titulaire du compte	Date d'ouverture	Référence dossier
CQUE 206-P0078232.0	F1	01.07.1998	16, 17/33
CQUE 206-P0078233.0	F2	01.07.1998	16, 17/35
CQUE 206-P704605.60L	F3	03.11.1999	16, 17/37
CQUE 206-P790860.70P	F4	23.08.2001	16, 17/30

Dans deux cas, les comptes ont été ouverts au moyen de versements en espèces du Prévenu 2 à hauteur de USD 300'000.00 chacun (CQUE 206-P0078232.0 et CQUE 206-P0078233.0), d'un apport de titres pour un montant de USD 300'000.00 (CQUE 206-P704605.60L) et un virement de USD 1'000'000.00 par la Banque 9. Les versements en espèces à la Banque 2 ont été précédés le 29 juin 1998 par un versement en espèces de USD 600'000.00 à partir du compte n° 24,034-2-2.002, au nom de l'Etablissement 2 auprès de l'ancienne Banque 4 (D 16/54).

- 4 Après que les deux plaintes aient fait l'objet de décisions entrées en force de la commission de justice de l'Obergericht du canton de Zoug ainsi que du Tribunal fédéral, des pièces de la procédure de production de pièces avec la FIFA initialement mises sous scellés ont pu être versées au dossier et examinées (D 2/10/1-D 2/10/13). En outre, les 14/17.07.2009 une convention de for a été conclue avec l'autorité compétente du canton de Zurich, selon laquelle les autorités de poursuite pénale du canton de Zoug étaient compétentes pour poursuivre les actes punissables au préjudice de la FIFA attribués à l'inconnu ainsi qu'à Ricardo Terra Texeira et à Joao Havelange (AZ : 2A 2005 31601 [auparavant URA 2005 1601], 2A 2008 137 et 2A 2008 138). Par ailleurs, les différentes procédures d'entraide judiciaire pour la levée de l'application de la règle de spécialité avaient été introduites et certains des documents avaient été obtenus (D 2/5/9 s., D 23/4/91, D 24/4/127). Suite à cela, le Ministère public a introduit le 14.07.2009 une procédure visant à établir si les participants à la procédure se déclareraient prêts, sur la base des preuves obtenues, à réparer le dommage causé et s'ils consentiraient à un classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP.
- 4.1 La FIFA a été informée que le Ministère public considérait judicieux d'inviter le représentant et P1 à une séance d'information, et ce, compte tenu de l'état actuel du dossier et du fait que, jusqu'alors, aucun droit de consulter le dossier n'avait pu être accordé à la FIFA et qu'un tel droit ne pourrait pas être accordé dans un proche avenir. Le sens et le but de cette séance devait être la divulgation des éléments de fait recueillis et la présentation de l'orientation en résultant pour la procédure (D 2/1/50 f). La FIFA a accueilli cette démarche favorablement, suite à quoi les conditions cadre ont été fixées conformément à la proposition du Ministère public et une séance a eu lieu le 21.09.2009 en présence de P1, du Dr. Dieter Gessler, avocat de la FIFA, de P6, de Christian Aebi, Procureur général et de Thomas Hildbrand, procureur en charge de la procédure. Les détails figurent dans le procès-verbal de séance, signé par le procureur général, le procureur en charge de la procédure et l'avocat de la FIFA (D 2/1/114). Le Ministère public a déclaré que, selon lui, les éléments constitutifs objectifs de la gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP étaient réunis. Partant de cette prémisse, il y avait lieu de décider si la procédure menée contre inconnu devait être ouverte contre la FIFA en tant qu'entreprise et/ou contre les personnes physiques qui assumeraient la responsabilité formelle des actes de la FIFA en lien avec l'état de fait exposé. La décision contre quelle personne la plainte devait être finalement déposée ne doit être rendue qu'après clarification de la responsabilité pénale. Eu égard à l'état actuel du dossier, résultait la conclusion suivante : si une instruction pénale était ouverte contre la FIFA, un classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP pouvait entrer en considération. Ce constat résultait de l'hypothèse du Ministère public selon laquelle les conditions d'un sursis seraient remplies, l'intérêt du public et des lésés à la poursuite pénale serait faible, de sorte que les critères des let. a et b de l'art. 53 CP seraient remplis. Le Ministère public a cependant subordonné le classement de la procédure à la condition de la réparation de l'intégralité du préjudice, soit la couverture du dommage à hauteur de CHF 2'500'000.00 et la reprise des frais de procédure par la FIFA. Si la procédure était ouverte contre des personnes physiques, un classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP serait également possible. Une décision à ce sujet ne pourrait toutefois pas être prononcée en ce moment précis,

les éléments nécessaires faisant défaut (D 2/1/119 ss). Après la séance, Me Dieter Gessler a émis le 07.10.2009 le souhait d'une nouvelle rencontre sans sa cliente, au motif que la FIFA souhaitait examiner attentivement et en détail la proposition du Ministère public. La demande a été admise et la date du 17.11.2009 a été convenue. Le délai de prise de position fixé au 31.10.2009 lors de la séance du 21.09.2009 a été prolongé jusqu'au 30.11.2009 (D 2/1/64).

- 4.2 Le 14.10.2009, Me Hans-Rudolf Wild, représentant de Ricardo Terra Texeira a pris contact avec le procureur général Christian Aebi par téléphone et a déclaré avoir connaissance de la séance du 21.09.2009 et de la réunion prévue pour novembre 2009. Il a proposé de participer à cette séance, dans le but de rechercher une solution globale. Le procureur en charge de la procédure a pris contact avec Me Wild le 26.10.2009, l'informant que rien ne s'opposait à sa participation. Le Ministère public pouvait envisager un classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP, si les éléments constitutifs étaient réunis. Toutefois, la solution globale qu'il avait mentionnée incluait du point de vue du Ministère public la personne de Joao Havelange. Il faudrait, si les contacts à ce sujet existaient, faire le nécessaire pour que Joao Havelange, le cas échéant représenté par son avocat, puisse lui aussi prendre part à la séance du 17.11.2009 (D 23/2/59).

Après la désignation par Joao Havelange d'un avocat en la personne du Dr. Marco Niedermann, celui-ci a été contacté le 16.11.2009 par le procureur en charge de la procédure et le contexte de la séance prévue lui a été expliqué dans les grandes lignes. Il lui a également été indiqué que la proposition de solution était similaire à celle concernant la FIFA et Ricardo Terra Texeira. Me Dr. Marco Niedermann a confirmé connaître le procès-verbal de séance du 23.09.2009.

Le 17.11.2009 une séance a eu lieu en présence de Me Dr. Dieter Gessler, avocat de la FIFA, de Me Hans-Rudolf Wild, avocat de Ricardo Terra Texeira, Me Dr. Marco Niedermann, avocat de Joao Havelange, de Christian Aebi, procureur général et de Thomas Hildbrand, procureur en charge de la procédure. Pour le détail, il est renvoyé au procès-verbal de séance signé par les participants (D 2/1/122 ss, D 23/2/65 ss, D 24/2/11 ss).

Le résultat est que les représentants de Ricardo Terra Texeira et de Joao Havelange se voient notifier que le Ministère public considère un dédommagement de CHF 2'500'000.00 comme adéquat eu égard à l'état actuel du dossier, compte tenu des critères tels que la prescription, la connexité paiements-contrats, la monnaie, etc. Il a informé les intéressés qu'il s'exprimerait au sujet d'une éventuelle indemnisation par la FIFA, par Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange dès que l'accord de principe à la liquidation de la procédure sur la base de l'art. 53 CP serait donné. Il serait cependant d'ores et déjà établi que le destinataire d'une prestation en réparation du préjudice, en ce qui concerne la FIFA, devrait être un organisme à but non lucratif. Les frais de procédure ont été chiffrés à CHF 100'000.00 au plus.

Tant Me Hans-Rudolf Wild que Me Dr. Marco Niedermann soulignent que, ne serait-ce que pour des motifs de respect du devoir de diligence des avocats, un droit de consulter le dossier était

indispensable (D 2/1/125 s.). Ce droit a été accordé aux deux mandataires du 11 au 31 janvier 2010 (D 23/2, D 24/2). Me Hans Rudolf Wild a néanmoins finalement renoncé à l'exercer (D 23/2/113).

- 4.3.1 Dans son mémoire du 30.11.2009, le mandataire de la FIFA a requis au nom de la FIFA le classement de la procédure (D 2/1/72 ss) et, subsidiairement, le classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP (D 2/1/109). Dans le but de pouvoir donner suite à la requête subsidiaire, la FIFA a été informée par courrier du 17 décembre 2009 des conditions du classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP, à savoir le versement de CHF 2'500'000.00 par la FIFA sur un compte de transaction du Ministère public de Zoug et la déclaration écrite selon laquelle elle prenait en charge les frais de procédure, jusqu'à concurrence de CHF 100'000.00 (D 2/1/128). Par courrier du 07.01.2010, la FIFA a déclaré accepter les conditions. Elle a toutefois précisé, dans le mémoire du 8 janvier 2010, que son consentement était soumis à la condition que les procédures contre Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange soient également classées (D 2/1/130 ss).
- 4.3.2 Le 14.01.2010, Me Wild a déclaré par téléphone que son client renonçait à exercer le droit de consulter le dossier et qu'il serait prêt à verser début février 2010, à titre de réparation du préjudice, le montant de CHF 2'500'000.00. Il demanderait au Ministère public de faire connaître les conditions du classement (D 23/2/113). Par courrier du 18.01.2010, Me Wild a été informé que le versement de CHF 2'500'000.00 par Ricardo Terra Texeira sur un compte de la FIFA remplirait ces conditions. Les frais de procédure seraient pris en charge par la FIFA jusqu'à un montant maximal de CHF 100'000.00. Le Ministère public a affirmé supposer que la FIFA, Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange s'entendraient au sujet de la répartition entre eux des frais de procédure encore à déterminer. La preuve du paiement devrait être fournie en ceci que son client déposerait l'avis de débit et la FIFA l'avis de crédit auprès du Ministère public (D 23/2/114). Par courrier du 22.01.2010, Me Wild a donné son accord au classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP et a transmis le 04.03.2010 la preuve de paiement (D 23/2/116).
- 4.3.3 Me Dr. Niedermann a déclaré le 27.01.2010 par téléphone qu'il souhaitait rencontrer le procureur en charge de la procédure pour s'entretenir au sujet des conditions cadre d'un classement sur la base de l'art. 53 CP et de remettre des pièces relatives à la situation patrimoniale de son client. La séance fixée à court terme s'est tenue le jour même. Le mandataire a remis différents documents et a évoqué leur traduction. Me Dr. Niedermann a exposé que, compte tenu de tous les facteurs pertinents dans la procédure (prescription, imputation des paiements aux contrats, bénéficiaire effectif des paiements, mœurs à l'époque des paiements, situation patrimoniale et revenus, âge du prévenu, etc.) un dédommagement à hauteur de CHF 250'000.00 lui semblait adéquat (D 24/2/57). Dans le mémoire du 01.02.2010, il a déposé les pièces mentionnées, d'où il ressort que Joao Havelange réalisait en 2008 un revenu approximatif de CHF 87'350.00 et que la fortune des époux Havelange s'élevait à CHF 5'211'000.00 environ (D 24/2/97 ss). Eu égard à ces circonstances, Me Niedermann a été informé le 12.02.2010 que le Ministère public considérait le montant de CHF 500'000.00 comme un dédommagement adéquat et que la réduction du montant initialement fixé à CHF 2'500'000.00

tenait compte, d'une part, des revenus et de la fortune des époux Havelange mais d'autre part aussi de l'âge avancé du prévenu. Ce montant devrait être versé par Joao Havelange sur un compte de la FIFA et la preuve du paiement devrait être apportée en ceci que son client devrait déposer auprès du Ministère public l'avis de débit et la FIFA, l'avis de crédit (D 24/2/117). Dans le mémoire du 04.03.2010, Me Dr. Niedermann a accepté le classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP (D 24/2/120). Par courrier du 17.03.2010, il a transmis l'avis de débit (D 24/2/123).

- 4.3.4 Dans le mémoire du 22.03.2010, la FIFA a déposé les justificatifs requis (D 2/1/143). Le montant de CHF 2'500'000.00 qu'elle avait transféré avait déjà été reçu sur le compte du Ministère public de Zoug à la date de valeur du 18.03.2010 (D 2/1/140 ss). Par courrier du 08.04.2010, les participants à la procédure ont été informés que les conditions d'un classement étaient remplies. Le Ministère public avait l'intention de réunir les procédures sur le plan administratif et, pour des motifs liés à l'affaire elle-même, à l'économie de procédure, les réglerait dans le cadre d'une seule décision. L'accord des parties a été demandé à cet effet, parce qu'à travers la procédure envisagée des domaines pourraient être touchés qui pour des raisons de protection de la personnalité ne seraient pas rendus d'emblée accessibles par toutes les parties (D 2/1/148). L'accord des parties a été donné dans les délais fixés (D 2/1/150, D 23/2/123, D 24/2/127).
- 4.3.5 Il convient de relever pour conclure que le mandataire de la FIFA conteste tout comportement punissable (D 2/1/72 ss). Le même constat s'applique pour Ricardo Terra Texeira (D 23/2/15 ss). Joao Havelange n'a pas pris position sur le reproche pénal (D 24).

Considérants

1. Les dispositions du Code pénal sont applicables à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse (art. 3 al. 1 CP). Un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit (art. 8 al. 1 CP). Tant Ricardo Terra Texeira que Joao Havelange sont des ressortissants brésiliens domiciliés au [...]. Il est reproché aux deux prévenus d'avoir violé leurs obligations à l'égard de la FIFA, qui a son siège à Zurich, en omettant de divulguer les libéralités reçues du groupe ISMM/ISL à la FIFA et de ne pas les lui avoir remises. En tant que président de la FIFA, Joao Havelange travaillait à Zurich. Il en va de même de Ricardo Terra Texeira dans la mesure où il était impliqué dans le travail de la Fédération en tant que membre du Comité Exécutif ou d'autres commissions. En tous les cas, le résultat des omissions s'est produit sur la FIFA, de sorte que le lieu de l'infraction est en Suisse, ce qui est également l'avis de la FIFA (D 2/10/12/59, chiffre 2.1)². Ricardo Terra Texeira, Joao Havelange, mais aussi la FIFA, en tant qu'entreprise prévenue, sont par conséquent soumis aux dispositions du Code pénal suisse.

²

Cf. au surplus l'arrêt du Tribunal fédéral 6P.190/2006 du 30.05.2007 cons. 6.3, selon lequel même pour des infractions sans lien étroit avec la Suisse, il y a lieu d'admettre la compétence suisse / JS 2008 82, 83, 87, 88, 92, 93, D 2/10/12/57 ss.

2. Si la compétence des autorités suisses est admise, alors il y a lieu de vérifier, sur la base de l'art. 340 ss CP, quel canton est compétent pour la poursuite et le jugement (ATF 108 IV 146). Ces dispositions ne sont applicables que si les autorités suisses sont compétentes (ATF 122 IV 167). Les cantons de Zoug et de Zurich ayant conclu une convention relative au for, la compétence rationae loci du Ministère public zougais doit être admise sur la base de l'art. 2 al. 1 StPO-ZG en relation avec l'art. 22 ss GOG-ZG.
3. Aux termes de l'art. 1bis al. 1 StPO-ZG, il y a lieu de renoncer à un renvoi au tribunal lorsque les conditions de l'exemption de peine au sens des art. 52-54 CP sont remplies.

L'art. 53 CP règle l'exemption de peine en cas de réparation. Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine, si les conditions du sursis à l'exécution de la peine fixées à l'art. 42 sont remplies (let. a) et si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants (let. b).

Selon le Message, les points-clés de cette disposition peuvent être décrits comme suit : la réparation sert avant tout les intérêts de la victime, qui préfère être dédommée que de voir l'auteur puni. Cette possibilité fait appel au sens des responsabilités de l'auteur en le rendant conscient du tort qu'il a causé; elle doit contribuer à améliorer les relations entre l'auteur et la victime et à rétablir ainsi la paix publique. La réparation du dommage justifie une exemption de peine et l'intérêt à punir est réduit à néant parce que l'auteur effectue de façon active une prestation sociale à des fins de réconciliation et de rétablissement de la paix publique. La condition de l'intérêt public minime à la poursuite pénale tient compte des cas dans lesquels aucune personne en particulier n'est lésée. Par ailleurs, il convient d'éviter de privilégier les auteurs fortunés susceptibles de monnayer leur sanction (Message du 21 septembre 1998, FF 1999 p. 2065 s.). Dans le projet du Conseil fédéral, la réparation n'était possible qu'aux conditions de l'ajournement de la peine et donc que pour les peines d'une durée ne dépassant pas un an (art. 42 et art. 53 du projet, FF 1999 p. 2308, 2312). Le Conseil des États, première Chambre a délibéré, a lié la réparation aux conditions du sursis à la peine (cf. Bull. off. CE 1999 p. 1119, séance du 14 décembre 1999). Le Conseil National a repris cette modification (Bull. off. CN 2001 p. 565, séance du 7 juin 2001). Compte tenu des limites fixées à l'art. 42 CP, la réparation est désormais possible pour les peines privatives de liberté jusqu'à 2 ans (art. 42 CP) (confirmé dans l'ATF 6B_346/208).

Conformément au libellé de la disposition, la réparation et ses effets juridiques est donc possible avant l'introduction d'une poursuite pénale ainsi qu'après, à différents stades de la procédure, ce qui est voulu par le législateur (ATF 135 IV 27). Si la question de la réparation ne se pose qu'après l'ouverture d'une instruction pénale mais avant que l'état de fait ne soit soumis à l'appréciation d'un juge, la procédure doit être classée par ordonnance. Le moment de la procédure et donc l'état de la procédure ont une importance en ce qui concerne les preuves à disposition et les effets juridiques, parce que le volume des preuves recueillies diffère selon le stade de la procédure,

ce qui peut se répercuter sur le caractère concluant de l'appréciation de l'objet de la procédure. Il s'ensuit qu'un classement au sens d'une renonciation à continuer les poursuites conformément à l'art. 52 ou à l'art. 53 CP ne peut avoir la même qualité qu'une exemption de peine prononcée par le tribunal. Indépendamment du moment où il est mis fin à la procédure, un point important est que dans les deux cas de figure (art. 52 et art. 53 CP), aucune constatation de culpabilité n'est nécessaire mais uniquement un état de fait suffisamment établi, sur la base duquel les organes de poursuite pénale sont poussés à agir³. Le législateur s'est sciemment accommodé du « défaut » que cela implique concernant le résultat de l'administration des preuves, celui-ci étant compensé en ceci qu'un classement de la procédure dépend dans une mesure significative de la volonté du prévenu, de sorte qu'une réparation est exclue dans tous les cas où l'état de fait constaté par l'autorité d'instruction ne correspond pas au déroulement historique. Les éventuelles lacunes dans le résultat de l'administration des preuves sont implicitement comblées lorsque le prévenu répare le dommage.

Par conséquent, le classement d'une procédure sur la base de l'art. 53 CP comporte, tant en ce qui concerne l'établissement de l'état de fait que l'application du droit, un certain défaut, lequel est compensé par l'ordre juridique, plus précisément l'institution de la réparation, en ceci que les conditions spécifiques décrites dans la loi (art. 53 CP) sont remplies. Cette prémisse relativise les allégations du mandataire de la FIFA exposés dans son mémoire du 30.11.2009 (D 2/1/72). Si on le soumet à une observation indépendante de l'institution de la réparation et intégrée dans une procédure judiciaire, celui-ci contient certes une abondance d'arguments intéressants mais qui ne peuvent être soutenus compte tenu des présentes explications. Ce qui sera démontré ci-après.

En l'espèce, on se trouve en tous les cas en présence d'un état de fait suffisant et permettant une décision basée sur l'art. 53 CP. Il y a lieu de s'accommoder des impondérabilités résultant du caractère incomplet du résultat de l'enquête, pour les raisons décrites ci-dessus, compte tenu de l'esprit et du but de l'institution de la réparation. Les faits reprochés décrits ci-après doivent être considérés comme non exhaustifs, eu égard à cette situation de départ.

4. Sur la base du résultat de l'administration des preuves énoncé, les faits reprochés peuvent être décrits comme suit, en les subsumant avec les art. 138 et 158 CP. Dans un premier temps, il est fait abstraction des questions de prescription.
- 4.1 Le Prévenu Ricardo Terra Texeira a employé à plusieurs reprises à son profit des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées, pour se procurer un enrichissement. Au titre de reproche éventuel, il y a lieu de constater qu'il était tenu, en vertu d'un acte juridique, de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui et qu'en violation répétée de ses devoirs, il a porté atteinte à la fortune d'autrui. Il a agi dans l'intention de se procurer un enrichissement illégitime.

Les éléments constitutifs objectifs sont réunis car Ricardo Terra Texeira, en sa qualité de membre du Comité Exécutif et d'autres commissions de la FIFA s'est fait verser, entre le 10.08.1992 et le

³

BSK Strafrecht I, *Riklin*, n. 31 avant l'art. 52 et n. 30 ad art. 53 CP

12.11.1997, à travers l'Etablissement 2, la somme de CHF 12'740'000.00 et entre le 18.03.1998 et le 04.05.2000, à travers E4, un montant déterminé mais ne pouvant être définitivement attribué. Les versements ont eu lieu par l'intermédiaire d'ISL X5 AG, une filiale de la Société 1, laquelle a non seulement conclu avec la FIFA des contrats d'exploitation des droits de diffusion radio/TV des Coupes du Monde et des contrats de marketing à des prix fixés avec précision mais aussi, à travers une de ses filiales, ISMM X3 AG avec la Société 2 ainsi que la Société 3, des contrats de sous-licence portant sur les droits d'exploitation des droits de diffusion radio/TV des Coupes du Monde 2002 au Brésil. Ces commissions, perçues en raison de ses fonctions au sein de la FIFA, Ricardo Terra Texeira les a encaissées personnellement, omettant de les divulguer et de les remettre à la FIFA. Ces paiements effectués année après année avaient pour but d'user de l'influence de Ricardo Terra Texeira au sein de la FIFA pour faire naître les relations contractuelles de la FIFA et de la Société 1, dans le but, ensuite, d'utiliser son influence en tant que Président de la fédération brésilienne de football afin de garantir la conclusion des contrats de sous-licence. Ricardo Terra Texeira s'est enrichi à hauteur des commissions perçues et non transférées, en violation de ses devoirs, et la FIFA a subi un dommage du même montant.

- 4.2 Le Prévenu Joao Havelange a employé à plusieurs reprises à son profit des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées, pour se procurer un enrichissement. A titre de reproche éventuel, il y a lieu de constater qu'il était tenu, en vertu d'un acte juridique, de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui et qu'en violation répétée de ses devoirs, il a porté atteinte à la fortune d'autrui. Il a agi dans l'intention de se procurer un enrichissement illégitime.

Les éléments constitutifs objectifs sont réunis car Joao Havelange, en sa qualité de Président de la FIFA, s'est fait verser le 03.03.1997 au moins le montant de CHF 1'500'000.00 et entre le 18.03.1998 et le 04.05.2000, à travers E4, un montant déterminé mais ne pouvant être lui être imputé de manière concluante. Les versements ont eu lieu par l'intermédiaire d'ISL X5 AG, une filiale de la Société 1, laquelle a non seulement conclu avec la FIFA des contrats d'exploitation des droits de diffusion radio/TV des Coupes du Monde et des contrats de marketing à des prix fixés avec précision mais aussi, à travers une de ses filiales, ISMM X3 AG avec la Société 2 ainsi que la Société 3, des contrats de sous-licence portant sur les droits d'exploitation des droits de diffusion radio/TV des Coupes du Monde 2002 au Brésil. Ces commissions, perçues en raison de ses fonctions au sein de la FIFA, Joao Havelange les a encaissées personnellement, omettant de les divulguer et de les remettre à la FIFA. Ces paiements effectués avaient pour but d'user de l'influence de Joao Havelange en tant que président de la FIFA en lien avec les contrats des 12.12.1997 et 26.05.1998 finalement conclus par la FIFA avec la Société 1 (« ISL ») et signés par le prévenu. Joao Havelange s'est enrichi à hauteur des commissions perçues et non transférées, en violation de ses devoirs, et la FIFA a subi un dommage du même montant.

- 4.3 À la FIFA, il est reproché le manque d'organisation de son entreprise. Le reproche porte sur l'omission d'avoir veillé à édicter des règles internes strictes afin de garantir d'une part la divulgation des libéralités reçues hors de la rémunération ordinaire de ses organes et employés et d'autre part une procédure régulière, interne à l'organisation, pour cette situation. Par son omission, elle a empêché non seulement la mise en place des bases réservant l'emploi de tels fonds à la décision d'un organe interne à l'association mais aussi la détermination des personnes responsables des faits punissables décrits ci-dessous.

La personne indéterminée ou les personnes indéterminées étai(en)t chargée(s), en vertu d'un acte juridique, de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui et a/ont dans ce cadre lésé à plusieurs reprises, en violation de ses/leurs devoirs, les intérêts pécuniaires d'autrui, tout en s'enrichissant dans la mesure du dommage.

Les éléments constitutifs objectifs sont réunis car le ou les auteurs, dont les qualités requises pour l'infraction sont présumées, a/ont omis, en connaissance des paiements de commissions à des organes et/ou chargés d'affaires et/ou employés de la FIFA, de garantir la remise de ceux-ci à l'association et a/ont omis de s'assurer que Joao Havelange et Ricardo Terra Texeira, qui, en raison de leurs fonctions, avaient l'obligation de remettre les fonds à la FIFA, de faire valoir le droit de celle-ci à la remise. La FIFA a ainsi été lésée dans la mesure de son omission contraire à ses devoirs, alors que Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange se sont enrichis du même montant.

5. L'instruction a démontré que les commissions payées par le groupe ISMM/ ISL remontent aux années quatre-vingt, de sorte qu'il y a lieu d'examiner d'emblée les questions de prescription. Pendant cette période, diverses révisions ont eu lieu, entraînant des modifications considérables des normes relatives à la prescription de l'action pénale ainsi que des parties générale (livre premier) et spéciale (livre deuxième) du Code pénal.

- 5.1 Les dispositions relatives à la prescription de l'action pénale ont été modifiées par la loi fédérale du 05.10.2001. Dans le cadre d'une deuxième révision du 22.03.2002, différentes dispositions de la partie générale ont été adaptées au nouveau système de prescription. La nouvelle réglementation de la prescription de l'action pénale est entrée en vigueur le 01.10.2002 et a été modifiée à nouveau lors de la révision totale de la partie générale du CP, entrée en vigueur le 01.01.2007, en lien avec et en raison de la nouvelle dénomination des sanctions. Une révision partielle avait déjà été introduite par la loi fédérale du 17.06.1994. Le principe de la *lex mitior* énoncé à l'art. 2 al. 2 CP s'applique aux états de fait dont les points de rattachement se trouvent tant dans la partie générale que dans la partie spéciale du Code pénal.

Le nouveau droit de la prescription ne s'applique en principe, sous réserve de certaines exceptions, que lorsque l'infraction a été commise après son entrée en vigueur. Si l'infraction a été commise avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la prescription, la prescription de l'action pénale est régie par l'ancien droit, à moins que le nouveau droit soit plus favorable au prévenu. Le principe de la « *lex mitior* » s'applique aussi en lien avec la prescription (ATF 114 IV 1 cons. 2a, 105 IV 7 cons. 1a) et s'applique sans restriction en vertu de l'art. 389 CP, abstraction faite des exceptions légales.

Avant la révision partielle de l'art. 70 al. 2 CP (LF du 17.06.1994), les délais de prescription pour les peines passibles de réclusion étaient de 10 (relatif : art. 70 al. 2 aCP) et 15 ans (absolu : art. 72 ch. 2 al. 2 aCP). Après la révision, ces délais s'appliquaient en plus lorsque la peine maximale était une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans. Dans l'ancien droit, le délai de prescription relatif pour les infractions passibles d'emprisonnement était de cinq ans et absolu de 7,5 ans (art. 70 al. 3 aCP en relation avec l'art. 72 ch. 2 al. 2 aCP). Selon le droit actuellement en vigueur (art. 97 let. b et c CP), l'action pénale se prescrit par quinze ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, par sept ans si elle est passible d'une autre peine. La distinction entre délai de prescription relatif et absolu a été abandonnée à la révision.

- 5.2 L'entrée en vigueur de la révision des infractions contre le patrimoine, donc de la partie spéciale du Code pénal, a été fixée au 01.01.1995. L'abus de confiance était réglé à l'art. 140 CP avant cette révision et l'infraction principale était passible d'emprisonnement jusqu'à cinq ans, l'infraction qualifiée de réclusion jusqu'à dix ans. Après la révision, l'art. 138 CP prévoyait en tant qu'infraction de base déjà la réclusion jusqu'à cinq ans. Aujourd'hui, la peine prévue si les éléments constitutifs de base sont réunis est une privation de liberté jusqu'à cinq ans.

Avant la révision, la gestion déloyale était réglée à l'art. 159 CP. La peine prévue pour l'infraction de base était alors l'emprisonnement et pour l'infraction qualifiée (dessein de lucre), l'emprisonnement jusqu'à cinq ans. Après la révision, les peines prévues pour la gestion déloyale inscrite à l'art. 158 CP étaient, pour l'infraction de base l'emprisonnement, pour l'infraction qualifiée (dessein d'enrichissement) la réclusion jusqu'à cinq ans. Dans la version actuelle, l'infraction de base est passible d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire et l'infraction qualifiée, d'une peine privative de liberté d'une année à cinq ans.

- 5.3 Il y a donc lieu d'examiner au cas par cas si des faits sont prescrits en vertu du principe de la *lex mitior*.
- 5.3.1 Dans la mesure où il s'agit de l'état de fait relatif à la transaction du 27 février 2004, il convient d'appliquer les dispositions légales entrées en vigueur avec la révision du 01.10.2002. Si l'on prend comme date de l'infraction celle du virement des CHF 2'500'000.00 (le 17 mars 2004), la prescription interviendrait selon l'infraction de base après 7 ans, soit le 17 mars 2011. La détermination de la date de l'infraction est basée sur la prémisse que l'infraction est réalisée dès qu'un dommage patrimonial est causé. Si l'on admet le dessein d'enrichissement (art. 158 ch. 1 al. 3 CP), il y aurait lieu de prendre en compte un délai de prescription de 15 ans en raison de la peine prévue pour l'infraction qualifiée. La prescription interviendrait le 17 mars 2019. Le reproche formulé en lien avec la transaction du 27 février 2004 n'est donc pas non plus prescrit selon l'infraction de base, raison pour laquelle il est superflu d'examiner la question d'un éventuel enrichissement illégitime du point de vue de la prescription.

Conformément au point de vue défendu à juste titre par l'avocat de la FIFA (D 2/1/103), l'interdiction de la rétroactivité des normes pénales doit en l'espèce être respectée dans la mesure où le droit pénal applicable aux entreprises n'est en vigueur que depuis le

01.10.2003, de sorte que la FIFA n'est pas punissable en tant qu'entreprise avant cette date, en conséquence de quoi toute analyse de ce point est superflue.

On ne peut en revanche partager l'opinion du mandataire de la FIFA selon laquelle l'infraction de l'art. 102 al. 1 CP serait conçue comme une contravention, soumise au délai de prescription de trois ans, de sorte que les faits examinés seraient prescrits (D 2/1/107 s.). Il est certes exact que, selon une interprétation grammaticale, l'art. 102 CP peut être qualifié de contravention, car l'art. 103 CP définit comme tels les actes passibles d'une amende. Cependant, la doctrine dominante considère, dans le cadre d'une interprétation téléologique effectuée correctement, qu'il ne s'agit pas d'une contravention⁴, ce qui a pour conséquence que les délais de prescription de l'acte punissable en question s'appliquent⁵. Toute autre analyse serait contraire à l'esprit et au but de la norme et aboutirait à des résultats inéquitables. Il y a donc lieu de constater que ni l'acte punissable réalisant les conditions de l'art. 158 CP ni le reproche d'organisation défailante tombant sous le coup de l'art. 102 CP ne sont prescrits.

- 5.3.2 S'agissant des faits présumés de non-divulgaration et de non-remise de commissions à la FIFA par Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange, il y a lieu d'ajouter ce qui suit aux bases légales déjà exposées et en tenant compte du fait que l'état de fait en question est constitutif de corruption privée.

Si l'auteur a commis les actes punissables à différentes dates, la prescription a commencé à courir, conformément à l'art. 71 al. 2 aCP, le jour de la commission du dernier acte. C'est sur cette disposition, pratiquement identique à celle de l'art. 98 al. 1 let. b nCP, que le Tribunal fédéral basait le concept des « actes formant une unité » (ATF 126 IV 142, 127 IV 54, 129 II 393, cf. à ce propos 131 IV 90 s., 132 IV 53). Le terme d'actes formant une unité désignait les actes punissables similaires dirigés contre le même bien juridique et constituant un comportement illicite durable. Sur la base de ce concept, le Tribunal fédéral a notamment admis l'unité du point de vue de la prescription pour des actes de corruption (ATF 126 IV 143), de gestion déloyale (ATF 117 IV 208) ainsi que pour une série d'abus de confiance (ATF 124 IV 6, 127 IV 55). Le concept des actes formant une unité du point de vue de la prescription ou du délit successif a été abandonné depuis (ATF 131 IV 93, 132 IV 54 f.).

Dans certains cas cependant, une pluralité d'actes punissables peut tout de même être qualifiée d'unité. C'est notamment le cas lors d'une unité d'actes constitutive de l'infraction, lorsque le comportement illicite présuppose une pluralité d'actes, que ce soit par définition, de fait ou selon l'usage⁶. En ce qui concerne les infractions de gestion déloyale ou d'abus de confiance dans lequel l'état de fait concerne de la corruption privée, on peut admettre l'unité d'actes susmentionnée. Celle-ci est liée à la particularité du comportement de corruption. Il convient toutefois de souligner que les infractions de corruption prévues dans le CP règlent la corruption et la corruptibilité des fonctionnaires mais que des cas analogues d'influence active et passive

⁴ BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, n. 41 ad art. 102 StGB

⁵ *Hansjakob, Schmitt, Sollberger*, Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 105, cf. cependant BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, n. 45f. ad art. 102 StGB

⁶ *Andreas Donatsch*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 17^e éd., Zurich 2006, 186 ; critique : BSK Strafrecht I, *Müller*, n. 18 ad art. 98 StGB

abusives peuvent néanmoins également se produire dans le secteur privé⁷. Dans ce cadre, les aspects constitutifs d'infraction de la relation concrète entre corrupteur et corrompu sont déterminants, eu égard à l'élément temporel ainsi qu'au montant des paiements, à la fréquence et à la répartition dans le temps de prestation et contre-prestation ainsi que l'intensité des contacts dans l'intervalle. Cela vaut tant pour la corruption active et passive de fonctionnaires que pour la corruption privée. Ainsi, il y a lieu de constater dans un état de fait particulier que la corruption s'est étendue sur une période relativement longue (cf. en détail, à l'époque toutefois encore sous l'angle de l'unité des actes du point de vue de la prescription ATF 126 IV 142 ss)⁸.

En partant de l'unité des actes constitutifs de l'infraction, on peut supposer, pour les actes relatifs à la corruption (par exemple construction d'un réseau de relations et entretien de celui-ci pendant une longue période), qu'en cas de subsumption sous l'infraction de gestion déloyale/abus de confiance, le comportement constitutif d'infraction comprend, à tout le moins dans les faits, plusieurs actes séparés, de sorte que la prescription commence à courir dès le dernier paiement d'une commission ou dès la conservation de celle-ci, autrement dit dès sa non-remise à l'employeur ou au mandant, et qu'il comprend les actes séparés préalables.

Il y a donc lieu de constater que, contrairement au point de vue défendu par le représentant juridique de la FIFA (D 2/1/107), les actes examinés en l'espèce ne sont pas prescrits. Faute de jurisprudence spécifique du Tribunal fédéral, il sied de revenir sur ce constat en ce qui concerne la fixation du montant de la réparation.

6. S'agissant de la subsumption de l'état de fait avec les infractions de l'abus de confiance et de la gestion déloyale, il y a lieu, du point de vue juridique, de considérer ce qui suit.

L'abus de confiance au sens de l'art. 138 CP peut concourir avec l'infraction de rupture de confiance que constitue la gestion déloyale commise avec un dessein d'enrichissement de l'art. 158 ch. 1 al. 3 CP. Selon la doctrine dominante, l'abus de confiance prime⁹.

- 6.1 Commet abus de confiance celui qui utilise une chose qui se trouve en son pouvoir de par la volonté de l'ayant droit, de manière contraire à ses devoirs, dans son propre intérêt ou dans celui d'un tiers (ATF 111 IV 132).

Est confiée et constitue donc une valeur patrimoniale appartenant économiquement à un tiers une chose reçue par quelqu'un avec l'obligation de l'utiliser d'une manière déterminée dans l'intérêt d'autrui, en particulier de la conserver, de la gérer ou de la livrer (ATF 80 IV 55, ATF 120 IV 119) et de la tenir en permanence à disposition de celui qui l'a confiée (ATF 120 IV 121). Ce devoir de préservation de valeur peut reposer sur un accord exprès ou tacite (ATF 118 IV 239).

Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP en lien avec les valeurs patrimoniales dont il est question en l'espèce celui qui les emploie sans droit dans son propre intérêt ou dans celui d'un tiers. L'acte punissable selon l'al. 2 de l'art. 138 CP consiste en un comportement de l'auteur

⁷ Hans Dubs, Strafbarkeit der Privatbestechung in FS Niklaus Schmid, 384 s.

⁸ en détail Marco Balmelli, Die Bestechungstatbestände des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Berne, 1996, 243 ss

⁹ Trechsel/Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zurich 2008, n. 25 ad art. 138 StGB / cf. à ce sujet également la jurisprudence nuancée du Tribunal fédéral à 111 IV 22 s. cons.4

par lequel celui-ci exprime explicitement sa volonté de nuire au droit impératif de celui qui a confié (ATF 121 IV 25), ce par quoi il viole le devoir de préservation de valeur.

L'énoncé de fait légal objectif de l'abus de confiance requiert par définition la survenance d'un dommage patrimonial. Le dommage punissable, qui n'est pas mentionné comme élément constitutif dans la loi, est la valeur du bien employé abusivement (ATF 111 IV 23 cons. 5. p. 23).

Du point de vue subjectif, il doit y avoir un dol et en plus une intention d'enrichissement illégitime. L'enrichissement est donné dès lors qu'une augmentation des actifs ou une diminution des passifs a été réalisée. Le caractère illégitime doit être admis lorsque le transfert de biens n'est pas juridiquement équitable, autrement dit s'il existait aucun droit à la prestation¹⁰ et si l'auteur n'est pas disposé à remplacer les valeurs patrimoniales immédiatement à tout moment. L'intention d'enrichissement est en règle générale déjà donnée en cas d'appropriation de la valeur patrimoniale (ATF 114 IV 137). Un examen de la capacité à remplacer est en l'espèce superflu. On peut cependant mentionner que l'intention punissable fait défaut si l'auteur avait la volonté et la possibilité de respecter en temps utile son obligation de fidélité¹¹ (cf. également ATF 71 IV 125, 74 IV 31, 77 IV 12, 81 IV 234, 91 IV 132, 91 IV 134).

Au sujet de l'élément constitutif spécifique selon lequel la chose doit être confiée, il convient en outre de relever ce qui suit. La question de savoir si les actifs commerciaux doivent être considérés comme confiés par une société commerciale à ses organes n'est pas tranchée¹². Niggli/Riedo¹³ y répondent par la négative, car les organes ne sont pas des tiers par rapport à la société mais en font partie, ce qui entraînerait l'application de l'art. 158 CP. Les auteurs se fondent à cet égard en particulier sur l'arrêt 6S.249/2002 du Tribunal fédéral, lequel précise qu'un membre du conseil d'administration peut certes prendre des décisions au sujet des biens de la société mais uniquement dans le cadre de ses attributions en tant qu'organe de la société. Par sa nomination en tant qu'organe, le nommé ne reçoit pas des actifs de la société afin de les gérer dans l'intérêt de celle-ci. La société garde les valeurs patrimoniales concernées en sa possession et continue à les gérer elle-même, bien qu'elle le fasse à travers ses organes. Stratenwerth considère que les actifs de la société sont confiés à ses organes¹⁴. Les tribunaux cantonaux sont également de cet avis¹⁵. Il n'est en l'espèce pas nécessaire de trancher définitivement la question de savoir si la fortune d'une association est confiée à ses organes compte tenu des particularités déjà décrites à titre préliminaire, ainsi que de celles résultant de la clôture d'une procédure sur la base de l'art. 53 CP et d'un état de fait éventuellement lacunaire, ainsi que de l'appréciation juridique qui en résulte.

- 6.2 Se rend coupable de gestion déloyale quiconque, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en

¹⁰ BSK Strafrecht II, Niggli, n. 75 avant art. 137 StGB,

¹¹ Trechsel/Cramer, ibid., n. 19 ad art. 138

¹² BSK Strafrecht II, Niggli/Riedo, art. 138 StGB, N 34 b, N 195 / Andreas Donatsch, Strafrecht III, 17^e éd Zurich 2006, 127, 281 avec explications détaillées/ Andreas Donatsch, in ZStrR 2002, 23 ss avec de nombreuses références à la doctrine et à la jurisprudence

¹³ BSK Strafrecht II, Niggli/Riedo, art. 138 StGB, n. 34 b, n. 195

¹⁴ ZStrR 1979, 90 et 95

¹⁵ cf. ég. SJZ-88-187

violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés. Du point de vue objectif, l'auteur doit ainsi d'abord être soumis à une obligation légale ou contractuelle de veiller sur les intérêts pécuniaires d'autrui, et ce, en position de gérant.

En d'autres termes, les éléments constitutifs de la gestion déloyale sont, selon l'art. 158 CP que l'auteur ait une obligation de gestion d'affaires ou d'administration de fortune, qu'il viole cette obligation intentionnellement et qu'un dommage en résulte dans les intérêts pécuniaires du maître (ATF 120 IV 192).

Gestion au sens de l'énoncé de fait légal est le fait d'être tenu de veiller sur un complexe d'actifs non insignifiant, dans une fonction matériellement ou formellement indépendante, sous sa propre responsabilité, dans l'intérêt d'autrui (ATF 81 IV 278, ATF 97 IV 13, ATF 100 IV 36, ATF 105 IV 307, ATF 118 IV 246, ATF 120 IV 192).

L'infraction peut être commise par une action ou une omission violant le devoir de veiller sur les intérêts pécuniaires et portant atteinte aux intérêts pécuniaires confiés¹⁶. L'action ou l'omission doit violer les engagements contractuels pris (ATF 105 IV 313). La violation des devoirs peut résulter de la loi (ATF 97 IV 13).

En outre, un élément constitutif objectif nécessaire est celui de l'atteinte aux intérêts pécuniaires confiés provoquée par le comportement contraire aux devoirs. Le dommage patrimonial consiste en une diminution des actifs, une augmentation des passifs, une non-diminution des passifs ou une non-augmentation des actifs. Il est également admis lorsque les intérêts pécuniaires sont atteints dans une mesure telle que leur valeur économique s'en trouve diminuée.

L'élément constitutif subjectif est le caractère dolosif de l'acte, le dol devant ici inclure l'intention de porter atteinte. Le dol éventuel suffit (ATF 105 IV 191 f.).

- 6.3 En ce qui concerne la subsumption des états de fait concernant Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange il peut être retenu que celle-ci ne doit pas être de nature définitive, compte tenu notamment des explications ci-dessus. Comme évoqué, il n'est pas non plus nécessaire de trancher la question de savoir si les sommes qu'ils ont encaissées doivent être qualifiées de confiées au sens de l'art. 138 CP, car quoi qu'il en soit, comme il sera démontré, la non-remise à la FIFA viole les devoirs au sens de l'art. 158 CP, les effets juridiques seraient les mêmes en raison de la conception, de la peine maximale identique prévue pour les deux infractions et donc, le point de vue « correct », la subsumption « correcte » serait dans cette situation de nature purement académique. L'analyse juridique se limite par conséquent aux éléments constitutifs de la gestion déloyale.

Pour résumer, il est reproché tant à Ricardo Terra Texeira qu'à Joao Havelange de ne pas avoir divulgué ni remis à la FIFA des commissions qu'ils ont reçues pendant la durée de leurs activités pour la FIFA, que ce soit en tant que membre du Comité Exécutif, d'autres commissions ou en tant que Président,

¹⁶ *Martin Schubarth*, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Berne 1990, n. 21 ad art. 159 StGB,

d'avoir ce faisant lésé la FIFA tout en s'enrichissant.

Comme exposé plus haut, quatre conditions doivent être réunies pour que les éléments constitutifs soient réalisés : qualité de gérant de l'auteur, violation d'une obligation liée à cette qualité, dont résulte un dommage patrimonial et intention couvrant ces éléments.

- 6.3.1 S'agissant de la qualité de gérant, il convient de relever que Joao Havelange était inscrit au registre du commerce en tant que Président de la FIFA avec signature individuelle (D 4/1/2), qu'il avait en outre un droit de signature sur les comptes de l'association et donc qu'il pouvait disposer de manière indépendante des biens de la FIFA (D 17/44 ss), de sorte que sa qualité de gérant est donnée. Toutefois, ce droit de signature concernant des éléments essentiels des intérêts pécuniaires ne doit, selon les cas, être considéré que comme un indice d'indépendance (ATF 100 IV 108, ATF 95 IV 65 f.), d'autre part il n'est pas requis en tant que condition absolue pour admettre la qualité de gérant. L'indépendance peut également résulter de la grande liberté dans l'organisation de ses propres activités (ATF 102 IV 90, 93) mais aussi de l'organisation de l'entreprise, de sorte qu'il appert qu'il n'est pas déterminant que le gérant représente, ou soit autorisé à représenter, le maître vis-à-vis des tiers ou uniquement à l'interne (ATF 81 IV 276, 279). Il convient de tenir compte en premier lieu, mais non uniquement, de l'organisation juridique du maître, qui peut fournir des indices pour l'admission ou la négation de la qualité de gérant.

Dans la mesure où on ne peut obtenir de pistes concrètes de la réglementation légale « très chiche »¹⁷ du droit des associations pour l'examen de la présente question, il convient de renvoyer à la constatation doctrinale encore largement incontestée selon laquelle la gestion interne d'une association comprend non seulement l'administration de la fortune de l'association au sens étroit mais aussi le pouvoir de disposer sur ses avoirs au sens large. Celle-ci résulte par exemple de cas de figure tels que celui de l'organisation de manifestations de l'association¹⁸. Que des personnes des commissions de la FIFA, qui s'occupent de la Coupe du Monde, compétition la plus importante du point de vue économique et récurrente de manière cyclique, et qui sont responsables des aspects organisationnels jusqu'à la réalisation de l'événement, et bénéficient ainsi d'un poids considérable ainsi que l'importance qui est attribuée aux personnes qui sont chargées de cet événement au sens d'une gestion d'affaires interne, satisfassent aux conditions de la qualité de gérant, va de soi. Les personnes auxquelles ces tâches sont confiées disposent de manière globale des avoirs de l'association. Ricardo Terra Texeira était cependant non seulement membre du Comité Exécutif mais aussi des commissions suivantes, dotées de compétences étendues : Commission d'Organisation de la Coupe du Monde de la FIFA (membre), Commission d'Organisation de la Coupe du Monde des Clubs de la FIFA (Deputy Chairman), Commission de Futsal (Chairman) et Commission de Sécurité et de Fair-play (membre) (D 4/2/267 ss, cf. également les remarques au chiffre 3.2 de l'état de faits). La qualité de gérant des intérêts pécuniaires doit donc également être admise en ce qui concerne Ricardo Terra Texeira.

¹⁷ *Piera Bereta*, in *Aktuelle Fragen aus dem Vereinsrecht, Wirtschaftliche Vereine und Corporate Governance*, Zurich 2005, 3, qui relève par ailleurs à juste titre que la FIFA est une association ayant des revenus importants (4), un point qui sera examiné plus bas

¹⁸ *Wolfgang Portmann*, *Schweizerisches Privatrecht M/5, Das Schweizerische Vereinsrecht*, 3^e éd., Bâle 2005, 209, n. 481

6.3.2 Comme exposé ci-dessus, le dommage subi par le maître doit résulter d'un comportement contraire aux devoirs.

Les membres d'une association sont soumis à une obligation générale de fidélité. En d'autres termes, ils ont l'obligation de ne rien faire qui puisse nuire aux intérêts déterminés par le but social¹⁹. Ce devoir de fidélité résulte en tant que principe juridique non écrit des objectifs définis par le but social (ATF 74 II 165). La concrétisation du devoir ressort en particulier des statuts de l'association mais aussi des règles du droit des mandats. Que les membres de l'association soient les fédérations nationales de football (art. 10 des statuts / D 4/1/8) ne change rien au fait que le devoir de fidélité s'applique aussi aux membres des commissions, qui œuvrent à la réalisation du but social en tant qu'agents administratifs. Ce devoir doit être tout particulièrement respecté par les personnes travaillant pour la FIFA au sein des organes statutaires et s'applique tant au Président (Joao Havelange) qu'à un membre du Comité Exécutif (Ricardo Terra Texeira). Bien que le Président actuel exerce ses fonctions pour la FIFA dans le cadre d'une relation de travail (D 21/6/33 ss), il convient de supposer sur la base de l'état du dossier que ce n'est pas le cas des deux prévenus, d'autant plus qu'une telle relation a été contestée par la FIFA. Celle-ci considère que les deux prévenus lui sont liés en qualité d'organes (D 2/1/90, D 24/9/6, cf. à ce sujet également les observations du représentant en justice de Ricardo Terra Texeira : D 23/2/19 ss).

La doctrine dominante considère que la gestion par le président de l'association est soumise aux règles du mandat²⁰. Il y a lieu de se ranger de à cet avis. Par conséquent, on peut toutefois relever que le fait de retenir des valeurs patrimoniales revenant à l'association, dont celle-ci a besoin pour réaliser ses buts et auxquelles elle a droit est contraire à ses intérêts et que la violation des devoirs résulte déjà du rapport de fidélité sous-jacent du droit des associations.

Eu égard aux faits concrets reprochés, il y a lieu de renvoyer à l'art. 400 CO, en vertu duquel le mandataire a non seulement l'obligation de rendre compte de sa gestion mais aussi une obligation de restitution, laquelle dépend de la question de savoir si le mandataire a reçu la « chose » du chef de sa gestion, de sorte qu'il existe une connexité interne entre l'accès à la chose et le mandat. Cette condition est considérée remplie pour ce qui est des pots-de-vin, des réductions et des commissions reçus de tiers²¹. Le droit du travail ne conduirait pas à un résultat différent. Conformément à l'art. 321 b CO, l'employé est soumis à une obligation générale de reddition de comptes et de remise.

Le défenseur de la FIFA nie l'obligation de restitution de Ricardo Terra Texeira, invoquant notamment la possibilité pour le maître de renoncer à celle-ci, eu égard au fait que l'obligation de restitution énoncée à l'art. 400 al. 1 CO relève du droit dispositif (D 2/1/80, 83). Ce point de vue ne peut être partagé qu'en théorie mais pas dans le contexte pénal

¹⁹ Wolfgang Portmann, *ibid.*, 140, n. 306

²⁰ BK, *Riemer*, n. 22 s. ad Art. 69 ZGB

²¹ BK, *Fellmann*, 1992, n. 127 + 128 ad Art. 400 OR / cf. ég. ATF 4C.432/2005, *Martin Hess*, in *AJP/PJA* 11/99, 1432

concret et, même s'il était partagé, alors uniquement avec les réserves suivantes.

Conformément à la doctrine récente, le Tribunal fédéral a certes relevé que la validité d'une convention selon laquelle le mandant renonçait à la remise de certaines valeurs devait être admise. En l'absence d'accord contraire, l'obligation de restitution doit néanmoins être considérée applicable. Le mandat étant exécuté pour le compte d'un tiers, il en découle par ailleurs des restrictions qui ne peuvent être levées par un accord entre les parties. L'utilité pour le tiers en tant que telle n'est certes pas touchée si la remise des sommes reçues, telles les rétrocessions, constitue une obligation accessoire dans le contrat de gestion de fortune et s'il est prévu que le mandataire reçoive au final une rémunération supplémentaire pour ses activités. L'obligation de remettre choses reçues constitue cependant là aussi un élément central de l'utilité du mandat pour le tiers et elle est si étroitement liée à l'obligation de rendre des comptes du mandataire qu'elle semble résulter de celle-ci. Il s'ensuit que le mandant doit être informé de manière complète et fidèle à la vérité des rétrocessions auxquelles il peut s'attendre et que sa volonté de renoncer à leur remise doit clairement ressortir de la convention. Cette exigence se justifie en outre si l'on considère qu'une telle convention peut faire naître des conflits d'intérêts, sachant que des opérations fréquentes peuvent permettre de réaliser un revenu supplémentaire non négligeable (ATF 132 III 465 s. cons. 4.2).

Le Tribunal fédéral souligne en conséquence très clairement la nécessité d'une convention reflétant de manière univoque la volonté du mandant informé de renoncer à la remise des rétrocessions payées au mandataire dans le cadre du mandat (ATF 132 III 467 cons. 4.3). Entre la FIFA et les deux prévenus, il n'y avait aucune convention. Du moins, le dossier n'en fait aucune mention. À cela s'ajoute que les prévenus ne pourraient se prévaloir qu'on ne leur aurait jamais demandé de remettre les sommes en question, puisqu'ils ont déjà violé l'obligation de divulgation. Or, seule la divulgation aurait pu constituer la base d'une convention précise.

De même, l'argument invoqué par la FIFA de la pratique relative à la non-divulgation et à la rétention de pots-de-vin ne résiste pas à l'examen (D 2/1/84 s.). Le Tribunal fédéral a nié que la renonciation à la remise puisse être présumée parce que de telles conventions seraient considérées comme usuelles (ATF 132 IV 466 cons. 4.3). Les usages peuvent certes jouer un rôle dans l'appréciation de l'état de fait subjectif mais pas dans l'examen de la question de l'existence d'une obligation de divulgation ou de restitution.

Le mandataire de la FIFA conteste la violation des devoirs par les prévenus principalement en faisant référence aux aspects de droit civil (D 2/1/80). Il est certes exact que les obligations du gérant sont dans une large mesure fondées sur le droit privé. Toutefois, il est nécessaire pour l'appréciation pénale de préciser que ce qui paraît licite dans le cadre du droit privé, à savoir la circonstance d'une éventuelle ratification ultérieure de l'acte ou de l'omission, n'a pas de rôle déterminant en droit pénal. La raison à cela est qu'une ratification ultérieure ne peut en soi être qualifiée de consentement, parce que « ce dernier ne peut être donné valablement qu'avant le comportement constitutif d'infraction en question »²². Le comportement en tant que tel est donc contraire aux devoirs et

une éventuelle ratification ne peut produire des effets que sur le dommage, ce qui a pour conséquence qu'il y aurait lieu de qualifier les faits de tentative de gestion déloyale. Reste à souligner que la ratification n'entre en ligne de considération que si elle a été prononcée par l'organe compétent, sous la forme prévue par les statuts et de manière définitive. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

En ce qui concerne le « traitement des versements de pots-de-vin en droit civil » évoqué par le défenseur de la FIFA, il convient de préciser ce qui suit. L'acceptation de tels avantages appréciables en argent a été jugée contraire aux devoirs à plusieurs reprises²³. Enfin, aucun argument contraire ne peut être tiré de l'ATF 129 IV 128. Certes, le Tribunal fédéral relève que l'énoncé de fait légal de la gestion déloyale n'est réalisé que lorsque le destinataire a, par les paiements de pots-de-vin, été poussé à un comportement dirigé contre les intérêts pécuniaires du maître et ayant donc eu un effet dommageable. Cette argumentation manque à tenir compte, toutefois, que dans des cas comme celui-ci, dans lesquels il existe un droit aux valeurs patrimoniales, une rétention sans dommage n'est en soi pas possible, de sorte que, selon les règles de logique, elle nuit forcément aux intérêts pécuniaires du maître. De surcroît, à tout le moins à l'heure actuelle, en vertu des dispositions de la LCD, non seulement l'octroi mais aussi l'acceptation de tels paiements sont punissables. En conséquence, les faits exposés doivent être qualifiés, en l'état actuel du moins, de gestion déloyale²⁴.

En outre, Joao Havelange était l'ancien Président de la FIFA, doté à ce titre de compétences étendues et qui avait contribué à la préparation des contrats avec la Société 1. Il avait l'obligation de négocier les meilleurs prix possibles pour l'association. Ceux-ci comprenaient cependant les montants qu'il s'est fait verser, plaçant ainsi ses intérêts personnels au-dessus de ceux de l'association et violant par là même les intérêts pécuniaires de l'association (ATF 129 IV 128). Le raisonnement est le même pour Ricardo Terra Texeira, dont l'influence au sein de la FIFA était d'une grande portée, en raison de ses rapports étroits (gendre) avec Joao Havelange. Que des paiements aient éventuellement eu lieu après la conclusion des contrats ne joue aucun rôle selon la jurisprudence. Ce fait n'aurait une importance que si les paiements n'avaient eu aucune incidence sur la conclusion des contrats (ATF 129 IV 128), ce qui n'est pas le cas.

La question de savoir si la FIFA avait, comme évoqué ci-dessus, un droit sur les versements appelle une réponse affirmative. En effet, il y a lieu de distinguer le droit de la FIFA de la qualification de la transaction de base entre celui qui verse et celui qui accepte un pot-de-vin. Eu égard à cette règle mais aussi à l'argumentation de la FIFA et compte tenu également de sa propre responsabilité, il y a lieu de se pencher à présent sur la qualification des pots-de-vin.

²³

BSK Strafrecht II, *Niggli*, n. 104a ad Art. 158 StGB avec références

²⁴

BSK Strafrecht II, *Niggli*, n. 104a ad Art. 158 StGB

Bien que le Code pénal (contrairement à l'art. 4 let. b a LCD²⁵) ne punisse pas expressément la corruption de personnes privées, le Tribunal fédéral considère dans sa jurisprudence de telles « prestations » comme contraires aux mœurs²⁶. Aux termes de l'art. 20 al. 1 CO, un contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs. La doctrine qualifie elle aussi les contrats portant sur le paiement de pots-de-vin à des employés ou auxiliaires d'un cocontractant ou d'un tiers comme contraires aux mœurs²⁷. Est également qualifié de contraire aux mœurs ce qui est considéré comme déloyal au sens de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Selon l'art. 4 let. b a LCD, agit de façon déloyale celui qui cherche à se procurer, ou à procurer à autrui, des profits, en accordant ou en offrant à des travailleurs, des mandataires ou des auxiliaires d'un tiers des avantages illégitimes qui sont de nature à inciter ces personnes à manquer à leurs devoirs dans l'accomplissement de leur travail. L'ancien art. 4 let. b n'est cependant pas exhaustif. D'autres faits constitutifs de corruption peuvent être considérés comme relevant de la clause générale de l'art. 2 LCD²⁸.

Était avant la révision de la LCD et est encore déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Il va de soi que les millions versés ont dû entraîner une restriction de la concurrence, de sorte que les contrats sous-jacents à ces opérations doivent être qualifiés de contraires aux mœurs et donc nuls.

Un contrat nul ne déploie toutefois aucun effet juridique. La nullité prend effet *ex tunc*, donc dès le début. Elle est absolue et irrémédiable²⁹. Le juge doit en tenir compte d'office (ATF 123 IV 62). Malgré la nullité globale de l'acte juridique, une prétention en remboursement en vertu de l'enrichissement illégitime est exclue, car selon l'art. 66 CO, il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs. S'agissant du destinataire de telles prestations, la doctrine considère que le remboursement volontaire par celui-ci doit être qualifié d'exécution d'une obligation naturelle³⁰, qu'il s'agit ainsi d'une prestation dont l'exécution ne peut être obtenue en justice³¹.

²⁵ **Abrogée** par l'art. 2 ch. 1 de l'AF du 7 octobre 2005 portant approbation et mise en oeuvre de la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du protocole additionnel à ladite convention, avec effet au **1^{er} juillet 2006** / toutefois, le même arrêté a mis en vigueur l'**art. 4a al. 1 let. b LCD**, selon lequel il y a également lieu de qualifier de déloyal celui qui en tant qu'employé, en tant qu'associé, en tant que mandataire ou en tant qu'autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation. La révision a donc entraîné une **extension** de la qualification du caractère déloyal aux comportements passifs.

²⁶ ATF 119 11 385 : D'après la conception juridique suisse, les promesses de versement de pots-de-vin sont illicites, et donc nulles en vertu des articles 19 s. CO, en raison du vice affectant leur contenu.

²⁷ *Von Tuhr Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tome I, 3^e éd., Zurich 1979, 257

²⁸ *Mario M. Pedrazzini, Federico Pedrazzini*, Unlauterer Wettbewerb, 2^e éd., Berne, 175, cf. ég. *Carl Baudenbacher*, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2001, 703 s.

²⁹ BSK I, *Huguenin, Schulin*, Art. 1-529 OR, 4^e édition, Bâle 2008, n. 53 ad Art. 19/20, n. 7 ad Art. 66 OR

³⁰ BSK I, *Schulin*, n. 7 ad Art. 66 OR

³¹ *Theo Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6^e éd., Zurich 1972, 43

Le défenseur de la FIFA conteste dans ces circonstances toute obligation légale du destinataire de pots-de-vin de transmettre la prestation reçue en violation des mœurs à un tiers (D 2/1/81). Ce point de vue ne peut être partagé. Le critère décisif pour déterminer si Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange avaient une obligation de divulgation et donc une obligation de remise n'est pas celui de la qualification de prestation contraire aux mœurs mais la question de savoir si le mandataire avait reçu la « chose » en conséquence de sa gestion, de sorte qu'il existait une connexité interne entre l'accès et le mandat. Cette connexité doit être considérée comme établie, de sorte que la FIFA avait droit à ces montants, ce qui sera exposé ci-après.

L'argumentation selon laquelle une convention entre les prévenus et la FIFA serait elle aussi nulle car elle perpétuerait une opération contraire aux mœurs (D 2/1/81), ne peut être suivie. Les prestations critiquées à Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange sont devenues ce qu'il y a lieu de qualifier d'illicite par l'intention du prestataire et du destinataire. La manipulation de la concurrence, possible en raison de la puissance économique est en effet non seulement condamnable sur le plan moral (D 3/10/4, chiffre 22) mais aussi sanctionnée par le droit en vigueur (LCD). Le droit de la FIFA se base en revanche dans une large mesure sur le fait que les commissions constituaient essentiellement une partie de la contrepartie financière de ses propres accords conclus avec la Société 1, en conséquence de quoi ils auraient dû lui revenir en tant que partenaire contractuel. Il n'y a rien de moralement répréhensible à cela, de sorte que le droit doit être admis.

Le défenseur de la FIFA défend en outre le point de vue selon lequel les conditions de la remise des commissions ne seraient pas réunies parce qu'ISMM groupe n'aurait versé celles-ci aux fonctionnaires qu'afin de pouvoir conclure des contrats de marketing et de diffusion TV avec les personnalités influentes du secteur du football local (D 2/1/83). Il serait naïf de considérer que cette affirmation soit vraie, en particulier en ce qui concerne Joao Havelange. Il a signé les contrats de marketing et de diffusion décisifs du point de vue économique en 1997 et 1998. Le sort économique du groupe ISMM/ISL en dépendait toutefois dans une large mesure, ce qui met clairement en lumière ses intérêts. Les provisions versées durant des années ont permis d'acheter non seulement les services de Joao Havelange mais aussi ceux de Ricardo Terra Texeira. Celui-ci, en sa qualité de gendre de Joao Havelange, une relation dont le groupe ISMM/ISL souhaitait indubitablement tirer profit et de par le fait qu'il était président du membre le plus puissant de la FIFA (la fédération brésilienne de football), était un véhicule adéquat pour atteindre les objectifs en double pack ; d'une part la conclusion des contrats avec la FIFA et d'autre part ceux avec les sociétés de commercialisation des droits de licence transférés sous forme de contrats de sous-licence.

En mentionnant que les commissions versées n'auraient eu aucune incidence sur les redevances de licence négociées entre la FIFA et le groupe ISMM/ISL (D 2/1/83 s.), le représentant de la FIFA omet de prendre en considération que l'enjeu était non seulement le montant de la contrepartie mais surtout le principe même de la conclusion des contrats avec le groupe ISMM/ISL, parce qu'il y avait des concurrents potentiels sur le marché (D 21). Dans ce genre de situation, les incitations financières sont classiques. Les montants sont versés non

seulement avant la conclusion du contrat, pour obliger (bien que l'exécution de cette obligation ne puisse être obtenue en justice) le destinataire de la prestation mais aussi après, afin d'exercer une influence positive sur des conclusions de contrats positifs futurs. Cette constatation peut sans autre être intégrée à l'état de fait du cas d'espèce dans lequel les contrats portaient sur des manifestations sportives concrètes, récurrentes à des intervalles déterminés (Coupe du Monde de football), de sorte qu'il était nécessaire de négocier régulièrement de nouveaux contrats, en conséquence de quoi, compte tenu de la logique de tels paiements, les paiements étaient donc effectués avant et après durant une longue période (1993 à 2000).

La non-divulgaration et la rétention des pots-de-vin doivent ainsi être qualifiées de violation des devoirs au sens de la norme légale relative à la gestion déloyale. Cette constatation est basée sur une analyse nuancée de la jurisprudence et sur la prise en considération de la doctrine dominante³² (cf. à ce sujet également les explications de la commission de justice dans l'arrêt et l'arrêt du 16.04.2009 : JS 2008 82, 83, 87, 88, 92 et 93).

La violation des devoirs et le dommage en résultant de manière causale, de même que l'enrichissement, doivent être considérés comme donnés. L'enrichissement présupposant un avantage économique illicite, il y a lieu d'examiner si celui-ci se fondait sur un droit licite à la prestation. Il est contesté de savoir si le caractère illicite de l'enrichissement n'est donné que si l'enrichissement est contraire à l'ordre juridique ou au contraire si il suffit que l'auteur n'ait pas de droit à s'enrichir dont il pourrait obtenir l'exécution en justice³³. Il peut à ce propos être renvoyé aux explications ci-dessus, qui conduisent à admettre l'illicéité.

- 6.4 En ce qui concerne le reproche lié aux faits concernant la transaction du 27 février 2004, seul l'élément constitutif de la violation des devoirs requiert un examen plus approfondi.

Le défenseur de la FIFA nie toute gestion déloyale au préjudice de la FIFA parce que la direction de la FIFA n'aurait pas eu l'obligation d'exiger de Ricardo Terra Texeira que celui-ci lui reverse les CHF 2,5 mio. Ainsi, la FIFA n'aurait eu aucune raison d'exiger un tel transfert, en conséquence de quoi cette omission n'aurait pas non plus constitué une violation des devoirs. Non seulement les responsables n'auraient violé aucune obligation mais ils auraient également agi dans l'intérêt objectif de la FIFA et de ses membres. De même, cette dernière aurait agi dans son propre intérêt bien compris et dans celui de ses membres lorsqu'elle s'est efforcée activement d'obtenir la conclusion d'une transaction avec la masse en faillite (D 2/1/80). En outre, le défenseur de la FIFA a émis au cours de la procédure l'opinion selon laquelle un paiement aurait sans autre été conforme avec le but de la FIFA, qui consisterait à promouvoir le football et à défendre ce faisant les intérêts de ses membres. Tous les paiements couverts par le but de la société seraient en principe déjà licites en droit privé. Le principe *volenti non fit injuria* serait applicable, raison pour laquelle

³² BSK Strafrecht II, Niggli, n. 104a ad Art. 158 StGB
cf. ég. Peter Ch. Hsu, Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, in Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, supplément 45, Bâle 2006, 45 s.

³³ BSK Strafrecht II, Niggli, n. 75 avant Art. 137

il faudrait se trouver en présence de circonstances très particulières pour qu'un tel paiement dans le cadre d'une transaction puisse être considéré comme constitutif de gestion déloyale.

La question de la violation des devoirs dans le cadre d'une organisation à but non lucratif ou d'une association d'intérêt public dépend en particulier de la conformité au but de l'association de l'acquittement du montant de la transaction, de manière directe ou indirecte, et du renoncement à réclamer le remboursement des commissions à Ricardo Terra Texeira et Joao Havelange. Il s'ensuit que la FIFA ne pouvait disposer librement de valeurs patrimoniales dans la mesure où leur utilisation était contraire au but de l'association. Les démarches entreprises par la FIFA en vue de conclure une transaction, d'inciter Ricardo Terra Texeira à payer le montant de la transaction et, partant, à renoncer à la remise des pots-de-vin au moins pour le montant correspondant ne peuvent être considérées comme étant dans l'intérêt de certains de ses membres en particulier que s'il s'agissait d'une tentative d'éviter un dommage de réputation à l'association, sachant que le versement de pots-de-vin est effectivement très mal vu. En fin de compte, la principale préoccupation n'était cependant pas, comme cela a été affirmé, la promotion du football et, en lien avec celle-ci, la défense des intérêts des membres, mais bien des intérêts personnels, pécuniaires, d'une partie des organes de la FIFA.

Ces circonstances n'ont toutefois rien à voir ni avec la promotion du football, ni avec la défense des intérêts des membres, ni avec la promotion de relations amicales mentionnée par la FIFA dans la procédure, mais cependant mal comprise (D 2/1/91). Si l'obligation de remise des prévenus à l'égard de la FIFA est admise et si celle-ci a renoncé au paiement, il s'en est suivi, comme évoqué, une diminution de la fortune correspondante ou une non-augmentation des actifs de l'association, lesquels sont perdus pour la « promotion du football ». Cela ne peut non plus être couvert par le but de l'association, si l'on interprète ceux-ci conformément aux statuts et non du point de vue des bénéficiaires.

L'argument selon lequel la personne ayant qualité d'organe qui est poursuivie pourrait invoquer l'exception « *volenti non fit injuria* » pour se libérer de toute responsabilité contre une action en responsabilité intentée par la société³⁴, pour autant qu'elle ait agi avec l'accord de la société lésée, peut certes contribuer à la clarification d'une éventuelle responsabilité interne à l'association mais pas à celle de questions pénalement déterminantes au regard de l'énoncé de fait légal qui se posent dans le cadre de la gestion déloyale.

Le mandataire de la FIFA considère que celle-ci, en omettant de faire valoir ses droits, n'a pas non plus violé ses devoirs, parce que la réclamation de revenus provenant d'opérations douteuses, si elle en avait vraiment eu connaissance, aurait davantage nui à l'entreprise qu'elle ne lui aurait été utile (D 2/1/96). Comme exposé plus haut, on ne voit rien de répréhensible à la réclamation du remboursement de valeurs patrimoniales auxquelles elle avait droit. Si la FIFA relie des hésitations morales à l'exigence du remboursement et se voit confrontée à un conflit de conscience, rien ne l'empêche de renoncer à s'enrichir grâce aux montants transférés par les prévenus en les reversant à des institutions d'utilité publique. Que la Commission des Finances doive ou non le considérer comme judicieux du point de vue économique n'a pas à être tranché ni commenté à ce stade.

Le défenseur de la FIFA défend en outre le point de vue selon lequel l'exécution d'un droit à la remise des fonds par la FIFA n'aurait en réalité guère été possible. Il justifie cette affirmation notamment en arguant qu'une créance de la FIFA aurait été pratiquement impossible à faire valoir dans les pays d'Amérique du Sud ou d'Afrique, parce que les pots-de-vin y feraient partie des revenus usuels d'une grande partie des habitants (D 2/1/85 s.). Cette façon de voir ne change rien au fait que la prévenue était tenue, dans la mesure où cela pouvait raisonnablement être exigée d'elle, de défendre les intérêts de l'association, ce qu'elle n'a pas fait. On ne peut certes ignorer que, selon les cas, même si elles ne l'auraient pas empêché totalement, des circonstances de fait mais aussi de droit auraient rendu l'exercice de ses droits légitimes plus difficile, voire impossible, ce qui, sous l'angle économique, pourrait se rapprocher d'une renonciation à la créance et donc être qualifié de conforme aux devoirs. Toutefois, cette constatation doit être placée dans le contexte de l'état de fait du cas d'espèce. Il est ici question de l'ancien Président et d'un ancien membre du Comité Exécutif, qui fournissaient une bonne partie de leurs prestations à la FIFA en Suisse, où ils étaient aussi rémunérés (D 2/7/2). Il aurait donc été facile d'exercer le droit légitime sur place, en application du droit suisse, et non dans les « pays d'Amérique du Sud ou d'Afrique » cités par la FIFA.

Un autre argument avancé par le défenseur de la FIFA pour contester la violation des devoirs est que les versements de pots-de-vin n'auraient pas été punissables (D 2/1/96). Il n'y a pas lieu de revenir sur la question de la punissabilité. Néanmoins, il sied de mentionner une fois de plus que le devoir de les exiger ne résulte pas du fait qu'ils ne soient pas punissables selon la FIFA mais des tâches déterminées par le but de l'association, qui ne sont pas réalisables sans moyens financiers. Les valeurs patrimoniales faisant l'objet de la procédure auraient également constitué une contribution substantielle à la concrétisation des objectifs. Le devoir doit être admis non pas en raison de la relation qualifiée de contraire aux mœurs entre prestataire et bénéficiaire de la prestation mais en raison du but de l'association.

- 6.5 Le défenseur de la FIFA affirme que la FIFA, si elle avait exercé son droit à la remise des fonds, aurait elle-même été tenue, en vertu de l'art. 290 et aux conditions des art. 286 - 288 LP, de reverser les commissions aux masses en faillite, raison pour laquelle il conteste qu'elle ait subi un dommage (D 2/1/89). Le devoir prétendu est donc fondé sur les bases sur lesquelles peuvent se fonder une action en révocation de libéralités, en révocation pour cause de surendettement ou en révocation pour dol. On ne peut se ranger de cet avis, d'autant moins que les conditions légales d'une action contre la FIFA ne seraient pas réunies, en particulier parce que la légitimation passive de la FIFA en tant que tiers fait défaut. Comme démontré précédemment, les prestations aux destinataires (Havelange, Texeira entre autres) faisaient généralement partie de la rétribution fixée dans des contrats négociés par la FIFA. Cette constatation porte ainsi sur l'objet d'une éventuelle action paulienne, qui constitue un point crucial. Néanmoins, dans la perspective de la FIFA, il ne s'agit pas vis-à-vis des bénéficiaires de l'acquittement d'une obligation naturelle mais de l'exercice d'un droit subjectif exécutable. En tant que tiers, elle ne peut être poursuivie compte tenue de cet état de fait. Elle ne viole en outre pas ses obligations parce qu'elle perpétuait un état illicite, selon le point de vue du défenseur de la FIFA, mais parce qu'elle n'a pas préservé les intérêts de l'association, en renonçant à des prétentions légitimes appréciables en argent. Le dommage doit par conséquent être admis, à hauteur de la renonciation.

Dans la mesure où il est allégué que les droits de restitution envers Ricardo Terra Texeira seraient prescrits compte tenu du délai de prescription de dix ans pour la responsabilité des organes d'une association (D 2/1/86), il convient de relever que ceci est inexact au moment de la conclusion de la transaction, du moins en ce qui concerne les libéralités remontant jusqu'à l'année 1994. Il n'est pas nécessaire de répondre définitivement à cette question, d'autant moins que, compte tenu des aspects relatifs à la prescription et du principe de non-rétroactivité, seule la conclusion de la transaction en elle-même doit être examinée.

- 6.6 On ne saurait remettre en question la constatation que la FIFA avait connaissance des versements de pots-de-vins à ses organes. D'une part, parce que différents membres du Comité Exécutif avaient reçu des fonds et en outre parce qu'il a été confirmé par l'ancien chef des finances de la FIFA, en qualité de témoin, qu'un paiement de la Société 1 destiné à Joao Havelange à hauteur de CHF 1'000'000.00 avait par erreur été encaissé directement sur un compte de la FIFA, un fait dont, outre lui-même, P1, entre autres, aurait eu connaissance (D 3/41, chiffre 22, cf. ég. D 3/76 ss).
7. Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise, en vertu de l'art. 102 al. 1 CP. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.
- 7.1 Sont des entreprises conformément à l'art. 102 al. 4 CP les personnes morales de droit privé, dont les associations au sens de l'art. 60 CC font en principe partie. Eu égard à la définition économique de l'entreprise à l'art. 102 CP, l'exercice dans une mesure non marginale d'activités économiques, qui peuvent prendre la forme de prestations de services, est cependant nécessaire pour admettre la responsabilité de l'entreprise³⁵. Le fait que la FIFA, malgré sa structure fondamentale d'organisation à but non lucratif est une entreprise économique au sens de l'énoncé de fait légal ne peut être mis en doute et résulte déjà du budget 2003-2006 déposé avec le mémoire du 30.11.2009, selon lequel il avait été tablé sur des revenus totaux de CHF 2'041.8 mio., des charges totales de CHF 1'871.90 mio. et un résultat de CHF 169.9 mio. (D 2/1/110 ss).
- 7.2 S'agissant de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise³⁶, celle-ci se voit reprocher non pas l'acte punissable mais le manque d'organisation. L'impossibilité d'imputer l'infraction à son ou ses auteurs est la condition de la punissabilité de l'entreprise, ce qui n'est cependant pas le motif de la peine, lequel réside dans l'organisation défailante de l'entreprise, qui rend toute imputation impossible³⁷. Les éléments constitutifs objectifs et

³⁵ *Matthias Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, diss. 2006, 106

³⁶ *Hansjakob, Schmitt, Sollberger*, ibid. 104

³⁷ BSK Strafrecht I, *Niggli/Gfeller*, n. 207 ad Art. 102 StGB

subjectifs du fait punissable doivent être réunis³⁸. L'infraction doit être un crime ou un délit.

- 7.3 Il n'est pas nécessaire à ce stade de répondre définitivement à la question non tranchée de savoir si l'entreprise victime de gestion déloyale peut également être punie en tant qu'auteur de ce même délit, car le classement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP dépend essentiellement de la volonté des participants à la procédure et qu'en cas de réparation complète, c'est cet aspect et non une perspective juridique formelle qui doit prévaloir. On peut tout de même relever que ni la loi, ni les travaux préparatoires, ni la conception du droit pénal suisse de l'entreprise n'excluent une punition de l'entreprise lésée³⁹. L'entreprise se retrouve sur le banc des accusés en raison non pas de l'acte punissable mais du reproche de manque d'organisation, décrit dans les faits reprochés.
8. Comme évoqué, l'art. 53 CP règle l'exemption de peine en cas de réparation. Il y a donc lieu d'examiner si les conditions requises dans l'énoncé de fait légal pour le sursis à l'exécution de la peine prévu à l'art. 42 CP sont remplies (let. a) et si l'intérêt du public et du lésé à la poursuite pénale est minime (let. b).
- 8.1 S'agissant de la réparation du dommage / de l'effort raisonnable pour compenser le préjudice causé : en ce qui concerne le calcul du dommage, il y a lieu de se baser sur la fixation des dommages-intérêts en droit privé. En principe, celui qui répond doit réparer l'intégralité du dommage. Aux termes de l'art. 43 al. 1 CO le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute⁴⁰. Il s'ensuit qu'il existe une marge de manœuvre non négligeable concernant la réparation du dommage dans les limites du pouvoir d'appréciation du juge. Cette constatation résulte cependant aussi de la loi elle-même, qui n'exige pas dans tous les cas une réparation totale du dommage mais permet aussi de classer la procédure lorsque l'auteur a compensé le préjudice causé en déployant des efforts raisonnables. La faute ne peut en outre être mesurée selon des critères mathématiques. S'agissant du caractère raisonnable, il y a indubitablement lieu de tenir compte de la situation patrimoniale et des revenus lorsque le dommage, composante matérielle, est chiffrable, ce qui est régulièrement le cas dans le contexte des infractions contre le patrimoine. Dans ce cadre, il y a lieu de prendre en considération des paramètres tels que l'âge du prévenu ainsi que les éventuels éléments impondérables empêchant ou restreignant l'obtention d'un revenu. Tant en ce qui concerne la FIFA que Ricardo Terra Texeira et également Joao Havelange, il y a lieu de faire abstraction des fruits d'actes délictueux qui ne peuvent faire objet d'une condamnation pour des motifs de prescription et/ou qui ne peuvent être attribués de manière concluante à l'un ou à l'autre des prévenus. Comme évoqué, la situation relative à E4. n'est pas absolument claire, ni pour ce qui est de la qualité d'ayants droit économiques des prévenus ni en ce qui concerne leurs parts respectives. Par ailleurs, pour les deux prévenus, le Ministère public a renoncé, compte tenu du fait qu'ils sont tous deux domiciliés

³⁸ Alain Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genève 2004, n. 711

³⁹ BSK Strafrecht I, Niggli/Gfeller, n. 85 s. ad Art. 102 StGB

⁴⁰ BSK Strafrecht I, Riklin, n. 7. ad Art. 53 StGB

au [...], à procéder à des actes d'enquête sur place au stade actuel de la procédure, de sorte que, dans la mesure nécessaire, il doit se contenter des informations fournies par les parties.

- 8.1.1 Ricardo Terra Texeira : Compte tenu des explications relatives à la prescription ainsi que du fait que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore exprimé en détail sur la question des actes formant une unité au regard de l'énoncé de fait légal pour un état de fait donné, il convient de se baser sur la période des faits située dans le délai de prescription de 15 ans. Il s'agit ainsi des versements d'un montant total de CHF 4'305'000.00 à l'Etablissement 2 à partir du 31.05.1995. Malgré les éléments impondérables concernant E4, on peut admettre avec une certitude suffisante que les actes punissables ont porté sur un total de CHF 5'000'000.00. Eu égard au fait que Texeira a déjà versé CHF 2'500'000.00 aux masses en faillite, sans toutefois une cause juridique exécutable, la fixation d'un montant de CHF 2'500'000.00 pour la réparation du dommage peut être considérée comme admissible.
- 8.1.2 Joao Havelange : Le versement à partir du 03.03.1997 d'un montant de CHF 1'500'000.00 peut lui être attribué de manière concluante, bien qu'il ne soit pas établi avec une certitude absolue que le virement de CHF 1'000'000.00 décrit par des témoins puisse être compté dans ce montant. Eu égard à ce fait mais aussi aux restrictions relatives aux versements à E4 ainsi qu'à l'âge avancé du prévenu, 94 ans, et à ses capacités de gain réduites aux revenus de sa fortune et à ses éventuelles rentes, le montant de CHF 500'000.00 fixé par le Ministère public est adéquat.
- 8.1.3 FIFA: Les omissions antérieures à octobre 2003 ne doivent pas être prises en considération, en vertu du principe de non-rétroactivité. La fixation du montant à qualifier de réparation du dommage à CHF 2'500'000.00 correspond au montant versé par Ricardo Terra Texeira aux masses en faillite. La capacité économique de la FIFA ne peut être remise en question, compte tenu des faits exposés ci-dessus.

Reste enfin à relever que ces montants se sont retrouvés dans les documents pour la liquidation de la procédure du fait des parties, en connaissance de toutes les circonstances et après mûre réflexion.

- 8.2 S'agissant des conditions du sursis à la peine : l'exécution de la peine pécuniaire, du travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans est en règle générale suspendue lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 42 al. 1 CP). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (art. 42 al. 2 CP). L'octroi du sursis peut également être refusé lorsque l'auteur a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'attendre de lui (art. 42 al. 3 CP). Le juge peut prononcer, en plus du sursis, une peine pécuniaire sans sursis ou une amende selon l'art. 106 CP (art. 42 al. 4 CP). Le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un

travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (art. 43 al. 1 CP).

Le prononcé d'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner les prévenus de la commission d'autres crimes ou délits. La présente procédure, avec la charge psychologique qu'elle implique, et la remise de valeurs matérielles non négligeables devraient dissuader les intéressés de contourner à l'avenir les buts d'une association qui a inscrit son action de tissage de liens entre les peuples sur son étendard. Cette constatation, si elle est valable pour Ricardo Terra Texeira, est d'autant plus pertinente pour Joao Havelange. L'une des raisons à cela est son statut de retraité depuis de nombreuses années et son âge avancé, qui excluent toute activité délictuelle avec une vraisemblance confinante à la certitude. Les prévenus ne sont en outre pas inscrits au casier judiciaire, de sorte que les conditions d'un sursis à la peine sont données. Le constat implicite qu'une peine privative de liberté, si elle était prononcée, ne dépasserait pas 2 ans, est fait en sachant qu'il s'agit d'un cas limite. Le montant de l'infraction, composante de faute objective, est considérable et entraînerait en principe une peine privative de liberté ne permet plus le sursis. Cependant, il y a lieu de prendre en considération en l'espèce que tant les éléments constitutifs objectifs que subjectifs ne sont pas entièrement établis et que des questions telles que celle d'une éventuelle erreur de droit ne peuvent être examinées à ce stade de la procédure, de sorte que les conditions d'un sursis à la peine peuvent tout juste encore être considérées comme réunies.

Bien qu'il ne soit pas possible de surseoir à l'exécution des amendes (art. 105 al. 1 CP), l'art. 53 let. a CP doit être interprété en ce sens qu'une réparation est également possible lorsque la condition du pronostic défavorable au sens de l'art. 42 CP fait défaut, autrement dit en l'absence de pronostic d'exécution légale⁴¹. On peut en outre supposer que la FIFA remédiera aux défauts d'organisation existants, pour éviter justement un éventuel préjudice d'image.

- 8.3 S'agissant de l'intérêt minime du public et du lésé à la poursuite pénale : le Tribunal fédéral a analysé en détail dans son arrêt 6B_346/208 cons. 3.4 ss la doctrine, sa propre jurisprudence ainsi que les dispositions légales et décisions judiciaires allemandes, dans une perspective de droit comparé, raison pour laquelle les explications suivantes se fondent sur les observations du Tribunal suprême.

L'exigence du faible intérêt public à la poursuite pénale énoncée à l'art. 53 CP concerne la diminution du besoin de punir suite à la réparation du préjudice⁴². L'exemption de peine par suite de réparation n'est admissible que si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies. En se basant ainsi sur l'art. 42 CP, on aboutit à la conclusion que, pour les peines privatives de liberté supérieures à deux ans, l'intérêt public à la poursuite pénale ne peut plus

⁴¹ Sur la problématique des amendes, cf. BSK Strafrecht I, *Riklin*, n. 15 ad Art. 53 StGB et *Niggli/Gfeller*, n. 331 ad Art. 102 StGB

⁴² *Günter Stratenwerth*, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, 2^e édition, Berne 2006, § 7 n. 12)

être qualifié de faible⁴³. À l'intérieur de ce cadre de deux ans, l'intérêt à la poursuite pénale est faible lorsque et dans la mesure où l'auteur a entrepris des démarches de réparation. Les exigences relatives aux efforts de réparation de l'auteur augmentent avec la mesure de la peine à laquelle il faut s'attendre. D'autre part, l'intérêt à la poursuite pénale baisse dans la mesure où la réparation a entraîné la réconciliation des parties concernées et la restauration de la paix publique. Cependant, même si la gravité des faits se maintient dans les limites de l'art. 53 let. a CP et si la réparation est totale, cela n'entraîne pas automatiquement la disparition de l'intérêt public à la poursuite pénale. Il reste à déterminer si le prononcé d'une peine avec sursis semble encore nécessaire sous des aspects de prévention spéciale ou générale⁴⁴. Du point de vue de la prévention générale positive, la confiance que le public a dans la justice peut être renforcée lorsqu'il constate que l'auteur reconnaît lui aussi la violation de la norme et s'efforce de restaurer la paix juridique⁴⁵. Les considérations de prévention spéciale doivent déjà être impérativement prises en compte dans la décision relative au sursis à l'exécution de la peine sur la base de l'art. 42 CP. Parce que l'octroi du sursis constitue une condition de la réparation, elles ne jouent qu'un rôle secondaire dans l'examen de l'intérêt public selon l'art. 53 CP⁴⁶ (ATF 6B_152/2007 du 13 mai 2008, cons. 5.2.3). Tandis que les buts de la peine doivent être pris en considération de manière générale, il y a lieu, dans l'appréciation de l'intérêt public à la poursuite pénale d'un cas particulier, de distinguer également les biens juridiques protégés. L'art. 53 CP se réfère explicitement à la réparation du préjudice causé. La nature de ce préjudice se détermine au regard des différentes normes du droit pénal général et accessoire. En cas d'actes punissables contre des intérêts privés, lorsque le lésé accepte la prestation de réparation, l'intérêt public à la prestation de réparation disparaîtra fréquemment. En cas d'infractions contre l'intérêt public, il y a lieu d'examiner si la fourniture de la réparation suffit ou si, compte tenu des aspects de compensation de la faute et de prévention, des réactions pénales supplémentaires sont requises. L'intérêt public à la poursuite pénale diminue à mesure que le temps s'écoule depuis l'acte. Il existe également des intérêts publics à l'égalité de traitement entre les auteurs. Ainsi, il ne serait pas acceptable que les auteurs jouissant d'une situation financière confortables soient privilégiés par la disposition sur la réparation.

- 8.3.1 Il appert de ce qui précède que la doctrine, sur la question examinée en l'espèce, mélange des aspects d'autres éléments constitutifs avec celui du faible intérêt du public,

⁴³ *Andreas Brunner*, Geldstrafe, Busse und Freiheitsstrafe im strafrechtlichen Alltag sowie Wiedergutmachung, in: B. Tag/M. Hauri (édit.), *Das revidierte StGB, Allgemeiner Teil, Erste Erfahrungen*, Zurich 2008, 63 ss)

⁴⁴ *Felix Bommer*, Bemerkungen zur Wiedergutmachung, *forumpoenale* 3/2008, 171 ss ; *Rainer Angst/Hans Maurer*, Das «Interesse der Öffentlichkeit» gemäss Art. 53 lit. b StGB - Versuch einer Konkretisierung, 1^{ère} partie in : *forumpoenale* 5/2008, 301 ss, 2^e partie in : *forumpoenale* 6/2008; *Christian Schwarzenegger/Markus Hug/Daniel Jositsch*, *Strafrecht II*, 8^e éd., Zurich 2007, 64 ; *Andre Kanyar*, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im schweizerischen Strafrecht, Bâle 2008, 217 ; pour une présentation nuancée de l'intérêt à la poursuite pénale : *M. Dubois/B. Geller/G. Monnier/L. Mo-reillon/C. Piquet*, *Petit Commentaire, Code Pénal I*, Bâle 2008, art. 53 CP n. 13, *Andreas J. Keller*, Art. 53 Wiedergutmachung, in : *Hansjakob/Schmitt/Sollberger*, *ibid.*, 50

⁴⁵ *Silvan Fahrni*, Wiedergutmachung als Voraussetzung einer diversioneilen Verfahrenserledigung, in : B. Schindler/R. Schlauri [édit.], *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zurich 2001, 205

⁴⁶ BSK Strafrecht I, *Riklin*, n. 4 et 16 ad Art. 53 StGB

ce qui n'est pas un raisonnement correct. Ainsi par exemple, les réflexions de prévention spéciale dans le contexte légal concret doivent être prises en compte que le sursis à la peine soit possible ou non.

- 8.3.2 Un aspect central, s'agissant de pondérer correctement les facteurs entraînant une négation de l'intérêt à poursuivre ou la possibilité de qualifier de faible l'intérêt public, est la question du bien juridique protégé. Tant en ce qui concerne l'abus de confiance que la gestion déloyale, les omissions et commissions constitutives doivent être qualifiées, selon la systématique légale, d'atteintes générales au patrimoine. La doctrine actuelle situe le bien juridique protégé par les infractions contre le patrimoine dans le patrimoine⁴⁷ ; il peut toutefois être renoncé ici à une analyse juridico-théorique du terme de patrimoine. Dans ce contexte, la réponse à la question de savoir si l'art. 102 CP peut être qualifié d'infraction pénale et quel bien juridique est protégé, n'a aucune importance le cas échéant. Ce qui est déterminant à ce sujet est la mise en relation des composantes socio-éthiques avec le destinataire du reproche d'un manque d'organisation dans le cadre d'une figure juridique structurée selon des critères économiques comme une entreprise. Car dans la définition de tout bien juridique, l'aspect socio-éthique représente une caractéristique pour la qualification et appelle enfin une pondération du préjudice. En l'espèce, il s'agit d'une part d'infractions contre des intérêts juridiques individuels et non publics et, d'autre part, le destinataire du reproche d'organisation défailante doit être relié à des intérêts individuels et non publics. La réparation du préjudice causé à un individu par les actes punissables est donc accomplie par la prestation matérielle. Il résulte de ce point de vue qu'une fois la compensation matérielle effectuée, l'intérêt public à la poursuite est à tout le moins réduit.
- 8.3.3 Il convient en outre de prendre en considération que l'écoulement du temps depuis la violation du droit a un effet sur l'intérêt public à la poursuite pénale. Ce constat est indirectement étayé par le fait qu'une éventuelle violation de l'obligation de célérité doit se répercuter sur la mesure de la peine. Lorsqu'il y a eu une réparation, qu'il s'agit d'infractions contre le patrimoine et que les violations du droit datent de nombreuses années, la nécessité d'une réaction pénale se retrouve évidemment à l'arrière-plan. Les paiements de commissions remontent pour certains à une période qui n'est plus couverte par le délai de prescription de 15 ans et l'acte punissable à examiner en lien avec le manque d'organisation se prescrirait l'année prochaine en application de l'infraction de base. Un point qui n'est toutefois pas soumis à l'examen de l'autorité de poursuite pénale mais qui relève de la responsabilité des parties à la procédure. Ces facteurs montrent que l'absence de proximité temporelle avec les faits constitue une raison de plus de renoncer à une répression pénale massive.
- 8.3.4 Reste le constat selon lequel les infractions contre le patrimoine concernent des actes relevant de la corruption privée. La perception de ce type d'actes comme non répréhensibles a certes disparu aujourd'hui, ce qui n'est que l'aboutissement d'une évolution sociopolitique considérable, entamée au début des années nonante, ce qui correspond à la période des faits. Cette évolution sociopolitique ainsi que le changement de mentalité et la transformation du sentiment d'injustice qu'elle a entraînés,

⁴⁷

BSK Strafrecht I, *Niggli*, n. 13 avant Art. 137 StGB

reflétée à l'identique dans la loi (LCD), associée au fait que les faits remontent jusqu'aux années nonante, relativise, compte tenu de la présente réparation du préjudice, l'intérêt public à la poursuite pénale. C'est également dans ce contexte qu'il convient de placer le fait qu'aucun des prévenus n'a expressément reconnu avoir violé la loi, cette constatation étant cependant relativisée par la réparation du dommage chiffrée en millions, dans la mesure où on peut y percevoir un aveu tacite de comportements pertinents du point de vue pénal.

- 8.3.5 Comme exposé précédemment, la réparation peut également contribuer à restaurer la paix publique. De cet aspect émane une composante qui dépasse ce dont il est généralement discuté, par des approches de philosophie du droit, concernant les piliers légaux d'une société qui fonctionne. Dans la mesure où un règlement de la procédure sur la base de l'art. 53 CP est matériellement favorable à la société, ce fait peut contribuer de manière substantielle à la restauration de la paix publique. Il convient de l'admettre en l'espèce. La situation procédurale dans laquelle la FIFA est d'une part lésée et se voit d'autre part confrontée au reproche de manque d'organisation, ce qui en fait simultanément une prévenue, engendre un nœud gordien, bien que le législateur l'ait voulu ainsi. Si celui-ci a pu être résolu, c'est en partie parce que la FIFA a accepté d'affecter les fonds à des projets d'utilité publique et de remettre l'exécution de cet engagement aux mains du Ministère public.

Eu égard aux facteurs présentés, l'intérêt public à la poursuite pénale au sens de l'art. 53 CP soit être qualifié de faible et il y a lieu de considérer que les conditions d'un classement de la procédure sur la base de cette disposition légale sont remplies. Compte tenu de la constellation procédurale, tout développement relatif à l'intérêt du lésé est superflu.

9. Conformément à l'art. 34 al. 2 StPO-ZG, en cas de classement de la procédure d'instruction, l'allocation des frais se détermine sur la base des art. 56 ss StPO-ZG. La question de l'allocation des frais au cas où elle a lieu sur la base de l'art. 53 CP s'analyse de la même façon qu'en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure⁴⁸.
- 9.1 En application de l'art. 56bis al. 2 en relation avec l'art. 34 al. 2 StPO-ZG, en cas de classement, les frais peuvent être entièrement ou partiellement mis à charge du prévenu qui, par un comportement répréhensible ou par légèreté, a occasionné la procédure ou compliqué celle-ci.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est incompatible avec l'art. 6 ch. 2 CEDH et l'art. 32 Cst. (art. 4 aCst.) de reprocher directement ou indirectement au prévenu, dans la motivation d'un jugement par lequel celui-ci se voit allouer des frais en lien avec l'acquiescement ou le classement de la procédure, qu'il aurait commis des actes punissables ou qu'il est pénalement fautif. En revanche, il est conforme à la Constitution et à la Convention de mettre des frais à la charge d'un prévenu non condamné lorsqu'il a, de manière répréhensible en droit privé, c.-à-d. en application par analogie avec les principes découlant de l'art. 41 CO,

⁴⁸

BSK Strafrecht I, *Riklin*, n. 35 avant Art. 52 ss StGB, n. 31 ad Art. 53 StGB

clairement violé une norme de comportement écrite ou non écrite, qui peut se trouver dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse et interdit les dommages directs ou indirects ou prescrit un comportement visant à minimiser un dommage, de sorte qu'il a occasionné ou compliqué la procédure pénale ou son exécution (ATF 116 la 175). Le droit privé non écrit interdit de faire naître un état de fait propre à causer un dommage à un tiers sans prendre les mesures nécessaires pour éviter la survenance de ce dommage. Quiconque viole cette règle sera tenu, en application de l'art. 41 CO, de réparer le dommage en résultant. Les frais directs et indirects d'une procédure pénale, y compris l'indemnité devant éventuellement être versée à l'accusé acquitté, constituent un dommage pour la collectivité publique. Le droit pénal interdit implicitement, sans nécessairement en donner l'apparence, qu'une infraction n'ait été ou puisse être commise, parce qu'un tel comportement est propre à provoquer une intervention des autorités de poursuite pénale et l'ouverture d'une procédure pénale et donc ainsi d'infliger un dommage à la collectivité, à hauteur du coût d'une instruction pénale ouverte inutilement. Il y a dans ce cas un comportement fautif lorsque le prévenu, compte tenu des circonstances et de sa situation personnelle, aurait dû être au clair sur le fait que son comportement recèle le risque de provoquer l'ouverture d'une procédure pénale (ATF 135 III 43 = Pra 2009 Nr. 69). Néanmoins, un comportement contraire au droit ne suffit pas à lui seul pour mettre les frais à la charge du prévenu. Il est en outre nécessaire que ce comportement contraire au droit constitue la cause adéquate de l'ouverture ou de la complication de la procédure pénale (ATF 116 la 170) (cf. ég. JS 2008 3).

- 9.2 Les conditions d'une allocation des frais au prévenu doivent être considérées comme remplies, compte tenu de ce qui précède. Une analyse détaillée des éléments de fait y relatifs est toutefois superflue, parce que la FIFA prend en charge les frais de procédure jusqu'à concurrence du montant de CHF 100'000.00 et que les parties sont d'accord quant à leur répartition entre elles.

En application de l'art. 34 al. 2 en relation avec l'art. 56^{bis} al. 2 StPO-ZG,

le Ministère Public ordonne :

1. L'instruction pénale ouverte contre la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) pour gestion déloyale est classée sur la base de l'art. 53 CP.
2. L'instruction pénale ouverte contre Ricardo Terra Texeira pour abus de confiance et, éventuellement, gestion déloyale est classée sur la base de l'art. 53 CP.
3. L'instruction pénale ouverte contre Havelange Jean-Marie Faustin Godefroid pour abus de confiance et, éventuellement, gestion déloyale est classée sur la base de l'art. 53 CP.

4. Les fais de la procédure s'élèvent à

CHF	87'000.00	Émolument de décision
CHF	4'474.70	Débours
CHF	496.00	Frais de chancellerie
CHF	91'970.70	Total

et sont mis à la charge de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA).

5. Les frais de traduction à hauteur de CHF 5'061.20 sont pris en charge par la caisse de l'État.

6. Aucune indemnité n'est allouée.

7. Les parties à la procédure peuvent intenter un recours écrit contre la présente décision dans les 10 jours auprès de la Commission de justice de la Cour suprême du canton de Zoug. Le recours doit contenir les conclusions motivées du recourant et être déposé en double, avec la décision attaquée en annexe (art. 34 al. 5 et 80 ss StPO-ZG).

8. Notifier à :

- Me Dr. Dieter Gessler, avocat, Anwaltskanzlei Nobel & Hug, Dufourstrasse 29, Case postale 1372, 8032 Zürich, pour lui-même et pour la Fédération Internationale de Football Association (FIFA)
- Me Hans-Rudolf Wild, Dammstrasse 19, 6300 Zoug, pour lui-même et pour Ricardo Terra Texeira
- Me Dr. Marco Niedermann, Utoquai 37, 8008 Zurich, pour lui-même et pour Jean-Marie Faustin Godefroid Havelange
- l'Office fédéral des migrations (dès acquisition de la force de chose jugée), le dispositif
- la caisse du Tribunal du canton de Zoug (dès acquisition de la force de chose jugée)

Ministère public du canton de Zoug

II^e Cour

Thomas Hildbrand

[signature]

Procureur extraordinaire

Approuvé le [initiales]

27.05.2010