

04.072

**Message
concernant l'approbation et la mise en œuvre
de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la
corruption et du Protocole additionnel à ladite convention
(Modification du code pénal et de la loi fédérale contre
la concurrence déloyale)**

du 10 novembre 2004

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous transmettre avec le présent message, un projet d'arrêté fédéral portant sur l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du protocole additionnel y relatif et sur la révision du code pénal et de la loi contre la concurrence déloyale, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

10 novembre 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Les efforts internationaux en vue d'améliorer la prévention et la lutte contre la corruption ont permis ces dernières années l'aboutissement de plusieurs accords multilatéraux. Après la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, à laquelle la Suisse a adhéré en 2000, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption constitue une deuxième étape et une avancée importante. Elle vise à harmoniser les dispositions pénales pertinentes en vigueur dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et à renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre cette infraction.

Le «noyau dur» de la convention est constitué par les dispositions qui énumèrent les comportements que les législateurs nationaux doivent ériger en infractions pénales. Parmi ceux-ci figurent, en particulier, la corruption active et passive d'agents publics, de membres d'autorités et de parlementaires, nationaux et étrangers, de même que celle de fonctionnaires internationaux ainsi que de membres de cours internationales de justice. La convention oblige, en outre, les Etats parties à réprimer la corruption active et passive dans le secteur privé ainsi que les infractions qui y sont liées, en particulier le blanchiment du produit des délits de la corruption. En vertu de la convention, les Etats parties ont également l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues responsables en cas de corruption active d'agents publics ainsi que de corruption dans le secteur privé. Ils doivent, par ailleurs, se prêter l'entraide judiciaire la plus large possible dans le cadre de la poursuite des infractions relevant du champ d'application de la convention. Une autre préoccupation centrale du Conseil de l'Europe dans ce contexte est que la convention soit intégralement mise en œuvre dans l'ensemble des Etats parties. Pour atteindre cet objectif, la Convention prévoit notamment des évaluations réalisées dans les Etats parties par des experts d'autres Etats parties, évaluations qui sont ensuite discutées au sein d'une commission spéciale baptisée GRECO.

Les objectifs que poursuivent la convention et le protocole additionnel concordent avec la politique pénale suivie par la Suisse. Le droit pénal applicable à la corruption ayant été révisé en l'an 2000 pour permettre l'adhésion à la Convention de l'OCDE, la législation suisse en vigueur satisfait à nombre d'exigences posées par la convention du Conseil de l'Europe et, sur certains points, va même plus loin qu'elle. Il convient pourtant de tirer parti de l'adhésion à ce nouvel instrument international pour combler quelques lacunes que présente encore notre droit pénal réprimant la corruption. Cette remarque vaut, au premier chef, pour la loi fédérale contre la concurrence déloyale, qui ne sanctionne la corruption dans le secteur privé que de manière fragmentaire. Il convient de compléter cette loi de telle sorte que la corruption passive dans le secteur privé, soit également punissable à l'avenir. Par ailleurs, il y a lieu de structurer les éléments constitutifs de l'infraction de corruption dans le secteur privé sur le modèle de la disposition qui définit la corruption d'agents publics. En revanche, il importe, à l'avenir également, que la corruption dans le secteur privé ne soit poursuivie que sur plainte, car la découverte de ces

infractions exige, en règle générale, la collaboration des personnes concernées. En outre, le projet de modification du code pénal innove en prévoyant de ne plus sanctionner seulement la corruption active de fonctionnaires étrangers et internationaux, mais encore la corruption passive de ces agents. Enfin, il convient de compléter par la corruption active dans le secteur privé la liste des infractions pour lesquelles la responsabilité primaire de l'entreprise est engagée (art. 100^{quater}, al. 2, CP). Le protocole additionnel complète la convention en étendant son champ d'application à la corruption de jurés et d'arbitres, appelés à trancher des litiges. La ratification du protocole additionnel n'exigera pas de mesures supplémentaires au plan national étant donné que les domaines marginaux sont déjà couverts par le code pénal.

Table des matières

Condensé	6550
1 Partie générale	6555
1.1 Introduction	6555
1.2 Les travaux du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre la corruption	6556
1.3 Lignes de force de la Convention pénale sur la corruption et du protocole additionnel y relatif	6557
1.4 Appréciation des deux instruments internationaux	6559
1.5 Résultats de la procédure de consultation	6559
2 Les dispositions de la convention et du protocole additionnel et leur transposition dans le droit national	6561
2.1 Terminologie (art. 1 de la convention)	6561
2.2 Mesures à prendre sur le plan interne (art. 2 à 23 de la convention)	6562
2.2.1 Corruption d'agents publics (art. 2 à 6 et 9 à 11 de la convention)	6562
2.2.1.1 Corruption active d'agents publics nationaux (art. 2 de la convention)	6562
2.2.1.2 Corruption passive d'agents publics nationaux (art. 3 de la convention)	6564
2.2.1.3 Corruption de membres d'assemblées publiques nationales (art. 4 de la convention)	6565
2.2.1.4 Corruption d'agents publics étrangers (art. 5 de la convention)	6565
2.2.1.5 Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères (art. 6 de la convention)	6568
2.2.1.6 Corruption d'agents publics internationaux (art. 9 à 11 de la convention)	6568
2.2.2 La nouvelle norme relative à la corruption passive d'agents publics étrangers (art. 322 ^{septies} , al. 2, P-CP)	6569
2.2.3 Corruption privée (art. 7 et 8 de la convention)	6570
2.2.3.1 Introduction	6570
2.2.3.2 Exigences des art. 7 et 8 de la convention	6572
2.2.4 Nouvelle disposition pénale concernant la corruption privée active et passive (art. 4a et 23 P-LCD)	6573
2.2.4.1 Systématique	6573
2.2.4.2 Maintien de l'exigence de la plainte	6574
2.2.4.3 Autres éléments du nouvel art. 4a P-LCD	6575
2.2.5 Le trafic d'influence (art. 12 de la convention)	6578
2.2.5.1 Exigences	6578
2.2.5.2 Comparaison avec le droit suisse	6578
2.2.5.3 Nécessité de légiférer ?	6580
2.2.6 Blanchiment d'argent (art. 13 de la convention)	6581
2.2.6.1 Exigences	6581
2.2.6.2 Comparaison avec le droit suisse	6582

2.2.7 Infractions comptables (art. 14 de la convention)	6582
2.2.7.1 Exigences	6582
2.2.7.2 Comparaison avec le droit suisse	6583
2.2.8 Actes de participation (art. 15 de la convention)	6583
2.2.9 L'immunité (art. 16 de la convention)	6583
2.2.10 Compétence (art. 17 de la convention)	6584
2.2.10.1 Exigences	6584
2.2.10.2 Comparaison avec le droit suisse	6585
2.2.10.3 Conclusion	6586
2.2.11 Responsabilité des personnes morales (art. 18 de la convention)	6586
2.2.11.1 Exigences	6586
2.2.11.2 Comparaison avec le droit suisse	6587
2.2.11.3 Nécessité de compléter l'art. 100 ^{quater} , al. 2, CP	6588
2.2.12 Sanctions et mesures (art. 19 de la convention)	6589
2.2.13 Autorités spécialisées (art. 20 de la convention)	6589
2.2.14 Coopération entre autorités nationales (art. 21 de la convention)	6590
2.2.14.1 Contenu et exigences	6590
2.2.14.2 Situation en droit suisse	6590
2.2.15 Protection des collaborateurs de justice et témoins (art. 22 de la convention)	6591
2.2.15.1 Exigences	6591
2.2.15.2 Situation en droit suisse	6591
2.2.16 Mesures visant à faciliter la collecte de preuves et la confiscation des produits (art. 23 de la convention)	6592
2.2.16.1 Exigences	6592
2.2.16.2 Situation en droit suisse	6592
2.3 Coopération internationale (art. 25 à 31 de la convention)	6593
2.3.1 Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale (art. 25 de la convention)	6593
2.3.2 Entraide (art. 26 de la convention)	6594
2.3.2.1 Exigences	6594
2.3.2.2 Compatibilité avec le droit suisse	6595
2.3.3 Extradition (art. 27 de la convention)	6596
2.3.4 Informations spontanées (art. 28 de la convention)	6597
2.3.5 Autorité centrale (art. 29 de la convention)	6598
2.3.6 Correspondance directe (art. 30 de la convention)	6598
2.3.7 Information (art. 31 de la convention)	6598
2.4 Suivi de la mise en œuvre de la convention (art. 24 de la convention)	6599
2.5 Dispositions finales (art. 32 à 42 de la convention)	6600
2.6 Protocole additionnel	6601
2.6.1 Terminologie (art. 1 du protocole additionnel)	6601
2.6.2 Mesures à prendre sur le plan national (art. 2 à 6 du protocole additionnel)	6602
2.6.3 Autres dispositions du protocole additionnel	6603

3 Conséquences	6604
3.1 Conséquences pour les finances et le personnel de la Confédération	6604
3.2 Conséquences économiques	6604
3.3 Conséquences pour les cantons	6604
4 Programme de la législature	6605
5 Aspects juridiques	6605
5.1 Constitutionnalité	6605
5.2 Rapports avec le droit européen	6605

Annexes:

Arrêté fédéral concernant la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et le Protocole additionnel à ladite convention (Projet)	6607
Convention pénale sur la corruption	6611
Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption	6627

Message

1 Partie générale

1.1 Introduction

Depuis quelques années, la corruption est l'un des thèmes majeurs de la politique en matière de criminalité. Les efforts engagés pour prévenir et réprimer la corruption ont débouché sur une série de conventions internationales: outre les conventions du Conseil de l'Europe¹, de l'Union européenne² et de l'Organisation des Etats américains³, il faut mentionner, en particulier, la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁴, que la Suisse a ratifiée le 31 mai 2000⁵. Finalement, la Convention de l'ONU contre la corruption constitue aussi un instrument global de lutte contre la corruption. Elle a été ouverte pour signatures en décembre 2003 et a été signée depuis par plus de 100 Etats. La Suisse l'a signée le 10 décembre 2003, à l'occasion de la Conférence de signature.

En Suisse, ces dernières années, le Conseil fédéral et le Parlement ont arrêté diverses mesures visant à améliorer la prévention et la répression de la corruption. Le nouveau droit pénal de la corruption, entré en vigueur le 1^{er} mai 2000, est sans conteste la pièce maîtresse de ce dispositif⁶, que complète la loi fédérale sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes, entrée en vigueur au début de 2001⁷. Il convient également de mentionner l'analyse détaillée des risques de corruption et des mesures de sécurité au sein de l'administration fédérale, réalisée en 1998, le code de conduite des agents de la Confédération ainsi que le rapport du Conseil fédéral du 16 juin 2003 sur la prévention de la corruption⁸. Pour ce qui est de la procédure pénale, le rôle de la Confédération dans la poursuite du crime organisé et de la criminalité économique a été renforcé, au début de 2002, par le projet visant à améliorer l'efficacité des poursuites pénales⁹: En vertu de l'art. 340^{bis} CP, la juridiction fédérale s'étend désormais également aux infractions de corruption.

Grâce à la révision, mentionnée ci-dessus, du droit pénal de la corruption, les normes pénales applicables à la corruption d'agents publics ont été entièrement revues et permettent de faire face au défi de la corruption systémique et transfrontière.

¹ Cf. ch. 1.2 ci-après.

² Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne. Cf. aussi la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, ainsi que les deux protocoles additionnels des 27 septembre 1996 et 19 juin 1997.

³ Convention interaméricaine contre la corruption, du 29 mars 1996.

⁴ RS **0.311.21**.

⁵ Cf. le message du Conseil fédéral du 19 avril 1999 concernant la révision des dispositions pénales applicables à la corruption et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FF **1999** 5045 ss.

⁶ Art. 322^{ter} ss CP; cf. RO **2000** 1121 ss et FF **1999** 5496 ss.

⁷ RO **2000**, 2147 s.

⁸ FF **2003** 4648 ss.

⁹ RO **2001**, 3071 ss et FF 1998 1253 ss.

Cependant, le Conseil fédéral avait déjà indiqué, dans son message¹⁰, que d'autres modifications seraient nécessaires, en particulier dans le domaine de la lutte contre la corruption dans le secteur privé, pour satisfaire aux exigences de la convention pénale du Conseil de l'Europe. Une procédure par étapes était nécessaire, notamment pour éviter que la ratification de la convention de l'OCDE, prioritaire, ne souffre d'un retard trop important.

1.2 Les travaux du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre la corruption

Dans le cadre des initiatives internationales de lutte contre la corruption, le Conseil de l'Europe a engagé des efforts substantiels. C'est la 19^e Conférence des ministres européens de la justice, en 1994, qui a marqué le point de départ de ses activités dans ce domaine. Un groupe de travail institué spécialement à cet effet par le Comité des ministres, le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC), auquel la Suisse a participé activement, a établi un programme d'action contre la corruption¹¹ et s'est ensuite attelé à sa mise en œuvre. Les travaux du GMC, qui se sont achevés en octobre 2001, ont produit plusieurs instruments internationaux.

Les principaux résultats de ces travaux sont la Convention pénale sur la corruption, soumise à ratification, et la Convention civile du 4 novembre 1999 sur la corruption¹². Ce dernier instrument constitue la première tentative d'établir, sur la base d'un traité multilatéral, des normes minimales de droit civil concernant l'indemnisation des victimes de la corruption. En 1997 déjà, le Comité des ministres a adopté ses 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption¹³. Il s'agit de principes généraux, juridiquement non contraignants, qui sont destinés, pour les uns, aux législateurs des différents Etats membres et, pour les autres, à leurs autorités de justice. En 1999, dans le cadre d'un accord partiel élargi du Conseil de l'Europe¹⁴, un mécanisme de surveillance a été institué pour veiller à la mise en œuvre et à l'application des conventions et des autres instruments existants dans le domaine de la lutte contre la corruption. L'activité du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) ainsi créé a pour objet d'évaluer les mesures de lutte contre la corruption adoptées dans les Etats membres et, en particulier, de veiller à l'application des conventions européennes de lutte contre la corruption. A cet effet, le GRECO engage des procédures d'évaluation mutuelle de pays, à l'exemple de ce que fait le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). Le GRECO est ouvert à tous les membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'aux huit Etats ayant participé, en tant qu'observateurs, à l'élaboration de son statut. L'appartenance au GRECO est fondée soit par la simple adhésion à son statut, soit par la ratification des conventions pénale ou civile sur la corruption, qui confère automatiquement la qualité de membre du GRECO. Le commentaire de l'art. 24 de la convention pénale permettra de revenir sur les détails¹⁵. Par ailleurs, en mai 2000, le Comité des ministres a adopté une recommandation contenant un code modèle de conduite pour les

¹⁰ FF 1999 5045 ss, p. 5060 s. et 5070 s.

¹¹ Programme d'action contre la corruption, Strasbourg 1996.

¹² Convention N° 174 du Conseil de l'Europe; 17 Etats l'ont déjà signée et 21 l'ont ratifiée. Elle est entrée en vigueur le 1. 11. 2003.

¹³ Résolution (97)24 du 6. 11.1997.

¹⁴ Résolutions (98)7, des 4/5. 5. 1998, et (99)5, du 1. 5. 1999.

¹⁵ Cf. ch. 2.4 ci-après.

agents publics¹⁶. Enfin, le GMC a élaboré une recommandation fixant des règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, ainsi que le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption. Ce dernier vise à étendre le champ d'application de la convention à la corruption d'arbitres et de jurés.

1.3 Lignes de force de la Convention pénale sur la corruption et du protocole additionnel y relatif

La *convention pénale* a été élaborée entre février 1996 et septembre 1998 par le GMC et son groupe de travail sur le droit pénal (GMPC). Quatorze sessions, au total, ont été nécessaires à la mise au point du texte. En novembre 1998, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a approuvé cet instrument, qui a ensuite été ouvert à la signature, le 27 janvier 1999. La convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. A ce jour (état: novembre 2004), 30 Etats l'ont ratifiée et 16 autres l'ont signée. La Suisse a signé la convention le 26 février 2001.

Sur le plan du contenu, la convention pénale du Conseil de l'Europe va beaucoup plus loin que d'autres instruments internationaux de lutte contre la corruption, et notamment que la convention de l'OCDE à laquelle la Suisse est déjà partie: alors que ce dernier instrument ne traite que de la corruption active d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, la convention pénale du Conseil de l'Europe contient des exigences minimales auxquels doit satisfaire la répression pénale des différentes formes de corruption tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

Les principales exigences et dispositions de la convention sont les suivantes:

- Dans le chapitre consacré aux mesures à prendre au niveau national, les art. 2 à 14, qui constituent le cœur de la convention, énumèrent les comportements que les législateurs nationaux doivent ériger en infractions pénales: la corruption active et passive d'agents publics nationaux (art. 2 à 4), d'agents publics étrangers (art. 5 et 6), de fonctionnaires internationaux, de juges et d'agents de cours internationales (art. 9 à 11), la corruption active et passive dans le secteur privé (art. 7 et 8), le trafic d'influence (art. 12), qui constitue une sorte d'étape intermédiaire de la corruption au niveau national ou transnational, le blanchiment du produit de la corruption (art. 13) et les manipulations comptables destinées à commettre ou à dissimuler des actes de corruption (art. 14). L'art. 18 oblige les Etats parties à la convention à prendre les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues responsables d'infractions de corruption.
- Le chapitre sur la coopération internationale commence par instituer comme principe que les Parties coopèrent dans la plus large mesure possible sur la base des accords multilatéraux et bilatéraux existants, ainsi que selon leurs droits nationaux respectifs (art. 25). Les dispositions particulières des art. 26 à 31 prévoient cependant des normes minimales de coopération qui, dans leurs effets, ne vont pas au-delà du droit suisse en vigueur en matière d'entraide judiciaire. C'est notamment le cas de l'art. 26, par. 3, qui pose

¹⁶ Recommandation (2000)10, du 11. 5. 2000.

que le secret bancaire ne saurait être invoqué pour refuser d'accorder l'entraide judiciaire.

- Dans les dispositions finales, l'art. 32 prévoit que 14 ratifications sont nécessaires à l'entrée en vigueur de la convention. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, ce même art. prévoit que l'adhésion à la convention entraîne automatiquement l'adhésion au GRECO, pour les Etats qui – comme la Suisse – n'en font pas encore partie. Dans l'intérêt d'une application aussi uniforme que possible des obligations de la convention par les Etats parties, la possibilité de formuler des réserves à la convention a été assortie d'une double restriction: d'une part, seules certaines dispositions précises de la convention (art. 4 à 12, 17 et 26) peuvent faire l'objet de déclarations ou de réserves (art. 36 et 37) et, d'autre part, un Etat ne peut formuler plus de cinq réserves différentes concernant la convention (art. 37, par. 4).

Le *protocole additionnel* qui complète la convention sur des points connexes, a été ouvert à la signature le 15 mai 2003 et a déjà été ratifié par sept Etats (Albanie, Bulgarie, Norvège, Roumanie, Royaume-Uni, Sloveenie et Suède) et signé par 20 autres Etats. La Suisse l'a signé le 3 juin 2004.

Sur le fond, le protocole additionnel étend le champ d'application de la convention à la corruption d'arbitres et de jurés. Débutant par la définition d'un certain nombre de termes (art. 1), le protocole statue ensuite (chap. II, art. 2 à 6) les mesures à prendre au niveau national, à savoir ériger en infraction pénale, d'une part, la corruption active et passive d'arbitres nationaux et étrangers, définis comme des personnes qui, en raison d'un accord d'arbitrage, sont appelées à rendre une décision juridiquement contraignante sur un litige qui leur est soumis, et, d'autre part, la corruption active et passive de jurés nationaux et étrangers, c'est à dire de personnes agissant en tant que membres non professionnels d'un organe collégial chargé de se prononcer dans le cadre d'un procès pénal sur la culpabilité d'un accusé. Tous les autres éléments constitutifs des infractions visées par les art. 2 à 6 sont conformes aux normes sur la corruption qui figurent dans la convention.

Parmi les autres dispositions du protocole additionnel, il convient de mentionner l'art. 8 (applicabilité par analogie des dispositions de la convention, s'agissant, par exemple, de l'entraide judiciaire), l'art. 9 (possibilité pour les Parties qui ont fait une déclaration ou une réserve concernant la convention d'étendre ou d'appliquer celle-ci aux dispositions parallèles du protocole additionnel), enfin l'art. 10 (il prévoit que le protocole entrera en vigueur après que cinq Etats l'aient ratifié).

Le fait que – à la différence de ce qui vaut en Suisse – les normes pénales nationales réprimant la corruption traitent les arbitres et les jurés quelque peu différemment des juges ou les ignorent totalement, explique que le protocole additionnel ait été élaboré séparément de la convention¹⁷.

¹⁷ Cf. également le rapport explicatif concernant le protocole additionnel N 35, www.coe.int (affaires juridiques, bureau des traités)

1.4

Appréciation des deux instruments internationaux

Dans le cadre des efforts internationaux déployés pour combattre efficacement la corruption, la convention pénale du Conseil de l'Europe constitue une avancée importante. Ses objectifs principaux, renforcer et harmoniser les normes pénales de lutte contre la corruption dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et, partant, faciliter la coopération internationale dans ce domaine, sont en phase avec la politique suisse en matière pénale. Le grand nombre d'Etats membres et signataires souligne l'importance de cette convention. La participation active de notre pays à l'élaboration de ce texte est aussi un élément qui, selon le Conseil fédéral, plaide en faveur d'une adhésion de la Suisse. Le droit suisse en vigueur correspond d'ailleurs déjà en grande partie aux exigences de la convention; à certains égards, il va même plus loin que cette dernière. Mais l'adhésion à cette convention offre également l'occasion de combler certaines lacunes de notre droit national, notamment en introduisant la corruption passive d'agents publics étrangers et de fonctionnaires internationaux dans le code pénal, ainsi qu'en renforçant les dispositions contenues dans la loi contre la concurrence déloyale qui sont relatives à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

L'adhésion au protocole additionnel n'induit aucune obligation supplémentaire pour la Suisse puisque les normes pénales sanctionnant la corruption (art. 322^{er} ss CP) visent aussi explicitement les arbitres qu'il s'agisse de corruption active ou passive et dans la mesure où la notion d'«autorité judiciaire» s'étend indubitablement aux jurés et aux juges non professionnels. Aussi, la nécessité de ratifier le protocole additionnel en même temps que la convention s'impose-t-elle comme une évidence.

1.5

Résultats de la procédure de consultation

Par décision du 20 août 2003, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport et de l'avant-projet d'adhésion à la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption ainsi qu'au Protocole additionnel y relatif et de la modification du code pénal (CP) et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) et a chargé le DFJP d'ouvrir la procédure de consultation. Le même jour, le DFJP a distribué le projet aux cantons, aux partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, aux associations et organisations intéressées de même qu'aux tribunaux fédéraux, en leur demandant de se prononcer d'ici fin novembre 2003.

Ont pris part à la procédure 45 parties (24 cantons, tous les partis politiques du Conseil fédéral, huit organisations économiques et neuf autres organisations intéressées)¹⁸. La grande majorité a accueilli favorablement l'adhésion de la Suisse à la convention et à son protocole additionnel. Seuls deux partis politiques et quelques associations ont exprimé une opinion divergente¹⁹. Les modifications législatives proposées ont également rencontré l'approbation de la majorité des consultés. Une

¹⁸ Pour les détails, lire la synthèse des résultats de la procédure de consultation, Office fédéral de la justice, mars 2004.

¹⁹ Le PDC et l'UDC de même que le Centre Patronal, la Fédération des Entreprises romandes, la Chambre Vaudoise des Arts et Métiers. Etaient aussi critiques l'Union suisse des Arts et Métiers et la FMH.

minorité a trouvé que le projet n'allait pas assez loin²⁰. Au premier plan, on trouve d'une part le souhait de voir la corruption privée traitée par le code pénal plutôt que par la LCD, qu'elle soit considérée comme un crime tant pour les sanctions que pour les conditions de sa poursuite et, d'autre part, l'exigence d'incriminer le trafic d'influence au sens de l'art. 12 de la convention. Seuls de rares partisans de l'adhésion se prononcent en faveur d'une mise en œuvre plus restrictive de la convention, et regrettent notamment l'introduction d'une responsabilité primaire des entreprises pour infraction à corruption active dans le secteur privé²¹.

S'agissant en particulier des propositions législatives du projet, il en ressort les éléments suivants: les nouvelles incriminations proposées de la corruption passive des agents publics étrangers (art. 322^{septies}, al. 2, AP-CP) et la corruption privée passive (art. 4a, al. 1, let. b, AP-LCD) ont rencontré quasi aucune opposition. Cette constatation vaut aussi pour l'accueil réservé à l'introduction de la corruption privée active (art. 4a, al. 1, let. a, AP-LCD) dans le catalogue des infractions permettant une responsabilité des entreprises au sens de l'art. 100^{quater}, al. 2, CP.

Concernant la formulation concrète de la nouvelle disposition sur la corruption privée, les opinions sont en partie divergentes: constitue un premier point de controverse la question de savoir si la corruption privée – telle que définie par le droit actuel et l'avant-projet – doit ou non être poursuivie d'office. Alors qu'une minorité évidente plaide pour que ce délit se poursuive d'office, la majorité souhaite qu'il conserve son statut de délit se poursuivant sur plainte exclusivement. Pour certains, il s'agit même d'une condition préalable à leur acceptation du projet dans son ensemble. De même, si une majorité s'est prononcée en faveur du maintien de la corruption privée dans le cadre de la LCD, une minorité exige que cette matière soit traitée dans le code pénal. Ainsi, un durcissement pénal (métamorphose de la corruption privée en crime, de manière à pouvoir être considérée comme une infraction préalable au blanchiment d'argent) ou une extension de la prévention (notamment aux simples octrois d'avantages) n'a été souhaité que de manière isolée.

Le refus de l'avant-projet d'incriminer le trafic d'influence dans une nouvelle infraction, avec pour conséquence la formulation d'une réserve de la Suisse à la convention, a aussi constitué un point de débat. Si quelques consultés ont critiqué cette position, la majorité d'entre eux ont apporté leur soutien à l'avant-projet, faisant même parfois de cette réserve une condition nécessaire à leur approbation générale du projet.

Finalement, diverses indications, propositions ou réserves sur certains points de détails sont aussi ressorties de la consultation.

Par décision du 28 avril 2004, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la consultation et a défini la suite de la procédure. Encouragé par la consultation publique à maintenir sa position initiale, à savoir à adhérer à la convention et au protocole additionnel et à lutter encore plus efficacement contre la corruption au moyen d'une amélioration du dispositif pénal, il a chargé le DFJP d'élaborer le message et le projet sur la base des résultats de la procédure de consultation. Il a décidé en particulier de continuer à traiter la corruption privée au sein de la LCD, de ne pas en faire une infraction qui se poursuit d'office et, enfin, de ne pas instaurer la

²⁰ Cinq cantons, le PS et quelques autres consultés individuels.

²¹ Swiss banking et la Société suisse des entrepreneurs.

punissabilité du trafic d'influence. En vue de la ratification, le Conseil fédéral a aussi accepté la signature du protocole additionnel, qui est intervenue le 3 juin 2004.

2 Les dispositions de la convention et du protocole additionnel et leur transposition dans le droit national

2.1 Terminologie (art. 1 de la convention)

Selon le *par. a* de l'art. 1, l'expression «agent public», utilisée dans les art. 2, 3 et 5 de la convention, est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire», «officier public», «maire», «ministre» ou «juge» dans le droit national de l'Etat dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal.

Malgré le renvoi aux droits nationaux, la convention vise, par cette définition, à éviter dans toute la mesure du possible les lacunes dans la criminalisation de la corruption des agents publics. Il s'agit, en particulier, d'englober dans cette catégorie non seulement les fonctionnaires, mais aussi les membres d'un exécutif et les personnes ayant des fonctions judiciaires.

La définition détaillée du terme de «fonctionnaire» donnée dans le droit pénal suisse, à l'art. 110, ch. 4, du code pénal (CP), ainsi que dans les dispositions en vigueur relatives à la corruption (art. 322^{ter} ss) répond parfaitement aux exigences de la convention. Les normes pénales sur la corruption mentionnent en effet – outre les fonctionnaires – les membres d'une autorité judiciaire ou autre comme pouvant être les auteurs ou les objets d'un acte de corruption. Cette formulation englobe toutes les personnes détenant un mandat exécutif ou législatif²². Sur ce point, la définition que le droit pénal suisse donne au terme d'agent public va explicitement plus loin que la définition qu'en donne la convention.

Le *par. b* de l'art. 1 précise que le terme de «juge» employé au *par. a* comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires. Cette précision ne pose pas de problème en droit suisse, où la distinction n'est pas véritablement faite entre la corruption d'un juge ou d'un agent public. Si, par exemple, un procureur général, qui agit selon les instructions qu'il reçoit, n'est pas considéré comme étant membre d'une «autorité judiciaire», il n'en sera pas moins soumis aux mêmes dispositions pénales sur la corruption, en qualité de fonctionnaire.

Le *par. c* donne à l'Etat qui poursuit la possibilité d'utiliser sa propre définition pénale du terme d'agent public, lorsque la poursuite concerne un fonctionnaire d'un autre Etat. En d'autres termes, en cas de corruption d'un agent public étranger selon l'art. 5 de la convention, un Etat partie ne doit engager de poursuite que si la personne poursuivie occupe un poste ou exerce une fonction qui, dans l'Etat qui poursuit, seraient couverts par la définition pénale du terme d'agent public.

Enfin, le *par. d* de l'art. 1 définit le terme de «personne morale» utilisé à l'art. 18 de la convention (responsabilité des personnes morales). Le terme de «personne morale» s'entend ainsi de toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable. Sur ce point également, la convention renonce à proposer sa propre

²² FF 1999 5045, p. 5045 ss, 5073.

définition, se contentant de renvoyer aux droits nationaux. Elle précise toutefois que les Etats, les autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et les organisations internationales publiques n'entrent pas dans cette définition. Mais sur ce point aussi, le droit national d'un Etat partie peut aller plus loin que la convention²³.

2.2 Mesures à prendre sur le plan interne (art. 2 à 23 de la convention)

2.2.1 Corruption d'agents publics (art. 2 à 6 et 9 à 11 de la convention)

L'obligation d'ériger en infraction pénale les différentes formes de corruption d'agents publics ou de fonctionnaires constitue le cœur de la convention. Les *art. 2 et 3*, qui traitent de la corruption active et passive d'*agents publics nationaux* contiennent les différents éléments des comportements qui doivent être sanctionnés par une peine, tandis que les autres dispositions traitant de la corruption d'agents publics au sens large (art. 4 à 6 et 9 à 11 de la convention) étendent l'application de ces définitions à d'autres objets de corruption ou à d'autres catégories d'auteurs d'actes de corruption. *L'art. 4* est ainsi consacré à la corruption active et passive de *membres d'assemblées publiques nationales*, c'est-à-dire en particulier de parlementaires. Les *art. 5 et 6* imposent l'incrimination de la corruption active et passive respectivement d'*agents publics étrangers* et de *membres d'assemblées publiques étrangères*. Les *art. 9 à 11*, enfin, concernent la corruption active et passive d'*agents publics d'organisations internationales*, en établissant une distinction entre les fonctionnaires internationaux (art. 9), les membres d'assemblées parlementaires internationales (art. 10) et les juges et agents de cours internationales (art. 11).

Cette technique de réglementation découle de l'ordre juridique de certains pays dans lesquels une distinction est parfois établie selon que les actes de corruption concernent un fonctionnaire, un juge ou un parlementaire²⁴. Le droit pénal suisse actuel, en revanche, ne prévoit pas des infractions différentes en fonction des catégories d'agents publics et réunit, par ailleurs, dans une seule norme pénale (art. 322^{septies} CP), la corruption (active) des personnes agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale. Cependant, comme nous allons le montrer ci-après, la différence d'approche normative ne pose pas de problème particulier.

2.2.1.1 Corruption active d'agents publics nationaux (art. 2 de la convention)

Selon la norme de base de l'art. 2 de la convention, chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour menacer d'une sanction pénale, conformément à son droit interne, toute personne ayant intentionnellement corrompu un de ses agents publics. L'infraction elle-même consiste, selon la définition qu'en donne la convention, à proposer, offrir ou donner directement ou indirectement tout avantage indu à l'agent public en question, pour lui-même ou pour quelqu'un

²³ Cf. rapport explicatif à la convention N 31.

²⁴ Cf. par ex. Code pénal allemand, § 331 ss.

d'autre, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions.

Comme nous l'avons déjà mentionné²⁵, la définition très complète que le droit pénal suisse donne de la notion d'agent public répond parfaitement aux exigences de la convention; en particulier, le terme recouvre non seulement les fonctionnaires proprement dits, mais aussi les membres d'un exécutif ou les personnes exerçant des fonctions judiciaires, ce qui correspond à l'intention de la convention.

Concernant les différents éléments de l'acte, il convient tout d'abord de constater que l'art. 2 de la convention et les infractions correspondantes du droit pénal suisse²⁶ mentionnent l'idée de proposer, d'offrir et de donner. Même si le code pénal ne le dit pas explicitement, la culpabilité de l'auteur est la même, qu'il ait transmis l'avantage indu lui-même ou par l'intermédiaire d'une tierce personne²⁷.

Dans le droit pénal suisse de la corruption, la notion d'avantage comprend toutes les libéralités accordées à titre gracieux, de nature matérielle ou immatérielle, dans la mesure où elles sont objectivement mesurables²⁸ et recouvre ainsi tous les avantages au sens de la convention. On constate, d'ailleurs, que tant la convention que le code pénal suisse utilisent la même expression d'«avantage indu», qui doit être interprétée de la même manière. La convention prévoit donc également que ne sont pas punissables les avantages que la loi ou des dispositions administratives autorisent à accepter, ainsi que les avantages de faible importance ou considérés comme socialement acceptables²⁹. Enfin, la définition de la corruption que donnent la convention, tout comme les normes pénales suisses, mentionne explicitement l'octroi d'un avantage à un tiers. Le fait que l'avantage revienne ou soit censé revenir à un tiers ou à l'agent public lui-même ne joue en effet aucun rôle, dans la mesure où un lien suffisant existe entre cet avantage et l'acte administratif.

Selon la convention, la prestation visée en échange de l'avantage octroyé consiste, pour l'agent public, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions. Pour l'infraction de corruption active selon l'art. 322^{ter} CP (et selon l'art. 322^{septies} CP), l'avantage octroyé vise à obtenir de l'agent public l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation.

A une exception près, la définition de la contre-prestation dans l'infraction de corruption active selon l'art. 322^{ter} CP est comparable à celle donnée à l'art. 2 de la convention, voire plus étendue. Les deux définitions font ainsi mention explicite du fait que la contre-prestation peut consister, pour l'agent public, à s'abstenir d'agir; l'on pense par exemple à un organe de poursuite pénale qui resterait inactif en dépit de soupçons fondés. Par ailleurs, les normes pénales suisses en matière de corruption recouvrent des actes de l'agent public pour lesquels ce dernier n'est pas compétent ou qui ne sont pas prévus par la loi, comme la divulgation de secrets de fonction³⁰. En d'autres termes, le rapport qui doit nécessairement être établi entre le comportement de l'agent public obtenu par l'octroi de l'avantage indu et sa fonction est exprimé de manière moins restrictive dans le droit suisse que dans l'art. 2 de la

25 Cf. ch. 2.1 ci-dessus.

26 Notamment art. 322^{ter}, cf. aussi art. 322^{quinquies} et 322^{septies}

27 FF 1999 5045, p. 5075 et 5088.

28 FF 1999 5045, p. 5074.

29 Rapport explicatif à la convention, N 38; cf. art. 322^{octies}, ch. 2, CP.

30 FF 1999 5045, p. 5078.

convention. De plus, les normes pénales suisses couvrent également, depuis leur révision, les libéralités octroyées a posteriori, à titre de récompense pour des actes ou des omissions de l'agent public.

Selon la convention, l'objet de la corruption est un acte administratif (quel qu'il soit). Il suffit donc, pour qu'il y ait matière à infraction pénale, que l'agent public ait reçu un avantage pour agir conformément aux devoirs de sa fonction. Il n'est donc pas nécessaire que l'acte pour lequel l'agent public a été sollicité soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation³¹. Serait donc aussi couvert le cas (peu vraisemblable) où une libéralité – qui doit être assez importante pour constituer un avantage indu – serait octroyée pour un acte administratif que l'agent public est de toute façon tenu d'accomplir.

Selon les dispositions pénales suisses en la matière, l'infraction de corruption active concerne les actes contraires aux devoirs de l'agent public ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. Ainsi, l'art. 322^{ter} CP couvre non seulement les cas dans lesquels l'agent public outrepassa son pouvoir d'appréciation ou en abuse, ce qui constitue de toute évidence une violation de ses devoirs de fonction, mais également les cas dans lesquels il agit dans la marge d'appréciation qui lui est conférée. Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption active selon la norme pénale suisse ne sont toutefois pas réunis pour les cas, couverts par la convention, où l'acte pour lequel l'agent public est sollicité est conforme à ses devoirs et ne laisse aucune place à son pouvoir d'appréciation. En droit pénal suisse, ces cas tombent cependant sous le coup de l'art. 322^{quinquies} CP, qui va nettement plus loin que l'art. 2 de la convention, puisqu'il réprime de manière générale l'octroi d'un avantage, même sans rapport avec un acte administratif concret, ce qui couvre également les cas dits d'alimentation progressive³².

Au final, les normes pénales actuelles en matière de corruption répondent entièrement aux exigences de l'art. 2 de la convention.

2.2.1.2 Corruption passive d'agents publics nationaux (art. 3 de la convention)

L'art. 3 de la convention est le pendant de l'art. 2, puisqu'il fait obligation aux Etats parties d'ériger en infraction pénale le fait, pour un de ses agents publics, de solliciter ou de recevoir un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse. A l'exception de l'acte proprement dit, les différents éléments de l'art. 3 sont identiques à ceux de l'art. 2. Un même parallélisme peut être observé entre l'art. 322^{quater} CP, qui sanctionne la corruption passive, et l'art. 322^{ter} CP, qui sanctionne la corruption active. La norme pénale suisse de corruption passive utilise, pour décrire l'infraction, les termes «aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté».

Les infractions de corruption active et de corruption passive étant construites de manière parallèle tant dans la convention que dans le droit pénal suisse, on se reportera aux explications données ci-dessus au sujet de l'art. 2 de la convention pour tous les autres éléments constitutifs de l'infraction, notamment pour la définition des termes d'agent public et d'avantage, pour l'intention et pour la contrepartie attendue

³¹ Rapport explicatif à la convention, N 39.

³² FF 1999 5045 p. 5084.

de l'agent public³³: à une exception près, la définition de la corruption passive selon l'art. 322^{quater} CP est identique à celle de l'art. 3 de la convention, ou va même plus loin que cette dernière. L'exception, ici aussi, concerne le cas où l'agent public se laisse corrompre pour accomplir un acte qu'il doit de toute façon accomplir. Dans le droit pénal suisse, ce comportement est réprimé non pas par l'art. 322^{quater}, mais par l'art. 322^{sexies} CP (acceptation d'un avantage). Tout comme l'art. 322^{quinquies} CP, dont il est le pendant, cet art. va d'ailleurs beaucoup plus loin que l'art. 3 de la convention.

Pour ce qui est de l'infraction proprement dite, les termes utilisés dans la convention et dans le droit suisse présentent de grandes similitudes. Le parallélisme est évident entre «solliciter» et «recevoir», dans la convention, et «aura sollicité» et «aura accepté», dans l'art. 322^{quater}. Mais les formules «accepter l'offre ou la promesse» (convention) et «se sera fait promettre» (code pénal) ne présentent pas non plus de différences d'ordre matériel: il s'agit, dans les deux cas, pour l'agent public corrompu, d'accepter un arrangement illégal, sans qu'il soit pertinent, pour que l'infraction soit établie, que l'avantage promis soit réellement octroyé, ni que l'agent public accomplisse réellement l'acte pour lequel il a été sollicité.

Au final, les normes pénales actuelles en matière de corruption répondent entièrement aux exigences de l'art. 3 de la convention.

2.2.1.3 Corruption de membres d'assemblées publiques nationales (art. 4 de la convention)

L'art. 4 de la convention exige que la corruption active et passive au sens des deux art. précédents soit également érigée en infraction pénale lorsque la personne corrompue est membre d'une assemblée publique nationale. Cette disposition vise en premier lieu les parlementaires, non seulement au niveau national mais aussi aux niveaux régional et local. La disposition couvre également tous les autres membres élus ou nommés d'autorités collégiales exerçant des pouvoirs législatifs ou exécutifs. Sont notamment concernées, en Suisse, les nombreuses commissions existant au niveau communal, comme les commissions scolaires ou des affaires sociales.

Les personnes visées à l'art. 4 sont toutes incluses dans la notion d'agent public du droit pénal suisse. Comme elles ne sont en principe pas dans un rapport de dépendance vis-à-vis de la collectivité publique, elles sont considérées, au sens des art. 322^{ter} et suivants non pas comme des fonctionnaires, mais comme des «membres d'autres autorités»³⁴.

2.2.1.4 Corruption d'agents publics étrangers (art. 5 de la convention)

Partant du principe que la corruption est un délit grave qui doit être poursuivi non seulement par l'Etat qui en est victime, mais par tous les Etats parties à la convention, l'art. 5 de cette dernière étend les infractions de corruption active et passive

³³ Cf. ch. 2.2.1.1 ci-dessus.

³⁴ Cf. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Aufl. Bern 2000, N 6 f. ad § 57.

d'agents publics, selon les art. 2 et 3, de manière à englober tous les cas où l'agent public corrompu est issu d'un autre pays, quel qu'il soit. A deux égards, la présente convention va ainsi plus loin que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers au sens de l'art. 1 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, que la Suisse a également ratifiée: d'abord parce que la présente convention couvre aussi la corruption passive d'agents publics étrangers, et ensuite parce qu'elle ne se limite pas aux transactions commerciales internationales.

A l'exception de la désignation de la personne corrompue (agent public d'un autre Etat), les éléments constitutifs de l'infraction visée à l'art. 5 de la convention sont identiques à ceux des infractions visées à l'art. 2 (corruption active d'agents publics nationaux) et à l'art. 3 (corruption passive d'agents publics nationaux).

Dans le droit pénal suisse, la *corruption active d'agents publics étrangers* est punissable depuis le 1^{er} mai 2000, aux termes de l'art. 322^{septies} CP. Cette disposition, conçue explicitement en référence aux exigences de la convention du Conseil de l'Europe³⁵, est à l'art. 322^{ter} CP (corruption active d'agents publics nationaux) ce que l'art. 5 de la convention est à son art. 2: à l'exception de la désignation de la personne corrompue, les éléments constitutifs de l'infraction sont identiques.

L'art. 322^{septies} définit l'agent public comme une personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire. Cette définition très complète correspond parfaitement aux intentions de la convention. Il convient également de rappeler l'art. 1, par. c, de la convention, qui permet à l'Etat engageant des poursuites pour corruption contre un agent public d'un autre Etat de recourir à la définition d'agent public que donne son propre droit pénal³⁶.

Comme les autres éléments constitutifs de l'infraction aux art. 2 et 5 de la convention, d'une part, et aux art. 322^{ter} et 322^{septies} CP, d'autre part, sont identiques, on retombe, pour l'examen de la conformité de l'art. 322^{septies} CP à la convention, sur le même cas de figure qu'au ch. 2.2.1.1 ci-dessus, lorsqu'il s'agissait de savoir si l'art. 322^{ter} CP était conforme aux exigences de la convention: l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers selon l'art. 322^{septies} CP a, à une exception près, un champ d'application comparable, voire plus large, à celui de la norme de corruption active d'agents publics étrangers selon l'art. 5 (en liaison avec l'art. 2) de la convention. Ici aussi, l'exception concerne le cas où l'avantage est octroyé en vue d'un acte administratif légal et obligatoire, en d'autres termes lorsque le comportement que le corrupteur cherche à obtenir de l'agent public ne constitue pas une violation des devoirs de fonction de ce dernier et ne dépend pas de son pouvoir d'appréciation. Les libéralités de ce genre octroyées à des agents publics étrangers (on parle, en anglais, de «*facilitation payments*») ne tombent pas sous le coup des dispositions pénales suisses, contrairement à celles versées à des agents publics suisses, puisque les art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} (respectivement octroi et acceptation d'un avantage) ne font référence qu'aux agents publics suisses. La question se pose de savoir si cette différence est justifiée. Il serait évidemment erroné de conclure que

³⁵ FF 1999 5045, p. 5058. C'est notamment pour cette raison que l'on a renoncé à restreindre le champ d'application de la norme aux transactions commerciales internationales, au sens de la convention de l'OCDE, op.cit., p. 5060.

³⁶ Cf. supra ch. 2.1.

le versement de pots-de-vin n'est pas condamnable tant que les bénéficiaires n'en sont que des agents publics étrangers. Il faut, en revanche, reconnaître que les dispositions du CP relatives à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage vont bien plus loin que ce qu'exige la convention, puisqu'elles renoncent à établir une équivalence, c'est-à-dire qu'aucun lien n'est exigé entre l'avantage octroyé et un acte particulier de l'agent sollicité, couvrant ainsi de fait les libéralités destinées simplement à «entretenir le climat». Les normes pénales des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont conçues pour des standards suisses particulièrement stricts et ne peuvent être facilement transposées telles quelles dans d'autres contextes culturels.

L'essentiel est cependant que dans la pratique, les situations tombant sous le coup de l'art. 5 (en liaison avec l'art. 2) de la convention mais non couvertes par l'art. 322^{septies} CP ne devraient pas se présenter. En effet, l'art. 322^{septies} mentionne non seulement les actes contraires aux devoirs de l'agent public, mais aussi ceux qui dépendent de son pouvoir d'appréciation. Or, dans les faits, les situations dont il est question ici concernent uniquement le versement de pots-de-vin à des fonctionnaires locaux sous-payés. Et selon la convention, de telles libéralités ne sont à sanctionner que s'il s'agit d'avantages indus, c'est-à-dire d'avantages qui ne sont pas «de faible valeur»³⁷. Dans la pratique, les libéralités concédées pour un acte que l'agent public est de toute façon tenu d'accomplir ne devraient pas souvent dépasser cette limite.

Enfin, tout comme la convention de l'OCDE³⁸, la présente convention admet explicitement que l'art. 5 (ainsi que les art. 9 et 11) puisse être mis en œuvre, dans le droit national, par des dispositions pénales prévoyant que la corruption active ou passive d'un agent public étranger n'est donnée que dans la mesure où il y a une violation des devoirs de fonction. Il convient, à cet effet, de faire la déclaration prévue à l'art. 36 de la convention au moment de la ratification³⁹.

En revanche, à l'heure actuelle, la *corruption passive d'agents publics étrangers* n'est pas encore punissable en droit suisse. Le nouvel art. 322^{septies}, al. 2, proposé (P-CP) est destiné à combler cette lacune⁴⁰. Cette nouvelle norme étant construite sur le modèle de la norme de corruption active de l'art. 322^{septies}, et comme elle correspond par ailleurs en tout point – exception faite de la désignation de l'agent corrompu – à la disposition de l'art. 322^{quater} concernant la corruption passive d'agents publics nationaux, il s'ensuit, compte tenu des explications présentées ci-dessus, qu'avec l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, le droit pénal suisse répondra entièrement aux exigences de la convention, même pour les aspects de corruption passive visés à l'art. 5 de cette dernière.

³⁷ Cf. rapport explicatif à la convention N 38.

³⁸ L'art. 1, par. e 1 de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales décrit l'influence exercée sur l'agent public de manière aussi ouverte que la présente convention («pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles»). Selon le commentaire de la convention de l'OCDE, des normes pénales nationales subordonnant la réalisation de l'infraction à la condition que les devoirs de fonction aient été violés, peuvent, elles aussi, satisfaire aux exigences de cette convention. Cf. FF 1999 5045, p. 5088.

³⁹ Cf. ch. 2.5 ci-après.

⁴⁰ Cf. infra ch. 2.2.2.

2.2.1.5 Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères (art. 6 de la convention)

Cette disposition de la convention étend le champ d'application des infractions de corruption active et passive d'agents publics étrangers pour inclure les membres d'assemblées publiques étrangères – comme le faisait l'art. 4 de la convention pour la corruption sur le plan national. Ce parallélisme a pour conséquence que l'art. 6 de la convention est, lui aussi, couvert par l'art. 322^{septies} CP et – pour les aspects relevant de la corruption passive – par l'art. 322^{septies}, al. 2, P-CP. De plus, contrairement à ce qui est le cas pour la corruption des fonctionnaires selon l'art. 5 de la convention, il n'y a pas ici, du moins en théorie, de lacune, car il n'est question, à l'art. 6, que de membres élus ou nommés d'autorités collégiales, qui, par définition, ne sont pas subordonnés à la collectivité publique. Par conséquent, les membres de ces autorités n'ont pas à accomplir des tâches administratives obligatoires, pour lesquelles ils pourraient être soudoyés. La corruption ne peut dès lors viser qu'un acte entraînant une violation des devoirs de fonction ou, plus particulièrement, un acte relevant du pouvoir d'appréciation de la personne corrompue. Or ces cas sont parfaitement couverts par l'art. 322^{septies} CP, pour peu qu'il soit complété par l'al. 2 P-CP. C'est pour cette même raison que la déclaration prévue à l'art. 36 de la convention ne concerne pas l'art. 6 (ni, d'ailleurs, l'art. 10, Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales).

2.2.1.6 Corruption d'agents publics internationaux (art. 9 à 11 de la convention)

Les art. 9 à 11 de la convention étendent l'obligation d'ériger en infraction pénale les actes de corruption active et passive selon les art. 2 et 3 lorsqu'ils impliquent différentes catégories d'agents publics d'organisations internationales (art. 9 et 10), et de cours internationales (art. 11).

Les objets ou les auteurs de l'infraction visée à l'art. 9 sont, d'une part, les fonctionnaires et les autres agents contractuels de l'organisation, ainsi que, d'autre part, toute personne exerçant des fonctions correspondantes pour l'organisation. Cette deuxième catégorie comprend, avant tout, des personnes rémunérées par les Etats membres d'une organisation et mis à la disposition de cette dernière pour les tâches qu'elle doit accomplir. La norme pénale correspondante doit donc couvrir les employés de l'organisation – qui en sont les agents publics au sens formel – et les autres personnes exerçant pour cette dernière des fonctions administratives – qui en sont les agents publics au sens matériel. Le droit pénal suisse fait cette distinction, puisqu'il vise aussi bien les fonctionnaires institutionnels que les personnes qui occupent une fonction d'agent de l'Etat⁴¹.

La notion d'organisation publique internationale ou supranationale au sens de la convention est légèrement plus restrictive que la notion d'organisation internationale telle qu'elle est comprise dans l'art. 322^{septies} CP (ainsi que dans la convention de l'OCDE), en ce qu'elle se limite aux organisations dont l'Etat partie est membre. Pour le reste, les dispositions concordent: tant la convention que le droit pénal suisse

⁴¹ FF 1999 5045, p. 5073 ss.

ne se réfèrent qu'aux agents publics des organisations intergouvernementales, excluant ainsi les employés d'organisations non gouvernementales (ONG)⁴².

Selon l'*art. 10*, les normes pénales sur la corruption doivent également s'appliquer aux membres d'assemblées parlementaires de ces organisations internationales ou supranationales, comme l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, par exemple. Les personnes désignées à l'*art. 10* de la convention sont couvertes, à l'*art. 322^{septies} CP*, par la notion de «personne agissant pour [...] une organisation internationale en tant que membre d'une autorité [...] autre [que judiciaire]».

Enfin, conformément à l'*art. 11*, les Etats parties doivent aussi être en mesure de réprimer la corruption active et passive de juges et d'agents de cours internationales dont ils reconnaissent la juridiction. L'on pense notamment à la Cour européenne des droits de l'homme, à la Cour pénale internationale et aux tribunaux ad hoc de l'ONU pour la poursuite de graves violations du droit international humanitaire. L'*art. 322^{septies} CP* et P-CP répond à ces exigences: les personnes ayant des fonctions judiciaires sont couvertes par la notion de membre d'une autorité judiciaire, les autres agents publics, tels que les procureurs des tribunaux des Nations Unies, les greffiers ou les employés de l'administration du tribunal entrent, quant à eux, dans la notion de fonctionnaire telle que définie dans le droit pénal. Par ailleurs, les cours mentionnées, qui sont des organisations faisant partie de l'ONU ou du Conseil de l'Europe, peuvent sans autre être considérées comme couvertes par la notion d'organisation internationale au sens de l'*art. 322^{septies} du code pénal*.

Tous les autres éléments constitutifs des infractions visées aux *art. 9 à 11* sont identiques à ceux des infractions de corruption active et passive d'agents publics visées dans les dispositions précédentes de la convention. Concernant la conformité à la convention des dispositions pénales suisses, les explications données précédemment restent donc valables ici⁴³: l'*art. 322^{septies} CP* et l'*art. 322^{septies}, al. 2, P-CP* satisfont également aux exigences des *art. 9 à 11* de la convention. Pour les *art. 9 et 11*, la Suisse devra faire la déclaration prévue à l'*art. 36* (application du principe de violation des devoirs officiels)⁴⁴; dans le cadre de l'*art. 10*, le versement de pots-de-vin, pour des actes administratifs obligatoires n'est pas pertinent, pour les mêmes raisons qu'à l'*art. 6*⁴⁵.

2.2.2 La nouvelle norme relative à la corruption passive d'agents publics étrangers (art. 322^{septies}, al. 2, P-CP)

Dans son message sur la révision des dispositions pénales applicables à la corruption⁴⁶, le Conseil fédéral avait déjà indiqué qu'il comptait ériger en infraction pénale la corruption passive d'agents publics étrangers, en exposant les raisons plaçant en faveur de cette mesure: contrairement à une opinion parfois exprimée, la poursuite pénale des fonctionnaires corrompus n'est pas l'affaire de la seule collectivité lésée. L'intervention des Etats est particulièrement nécessaire dans le cas des organisations internationales, ces dernières ne disposant pas de compétences pénales propres. La

⁴² Cf. Convention, rapport explicatif N 61 et FF 1999 5045, p. 5087.

⁴³ Cf. notamment ch. 2.2.1.4 supra.

⁴⁴ Cf. ch. 2.2.1.4 supra et ch. 2.5 infra.

⁴⁵ Cf. cf. 2.2.1.5 supra.

⁴⁶ FF 1999 5045, p. 5060 s.

communauté des Etats est donc appelée à s'engager, une responsabilité particulière incombant aux Etats qui, comme la Suisse, accueillent sur leur territoire le siège de nombreuses organisations internationales. Mais des problèmes peuvent aussi survenir dans des cas de corruption impliquant plusieurs Etats: l'agent public d'un Etat étranger qui s'est laissé corrompre pourrait, par exemple, échapper à une sanction, parce que l'Etat victime n'est pas en mesure d'engager lui-même des poursuites ou ne souhaite pas le faire, ou encore parce qu'il est impossible d'extrader l'agent public vers son pays d'origine. C'est la raison pour laquelle la possibilité doit être prévue – ne serait-ce qu'à titre subsidiaire – de poursuivre pénalement l'infraction de corruption passive d'un fonctionnaire d'un autre Etat.

Il est tout indiqué, comme pour la corruption sur le plan national, de construire la nouvelle norme de corruption passive sur le modèle de la norme de corruption active d'agents publics étrangers. Pour l'al. 2 de l'art. 322^{septies}, les notions d'agent public et d'échange de la prestation et de la contre-prestation sont ainsi les mêmes que dans l'al. 1 de ce même art.. La peine encourue (réclusion pour cinq ans au plus ou emprisonnement) est la même que dans les autres normes applicables à la corruption. Il est ainsi assuré que les délais de prescription sont également les mêmes et que la corruption passive d'agents publics étrangers constitue aussi une infraction préalable constitutive du blanchiment d'argent. Concernant l'infraction proprement dite, il n'y a pas de raison de s'écarter de la formule utilisée pour la corruption passive sur le plan national à l'art. 322^{quater} («aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté»). Cette façon de construire l'infraction permet de s'assurer, comme nous l'avons déjà exposé plus haut, que la norme satisfait aux exigences de la convention concernant les différents aspects visés aux art. 5, 6, 9, 10 et 11, de la corruption passive d'agents publics étrangers.

2.2.3 Corruption privée (art. 7 et 8 de la convention)

2.2.3.1 Introduction

La corruption privée consiste avant tout en une relation tripartite dans laquelle une personne liée à une autre par un rapport de confiance et de loyauté reçoit un avantage indu d'un tiers afin d'agir, dans le cadre de ses activités, en violation de son devoir de fidélité à l'encontre notamment de son employeur, de son mandant ou de la société.

Droit suisse actuel

L'art. 4, let. b, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)⁴⁷, en relation avec l'art. 23 punit, sur plainte, de l'emprisonnement ou d'une amende jusqu'à frs. 100 000.– le fait d'offrir ou d'accorder des avantages illégitimes à des travailleurs, des mandataires ou des auxiliaires d'un tiers qui sont de nature à inciter ces personnes à manquer à leurs devoirs dans l'accomplissement de leur travail, dans le dessein de se procurer ou de procurer à des tiers des profits.

Ainsi, la LCD ne prévoit pas la répression de la corruption passive, à savoir du comportement du bénéficiaire de l'avantage.

⁴⁷ RS 241

Délimitation avec la corruption publique des fonctionnaires

Si la structure de la corruption privée et son mécanisme sont semblables à ceux de la corruption des fonctionnaires, les intérêts juridiquement protégés sont sensiblement différents: l'incrimination de la corruption privée, en protégeant un contrat avec tiers ou les devoirs professionnels⁴⁸, garantit avant tout la libre concurrence et les lois du marché, alors que les dispositions pénales relatives à la corruption publique protègent de manière générale la confiance que chacun doit pouvoir placer en l'objectivité et l'impartialité des actes étatiques.

Toutefois, la privatisation et la délégation des tâches de l'Etat rendent parfois la délimitation entre corruption publique et privée plus délicate. Ainsi, est considéré comme fonctionnaire celui qui accomplit des tâches publiques dévolues à l'Etat⁴⁹, et non seulement celui qui bénéficie formellement d'un tel statut. Il importe dans chaque cas de déterminer si le mandat confié relève d'une tâche de l'Etat ou non⁵⁰.

Punissabilité de la corruption privée passive selon d'autres dispositions pénales

Le comportement de la personne corrompue qui échappe au champ d'application de la LCD actuelle, peut, dans certaines circonstances, être visé par d'autres dispositions pénales. Ainsi, l'art. 158 CP (gestion déloyale) peut dans certains cas être applicable, mais certainement pas d'une manière systématique. Cette disposition exige l'existence d'un devoir de fidélité mais suppose aussi la violation de ce devoir par une personne qui occupe une fonction de garant pour la sauvegarde et l'augmentation du patrimoine (ch. 1). Le chiffre 2 règle les cas particuliers d'abus de pouvoirs de représentation spécifiques.

L'art. 168 CP qui réprime la corruption active et passive dans l'exécution forcée, s'étend expressément à un accord de corruption privée par lequel un débiteur promet ou accorde des avantages spéciaux à un créancier afin d'acheter sa voix relative à un concordat judiciaire, ou à un membre de l'administration de la faillite, à un commissaire ou au liquidateur afin d'influencer leurs décisions⁵¹. Ainsi, cette disposition n'a qu'une fonction limitée au domaine de la faillite.

Nécessité de modifier le droit actuel

Le droit suisse en vigueur n'est pas entièrement satisfaisant en ce qui concerne la répression de la corruption privée. En effet, l'aspect passif de ce comportement n'est pas prévu par la LCD et n'est visé que de manière exceptionnelle par le code pénal, alors même qu'indiscutablement il se justifie de punir aussi le corrompu qui profite de sa situation auprès d'un tiers pour obtenir des avantages d'un concurrent. Un tel comportement est tout aussi répréhensible que son pendant actif. Par ailleurs le renforcement de la lutte contre la corruption privée répond à une demande importante du secteur privé. Selon un sondage publié par REVISUISSE en 1997, 67 % des entreprises interrogées indiquent avoir été victimes de corruption pour un montant déclaré de l'ordre de frs. 5 000 000.– (selon REVISUISSE, il faut multiplier cette somme par 25 pour être proche de la réalité)⁵².

⁴⁸ Nicolas Queloz, *Processus de corruption en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn 2000, p. 352.

⁴⁹ Voir FF 1999 5045, p. 5074.

⁵⁰ Lire les exemples donnés par FF 1999 5045, p. 5074–5075.

⁵¹ Cité par Nicolas Queloz, *Processus de corruption en Suisse*, p. 46.

⁵² Exemple cité par Nicolas Queloz, *Processus de corruption en Suisse*, p. 352, note 50.

Au vu de tels chiffres, on peut s'étonner de l'absence quasi totale de décisions judiciaires portant sur l'art. 4, lettre b, LCD⁵³. Cette situation est certainement due, outre le fait que la corruption privée passive est insuffisamment réprimée, au champ d'application plutôt restrictif de l'actuel art. 4, lettre b, LCD. Il se justifie dès lors d'améliorer la portée de cette disposition et de viser aussi la corruption passive dans le secteur privé. Pour atteindre cet objectif, il convient de reprendre la structure des infractions de corruption des fonctionnaires.

Evolution

L'avant-projet de révision du droit pénal de la corruption de juin 1998 avait proposé l'introduction d'un nouvel art. 4^{bis} LCD prévoyant la poursuite d'office de la corruption privée active et passive dans les relations commerciales. Bien que la nécessité d'une révision des dispositions pénales relatives à la corruption privée ait été largement admise au cours de la procédure de consultation, le contenu des propositions a fait l'objet de prises de position controversées⁵⁴. Le Conseil fédéral a constaté qu'un examen approfondi de la corruption privée n'était pas réalisable dans le cadre de la révision 1999/2000 qui devait répondre à une certaine urgence. Pour cette raison, il a décidé de traiter la question de la corruption privée dans le cadre de la ratification de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption⁵⁵.

2.2.3.2 Exigences des art. 7 et 8 de la convention

L'art. 7 de la convention prévoit l'incrimination du comportement intentionnel qui consiste, dans le cadre d'une activité commerciale, à promettre, offrir ou donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs. Quant à l'art. 8 de la convention, il traite de l'aspect passif de l'infraction, à savoir la sollicitation ou la réception d'un avantage indu ou l'acceptation de l'offre ou de la promesse d'un tel avantage.

Ces deux dispositions de la convention étendent au secteur privé la responsabilité pénale du chef de corruption⁵⁶. Elles visent à protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles les relations privées ne peuvent exister. L'incrimination se rapproche de celle de la corruption des fonctionnaires prévue aux art. 2 ss notamment en ce qui concerne la description du comportement, de l'avantage et des éléments subjectifs. Elle s'en distingue quant à son champ d'application limité aux activités commerciales, quant à la qualité des destinataires éventuels de l'avantage, et quant à la nature de la contre-prestation (violation des devoirs)⁵⁷.

⁵³ Lire Christof Müller, Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG, Diss. St-Gall 1996, p. 163.

⁵⁴ La procédure de consultation a permis de démontrer la quasi absence d'opposition quant à l'introduction de l'incrimination de la corruption passive et le refus marqué de supprimer l'exigence de la plainte. Si la révision était très largement approuvée par les cantons, les partis politiques et les milieux économiques ont plutôt adopté une position réservée (résumé de la procédure de consultation, novembre 1998, p. 14–15).

⁵⁵ FF 1999 5045, p. 5072 ss. Au sujet de l'histoire de cette proposition, voir infra 1.5.

⁵⁶ Voir rapport explicatif N 52.

⁵⁷ Lire rapport explicatif N 53, 54 et 55.

2.2.4 Nouvelle disposition pénale concernant la corruption privée active et passive (art. 4a et 23 P-LCD)

2.2.4.1 Systématique

Il faut tout d'abord examiner où doit être intégrée la disposition en cause. Le double bien juridique protégé (la concurrence et le patrimoine) pourrait justifier que ces dispositions soient transférées dans le code pénal. Toutefois, le bien juridiquement protégé reste avant tout la loyauté dans les relations commerciales plutôt que le patrimoine en tant que tel. Par ailleurs, le CP restreint le droit de porter plainte au seul lésé (art. 28, al. 1, CP), à savoir à toute personne qui se trouve pratiquement lésée par l'infraction⁵⁸. Il apparaît dès lors plus restrictif que la LCD. En effet, l'art. 23 LCD étend la qualité pour porter plainte pénale à la qualité prévue aux art. 9 et 10 pour intenter une action civile. Celle-ci revient non seulement à celui qui subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques, mais également au client dont les intérêts sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale, aux associations professionnelles et économiques autorisées par leurs statuts à défendre les intérêts économiques de leurs membres, aux organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs et finalement à la Confédération lorsqu'elle le juge nécessaire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger.

Concrètement, cela signifie qu'en cas d'introduction de cette infraction dans le code pénal, seul le concurrent lésé ou l'employeur, l'associé ou le mandant du corrompu pourraient porter plainte pénale et permettre ainsi l'ouverture de la procédure pénale. L'extension du droit d'agir au client peut être utile dans les cas où il ne serait pas facile d'apporter la preuve d'un dommage⁵⁹, puisqu'il suffit qu'il soit menacé dans ses intérêts économiques. De même la possibilité est offerte aux organisations de défense des consommateurs et aux associations professionnelles ou économiques. Si les premières ne devraient certainement jouer qu'un petit rôle dans le cadre de la corruption privée, on peut penser que les associations ont intérêt à ce que les relations commerciales dans le secteur qui les préoccupe soit exemptes de corruption privée et qu'elles prendraient donc l'initiative de la procédure, si de tels faits parvenaient à leur connaissance.

Pour ces raisons, introduire la corruption privée dans le code pénal reviendrait à en réduire le champ d'application puisque l'exigence de la plainte est maintenue.

S'agissant de l'application spatiale de ces dispositions, elle ne diffère pas de celle du code pénal, les dispositions de la partie générale (notamment les art. 3 ss) s'appliquant à la LCD. Ainsi, il n'y a pas non plus de désavantage sur ce point à laisser ces dispositions dans la LCD.

Par ailleurs, contrairement au système des art. 322^{ter} ss CP, aucune différence n'est faite entre les actes de corruption qui se dirigent contre une entreprise suisse ou étrangère. Autrement dit, la nouvelle disposition couvre aussi la corruption privée transfrontalière, pour autant qu'il y ait un point de rattachement avec le droit suisse

⁵⁸ Voir ATF 121 IV 258, JT 1997 IV 99, cité par Martin Killias, Précis de droit pénal général, p. 129.

⁵⁹ Voir message du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale contre la concurrence déloyale, FF 1983 II 1037 ss, 1110.

au sens des art. 3 ss CP. Un acte de corruption privée commis à l'étranger tombe dans le champ d'application dans tous les cas lorsqu'il est perpétré contre une personne physique ou morale suisse (art. 5 CP) ou par une telle personne (art. 6 CP)⁶⁰.

Un autre avantage à laisser ces infractions dans la LCD est constitué par les actions civiles prévues à l'art. 9 (avec une qualité pour agir étendue selon les art. 9 et 10 LCD cités plus haut), qui peuvent conduire à la cessation, à l'interdiction ou à la constatation de la violation.

Au vu de tous ces éléments, la proposition est faite de maintenir les dispositions sur la corruption privée dans la LCD, et de renoncer expressément à y introduire la répression de l'octroi ou de l'acceptation d'avantages au sens des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP. En effet, il ne paraît pas nécessaire, ni même souhaitable, de transposer dans le secteur privé la notion d'alimentation progressive visant à influencer un fonctionnaire. La différence fondamentale qui oppose les biens juridiquement protégés par l'interdiction de la corruption du secteur public à ceux qui ont trait à la corruption privée justifie que l'on renonce à inclure ces notions dans la LCD. Il n'apparaît pas clairement comment les intérêts protégés par la LCD seraient menacés par le versement d'un avantage à l'employé d'un concurrent qui ne serait pas lié à un acte ou à une omission en violation des devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. Si un tel comportement de la part d'un employé peut selon les circonstances ne pas être conforme aux dispositions relatives au droit du travail, il n'est pas encore suffisamment grave pour qu'il se justifie d'en faire une infraction à part entière. Finalement, les art. 7 et 8 de la convention visent uniquement la violation des devoirs.

2.2.4.2 Maintien de l'exigence de la plainte

Le présent projet ne prévoit pas de faire de la corruption privée un délit poursuivi d'office, contrairement à l'avant-projet de 1998. En effet, il faut constater que ces infractions ne peuvent être poursuivies qu'après dénonciation et avec la collaboration du lésé ou d'une personne intéressée. Il est improbable qu'un fait de corruption privée parvienne à la connaissance des autorités de poursuite pénale sans la collaboration des personnes privées directement touchées. Par ailleurs, le maintien de ces délits dans la LCD a pour conséquence, comme cela a déjà été dit, qu'un cercle de personnes ou d'organismes élargi peut être à l'origine d'une procédure. En outre, la nature des biens juridiques concernés et le degré de gravité de ces infractions, en comparaison avec la corruption des agents publics, laissent penser que le maintien de l'exigence de la plainte est raisonnable.

Finalement, cette option est aussi compatible avec les exigences de la convention. En effet, ni le texte de la convention ni le rapport explicatif ne limitent la liberté des Etats parties sur ce point.

⁶⁰ Voir aussi Christof Müller, op. cit., note 52, p. 102 ss.

2.2.4.3

Autres éléments du nouvel art. 4a P-LCD

Quant au champ d'application, l'art. 2 LCD précise que cette loi s'applique aux comportements ou pratiques commerciales qui sont trompeurs ou qui contreviennent de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influent sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Il n'est pas nécessaire de se trouver dans un rapport de concurrence entre auteurs pour commettre un tel acte, un tiers étant susceptible d'influer sur les rapports de concurrence. Ainsi, il est envisageable que des associations de consommateurs puissent agir de manière déloyale en publiant par exemple des tests comparatifs⁶¹.

La question se pose alors de savoir si la LCD et les nouvelles normes relatives à la corruption privée s'appliquent à des organismes (notamment ONG) à but non lucratif. Tel ne paraît pas être le cas si l'ONG ne se trouve pas dans un rapport de concurrence économique. Toutefois, si une ONG devait interférer dans un rapport de concurrence entre deux autres entreprises à but commercial, l'application de la LCD serait possible. Ainsi le représentant d'une organisation à but idéal qui verse un avantage financier à un employé d'une entreprise, de manière à ce qu'il renonce à accomplir une tâche, portant ainsi atteinte à la libre concurrence, pourrait être condamné en vertu de l'art. 4a, al. 1, let. a, P-LCD.

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si les associations et ONG, par exemple sportives comme la FIFA (Fédération Internationale de Football Association) ou le CIO (Comité International Olympique) peuvent tomber sous le coup de cette nouvelle infraction. Ceci apparaît dans tous les cas douteux si les membres d'une telle association touchaient par exemple des avantages financiers, en contrepartie de leur voix dans un vote, de la part d'une ville candidate pour l'organisation d'une manifestation. On peut se demander si l'on se trouve dans le cadre des relations commerciales couvertes par la LCD et si les villes candidates sont dans une relation de concurrence telle que l'entend la LCD. La conclusion serait différente si l'argent de la corruption était versé par ou à une entreprise commerciale privée se trouvant dans un rapport de concurrence, par exemple à l'occasion de l'établissement d'un contrat de sponsoring.

Il faut donc examiner s'il se justifie, dans ce cas particulier, de prévoir expressément l'application de l'art. 4a P-LCD. Même s'il s'agit avant tout d'organismes poursuivant un but idéal, on ne peut nier, que selon les circonstances, des intérêts financiers importants sont en jeu. D'un autre côté, il faut reconnaître qu'il appartient avant tout aux associations concernées de faire en sorte de préserver leur mécanisme interne d'élection et de votation de toute influence néfaste. Par ailleurs, certains de ces organismes se sont dotés de procédures internes disciplinaires et d'autres mesures afin de garantir l'impartialité⁶². D'une manière générale, il n'y a pas de raison de prévoir expressément, dans le cadre de cette révision, l'application de la LCD aux ONG, au-delà des principes généraux de la LCD. Ce d'autant moins que la convention exclut expressément de son champ d'application les ONG et organismes à but non lucratifs⁶³.

⁶¹ Cf. message du Conseil fédéral relatif à la LCD, FF 1983 II 1093.

⁶² Cf. par exemple la Charte olympique du 14.07.2001.

⁶³ Selon le rapport explicatif N° 53, est uniquement visé tout type d'activité marchande en particulier le commerce des biens et la fourniture de service.

Le cercle des auteurs reprend les notions d'employé, de mandataire et d'auxiliaire et s'étend en plus à celle de l'associé. Ainsi, toute personne collaborant avec un tiers, au service de ce dernier, à quelque titre que ce soit est concernée. Seule compte l'existence d'un rapport tripartite, dans lequel un des auteurs est lié à la victime par une obligation générale de loyauté.

Ainsi, le participant au marché qui verse un avantage directement à un autre concurrent (chef d'entreprise), n'est toujours pas punissable sous l'angle de la corruption privée. Il s'agit souvent de l'octroi pur et simple de rabais et, en outre, il manque la violation d'une obligation de loyauté. Si les intérêts de créanciers devaient être touchés par une telle transaction, les dispositions du CP protégeant le patrimoine pourraient selon les circonstances être applicables. S'il s'agit plutôt d'un accord portant sur des restrictions illicites de la concurrence, la loi sur les cartels pourrait éventuellement s'appliquer.

Le comportement punissable à savoir offrir, promettre et octroyer (aspect actif) et solliciter, se faire promettre et accepter (aspect passif) correspond à la corruption des fonctionnaires (art. 322^{ter} ss CP). Sur le plan matériel, ces modifications ne s'éloignent pas non plus de la teneur actuelle de l'art. 4, let. b, LCD.

La notion d'*avantage indu* reprend aussi la même terminologie que celle utilisée par les art. 322^{ter} ss CP et remplace, sans pour autant en changer le sens, celle d'avantage illégitime figurant dans l'actuel art. 4, let. b, LCD. Il doit s'agir d'un avantage matériel ou immatériel auquel le corrompu n'a pas droit. Par exemple, le travailleur a l'obligation de remettre à son employeur tout ce qu'il a reçu de tiers dans le cadre de l'exécution de son travail, sous réserve de pourboires (art. 321b CO)⁶⁴; pour le mandant, la même obligation existe en vertu de l'art. 400, al. 1, CO.

L'al. 2 du nouvel art. 4a P-LCD précise la portée de cette notion et exclut expressément du champ d'application de la LCD les montants de faible importance, généralement admis, et ceux qui sont autorisés par un tiers contractuel. Il s'agit ici, de manière analogue à l'art. 322^{octies}, ch. 2, CP, de concrétiser dans la loi la limite inférieure de l'illicéité. La formulation est reprise de l'art. 322^{octies}, ch. 2, CP, et adaptée à des rapports de droit privé, raison pour laquelle on ne parle pas d'avantages autorisés par le règlement de service mais d'avantages autorisés par un tiers contractuel. Par «avantages autorisés contractuellement», on entend tout ce qui peut être admis par les parties – c'est-à-dire entre l'employé, l'associé, le mandataire ou l'auxiliaire d'une part et le tiers d'autre part – même implicitement. Il n'est pas nécessaire que cela soit expressément prévu par une clause du contrat.

La notion «d'avantage de faible importance généralement admis» est conforme au droit pénal de la corruption (art. 322^{octies}, ch. 2, CP). Dans le cadre de la corruption privée, le critère d'acceptabilité sociale ne sera rempli que très rarement, dans la mesure où l'art. 4a P-LCD ne vise que la corruption au sens étroit. La question de l'admission sociale ne se pose avant tout que dans le cas de l'octroi ou de l'acceptation d'avantages, qui n'est pas punissable entre particuliers.

On a renoncé à introduire une clause instaurant un principe d'opportunité spécifique, selon le modèle de l'art. 322^{octies}, ch. 1, CP. En effet, le besoin d'une telle clause se fait moins sentir qu'en ce qui concerne la corruption des fonctionnaires, dans la mesure où les dispositions relatives à l'octroi et l'acceptation d'un avantage n'ont

⁶⁴ RS 220

pas été reprises. En outre, la partie générale du CP révisée⁶⁵ prévoit à l'art. 52, l'adoption d'une clause d'opportunité générale.

Lorsque l'avantage n'est pas directement versé par l'auteur à son destinataire mais qu'un tiers s'en charge, on est en présence d'une libéralité médiate. La punissabilité reste dans tous les cas inchangée, lorsque l'avantage n'est pas directement versé au corrompu mais à un tiers. Ici également la formulation a été reprise de la corruption des fonctionnaires.

La notion de «*qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation*» reprise également des art. 322^{ter} ss CP remplace la formulation moins précise de la législation actuelle qui exige de l'avantage illégitime qu'il soit de nature à inciter ces personnes à manquer à leurs devoirs dans l'accomplissement de leur travail.

Par «acte contraire aux devoirs», on entend plus précisément les devoirs découlant des rapports contractuels, même implicites. Il peut s'agir aussi d'un devoir plus général comme l'obligation de diligence et de fidélité de l'employé envers son employeur⁶⁶, l'obligation de diligence du mandataire⁶⁷ ou encore le devoir de diligence entre associés⁶⁸. La notion d'«actes dépendant du pouvoir d'appréciation» couvre les cas où, sans expressément violer un devoir contractuel, l'employé, l'associé, le mandataire ou l'auxiliaire choisit, contre rémunération, d'exercer son pouvoir d'appréciation en faveur d'un tiers, en choisissant par exemple une offre particulière parmi d'autres offres équivalentes. Ce qui importe est que le choix n'ait pas été dicté par des critères objectifs mais ait au contraire été faussé par le versement d'une somme d'argent, ce qui lèse les intérêts des autres concurrents et, d'une manière générale, porte atteinte au marché. Si les actes dépendant du pouvoir d'appréciation n'étaient pas inclus, de nombreux actes de corruption échapperaient à la sanction⁶⁹.

Pour ce qui est du *lien entre l'avantage perçu et l'acte*, à l'instar de ce qui est prévu dans les cas de corruption publique, il suffit que les actes du corrompu soient déterminables de manière générique. La preuve concrète d'un accord illicite n'est pas exigée, mais il faut qu'une relation d'adéquation entre l'acte contraire au devoir et l'avantage soit déterminable⁷⁰. Si l'équivalence entre l'avantage et l'acte ou l'omission fait défaut, il n'y a pas d'infraction puisque, contrairement au domaine de la corruption des fonctionnaires, l'octroi et l'acceptation d'avantages (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) ne sont pas réprimés ici.

Finalement, il est nécessaire que l'acte ou l'omission en question soit en relation avec l'activité professionnelle du corrompu⁷¹. La corruption privée n'est punissable que si elle a été commise intentionnellement, comme prévu par la convention. La peine encourue reste la même que celle du droit en vigueur (emprisonnement ou amende jusqu'à 100 000 francs) Le délai pour porter plainte est de trois mois (art. 29 CP) et la prescription de 7 ans (art. 70 CP).

65 FF 2002 7658.

66 Art. 321a CO.

67 Art. 397 CO.

68 Pour la société simple, art. 538 CO.

69 Hans Dubs, *Strafbarkeit der Privatbestechung*, FS Niklaus Schmid, Zurich 2001, p. 390.

70 FF 1999 5045, p. 5082.

71 ATF 118 IV 316.

2.2.5 Le trafic d'influence (art. 12 de la convention)

2.2.5.1 Exigences

L'art. 12 de la convention prévoit l'incrimination du trafic d'influence passif et actif. Par trafic d'influence actif, il faut entendre le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à titre de rémunération à quiconque affirme ou confirme être capable d'exercer une influence (impropre)⁷² sur la prise de décision de toute personne visée aux art. 2, 4 à 6 et 9 à 11, que l'avantage indu soit pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre. Du côté passif, l'art. 12 vise le fait de solliciter, de recevoir ou d'en accepter l'offre ou la promesse à titre de rémunération pour ladite influence. Les comportements visés par cet article sont punissables que l'influence soit ou non exercée ou que l'influence supposée produise ou non le résultat recherché.

Cette infraction suppose une relation triangulaire dans laquelle une personne dotée d'une influence réelle ou supposée sur une personne exerçant une charge publique, «échange» cette influence contre un avantage fourni par un tiers.

Par exemple, un parlementaire touche des avantages financiers de la part d'une entreprise pour qu'il use de son influence auprès de deux conseillers communaux, membres de son parti, afin qu'ils choisissent l'entreprise en question dans le cadre de l'adjudication d'un marché public⁷³.

Selon le rapport explicatif de la convention, l'incrimination du trafic d'influence a pour but d'inclure l'entourage de l'agent ou le parti politique auquel il appartient et de sanctionner le comportement des personnes qui, proches du pouvoir, tentent d'obtenir des avantages de leur situation, contribuant ainsi à instaurer un climat de corruption. Cette disposition ne concerne pas les formes de lobbying connues, l'influence abusive doit contenir une intention de corrompre de la part du «trafiquant d'influence». Ce dernier n'a par ailleurs qu'une position d'outsider, il ne peut prendre de décisions lui-même, mais il abuse de son influence réelle ou supposée sur d'autres personnes. Comme il a été dit plus haut, il est indifférent, selon l'art. 12, que l'influence soit ou non exercée ou qu'elle produise ou non le résultat recherché. Le bien juridiquement protégé est le même que pour la corruption proprement dite à savoir la transparence et l'impartialité dans le processus décisionnel des administrations publiques⁷⁴.

2.2.5.2 Comparaison avec le droit suisse

Les art. 322^{ter} ss CP ne visent pas de manière spécifique le trafic d'influence tel qu'il est décrit ci-dessus. Toutefois, il convient d'examiner dans quelle mesure le code pénal suisse couvre néanmoins les comportements visés par l'art. 12 de la convention. Pour ce faire, il est nécessaire de distinguer les cas dans lesquels l'intermédiaire (à savoir celui qui reçoit un avantage pour exercer son influence, réelle ou supposée) est un agent public de ceux où l'intermédiaire est une personne privée.

⁷² Le texte anglais parle de «*improper influence*», alors que le texte français ne contient aucune qualification spécifique.

⁷³ Exemple cité par Nicolas Queloz, *Processus de Corruption en Suisse*, p. 375.

⁷⁴ Voir rapport explicatif N 64.

L'intermédiaire est un agent public

Dans la plupart des cas, le fonctionnaire qui accepte un avantage dans le but d'exercer son influence auprès d'un tiers qui assume aussi une charge publique se rend coupable de corruption passive (art. 322^{quater} CP), voire d'acceptation d'un avantage indu (art. 322^{sexies} CP). Quant à la personne qui octroie l'avantage, elle est punissable en vertu de l'art. 322^{ter} CP (corruption active) ou de l'art. 322^{quinquies} CP (octroi d'un avantage indu).

Toutefois, pour cela, il faut que l'avantage versé soit en relation avec la fonction et qu'il n'intervienne pas à titre privé. En d'autres termes, est considéré comme un délit tout cas où un agent public sollicite ou se voit octroyer un avantage indu de la part d'un particulier dans le but d'abuser de son influence auprès d'un autre agent public, ou membre d'une autorité, si cette influence découle de sa fonction.

Par contre, si l'avantage octroyé l'est en raison d'une autre qualité, comme par exemple, l'appartenance à un parti politique, ou à une association, ce comportement échappe au code pénal. Tel est le cas, par exemple, si un employé de la Confédération reçoit une somme d'argent d'un particulier afin qu'il exerce son influence auprès d'un conseiller d'Etat cantonal, qui est son voisin et son partenaire de tennis, afin qu'il octroie un permis de séjour au particulier en question.

L'intermédiaire est une personne privée

La personne privée qui reçoit un avantage d'un tiers afin d'exercer son influence sur un agent public n'est pas punissable, à moins qu'il ne soit prévu d'associer le fonctionnaire à influencer. Si tel est le cas, notamment si ce dernier participe au «marché» et l'accepte, l'infraction de corruption sera réalisée dans la plupart des cas. Ainsi, selon le contenu de l'entente entre les différents protagonistes, le tiers se rend coupable de corruption active (voire d'instigation à corruption active), l'agent public de corruption passive et l'intermédiaire de corruption active (voire d'instigation ou de complicité).

Lorsque la personne promettant l'avantage convient avec l'intermédiaire que ce dernier corrompra directement un fonctionnaire, mais que l'intermédiaire ne le fait pas, nous sommes en présence d'un cas de tentative d'instigation à corruption active, punissable en vertu de l'art. 24, al. 2, CP.

Conclusion

On constate que, le droit suisse en vigueur se focalise sur le comportement du dernier maillon de la chaîne, à savoir l'agent public, en élargissant le champ d'application du code pénal aux cas d'acceptation ou d'octroi d'avantages. Par contre, si l'agent public ne reçoit pas d'avantage, qu'il ignore tout du contrat passé entre d'autres personnes privées qu'il connaît et qui gravitent en dehors du cercle de la fonction publique, ces comportements ne sont pas visés par le code pénal. Le droit en vigueur s'est concentré sur les actes qu'il estime les plus dangereux, en particulier ceux qui menacent la confiance que les citoyens doivent pouvoir placer dans l'administration publique, dans la justice et dans les autorités en général.

Ainsi, force est de constater que le droit suisse ne satisfait pas entièrement aux exigences de l'art. 12 de la convention du Conseil de l'Europe, même si les actes les plus graves de trafic d'influence sont réprimés par le code pénal.

2.2.5.3

Nécessité de légiférer ?

Dans la mesure où le droit suisse n'est pas en complète adéquation avec le texte de la convention du Conseil de l'Europe, il convient d'examiner la nécessité de modifier la législation actuelle. La question de l'opportunité d'incriminer le trafic d'influence est controversée, même dans la doctrine, qui n'est pas unanime:

Selon certains, il est regrettable que le code pénal suisse ignore presque totalement le trafic d'influence⁷⁵ et, dans cette perspective, il serait souhaitable que la Suisse se dote, à l'instar de la France⁷⁶, de normes pénales complémentaires. Selon cette opinion, de telles normes permettraient d'intervenir à la source des formes classiques du clientélisme et de faire face à un type de liens pernicieux et subtile qui se retrouvent aussi dans les relations helvétiques d'amitié, de soutien et d'interdépendance⁷⁷.

D'autres auteurs estiment au contraire qu'il n'est pas justifié d'élargir le droit pénal de la corruption à un nombre toujours plus important de comportements. Ils relèvent l'inefficacité d'une telle norme pénale et donnent leur préférence à la prévention, à la mise en place de règles déontologiques et au recours à des sanctions civiles, administratives et politiques⁷⁸.

Les relations personnelles et sociales existent partout et rien ne permet d'exclure que les liens étroits entre la politique, l'économie et l'administration publique, tels que nous les connaissons aussi en Suisse, puissent conduire à une pratique de «copinage», voire dans des cas particuliers, à un certain trafic d'influence. Ces liens se tissent toutefois avant tout dans le cadre d'amitiés réciproques ou d'une appartenance commune à des groupes d'intérêts, et constituent avant tout un phénomène de société qui ne doit pas faire l'objet d'une intervention du droit pénal.

Par ailleurs, l'influence de ces liens est à relativiser eu égard au système politique suisse. En effet, la collégialité, le multipartisme et la démocratie directe sont autant de remparts à l'émergence d'un clientélisme généralisé. Il ne faut pas perdre de vue que l'activité politique est soumise à une certaine exigence de transparence. En effet, d'après l'art. 161, al. 2, de la Constitution⁷⁹ et l'art. 11 de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement)⁸⁰, les parlementaires ont l'obligation de signaler leurs intérêts, de manière à renseigner le corps électoral sur les motivations qui les gouvernent. Ces dispositions ont été reprises par la plupart des cantons⁸¹. De plus l'arsenal législatif existant, que ce soit sous l'angle des mar-

⁷⁵ Voir Nicolas Queloz, *Processus de Corruption en Suisse*, p.377.

⁷⁶ Voir art. 432-11 à 432-13 du code pénal français (corruption et trafic d'influence d'agents publics) et l'art. 433-2 (trafic d'influence de particuliers).

⁷⁷ Voir Nicolas Queloz, *op.cit.*, p.377.

⁷⁸ Voir Maria Luisa Cesoni, *Corruption et trafic d'influence en Suisse, une Italie en puissance?*, In: *criminalité économique*, Groupe suisse de travail de criminologie, 1999, p. 184.

⁷⁹ RS 101

⁸⁰ RS 171.10.

⁸¹ Voir par exemple Zurich: art. 5, let. a, *Gesetz über die Organisation und die Geschäftsordnung des Kantonsrates* du 01.07.02; Berne: art. 7 de la loi sur le Grand Conseil du 1.11.1993; Neuchâtel: art. 5, lettres c et d, de la loi sur l'organisation du Grand Conseil du 22.03.93.

chés publics⁸², du contrôle judiciaire des décisions administratives, des dispositions relatives à la fonction publique⁸³, ou encore du contrôle interne de l'activité administrative⁸⁴ permet d'empêcher que certaines situations dégénèrent et provoquent une recrudescence de la corruption.

Ainsi la nécessité d'introduire de nouvelles dispositions pénales visant à réprimer le trafic d'influence tel qu'il est prévu par la convention du Conseil de l'Europe ne s'impose pas. De plus, cette notion, telle qu'elle ressort du texte de la convention, ne semble pas suffisamment précise et risque de pénaliser le simple lobbying, tel qu'il est pratiqué dans le monde entier et également en Suisse. L'entreprise qui consisterait à délimiter les comportements licites de ceux qui ne le sont pas s'avèrerait extrêmement périlleuse et complexe. De plus, les preuves seraient très difficiles à apporter. Enfin, il paraît illusoire de vouloir supprimer ces enchevêtrements sociaux par l'introduction d'une telle norme pénale qui se révélerait rapidement peu efficace. En effet, l'accumulation de nouvelles normes pénales plutôt symboliques risque d'avoir pour conséquence d'affaiblir l'ensemble du système répressif.

La réponse à apporter doit être avant tout de nature préventive et non répressive. Le droit pénal devrait se concentrer sur la corruption au sens strict et l'acceptation ou l'offre d'avantages indus, de manière à viser avant tout le comportement des fonctionnaires dépositaires de la confiance des administrés, plutôt que de criminaliser tous les comportements qui ne sont que des épiphénomènes des délits proprement dits.

Au vu de tous ces éléments, il convient d'utiliser la possibilité d'émettre une réserve à l'art. 12 de la convention, comme l'ont déjà fait la Belgique, la Bulgarie, le Danemark, l'Estonie, les Pays-Bas, la Slovaquie, la Suède et le Royaume-Uni⁸⁵.

2.2.6 Blanchiment d'argent (art. 13 de la convention)

2.2.6.1 Exigences

L'art. 13 de la convention impose aux Etats membres l'incrimination du blanchiment d'argent telle que prévue par l'art. 6 de la convention n°141 du Conseil de l'Europe⁸⁶ lorsque l'infraction préalable est constituée par l'une des infractions établies en vertu des art. 2 à 12 de la présente convention, pour autant que la Partie n'ait pas formulé de réserve ou de déclaration à l'égard de ces infractions et les considère comme graves au regard de sa législation relative au blanchiment de l'argent.

⁸² Voir par exemple la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) qui règle et assure la transparence des procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction, visant à assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

⁸³ Voir l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (RO 2003 5011), qui impose l'obligation d'annoncer toute activité accessoire, l'obligation dans certains cas de reverser le revenu et bien entendu l'interdiction d'accepter des cadeaux.

⁸⁴ Par exemple par le Contrôle des finances.

⁸⁵ En voie de ratifier la convention, la France qui pourtant connaît l'infraction de trafic d'influence, envisage également de faire une réserve à l'art. 12. Elle renonce en effet à incriminer les actes commis en vue d'influencer la prise de décision d'un agent public étranger ou d'un membre d'une assemblée publique étrangère (Rapport n° 1424 de Marc Reyman au nom de la commission des affaires étrangères du 11 février 2004).

⁸⁶ RS 0.311.53.

Selon le rapport explicatif, les liens étroits existant entre la corruption et le blanchiment d'argent justifient que cette convention érige aussi en infraction le blanchiment. La convention pose le principe selon lequel les Parties devront considérer les infractions de corruption, au sens de ses art. 2 à 12, en tant qu'infractions préalables dans le cadre de la législation anti-blanchiment. Le renvoi au droit national a pour conséquence que les Etats parties sont en réalité libres de déterminer, en fonction de leur droit interne, quelles infractions de corruption constituent des infractions préalables.

2.2.6.2 Comparaison avec le droit suisse

L'art. 305^{bis} CP, entré en vigueur le 1^{er} août 1990, réprime le blanchiment d'argent, c'est-à-dire, l'acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. A teneur de l'art. 305^{bis}, al. 3, CP, l'auteur est également punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger, si elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise. Cette disposition est par ailleurs tout à fait compatible⁸⁷ avec la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime⁸⁸.

En droit applicable, la corruption active et passive d'agents publics suisses et la corruption active des agents étrangers sont des crimes au sens de l'art. 9 CP et constituent dès lors une infraction préalable pouvant donner lieu à blanchiment d'argent. L'acceptation et l'octroi d'avantages au sens des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont des délits et ne représentent pas une infraction préalable au blanchiment d'argent. Dans le présent avant-projet, la nouvelle infraction de corruption passive des agents étrangers est aussi qualifiée de crime, alors que les actes de corruption privée échappent à cette catégorie, puisqu'il s'agit de délits.

Ceci est parfaitement conforme aux exigences de l'art. 13 de la Convention qui laisse toute latitude aux Etats parties quant à la qualification des infractions sous-jacentes.

2.2.7 Infractions comptables (art. 14 de la convention)

2.2.7.1 Exigences

L'art. 14 prévoit l'incrimination des actes ou omissions comptables visant à commettre, dissimuler ou déguiser des actes de corruption, en établissant ou utilisant une facture ou tout autre document ou écriture comptable qui contient des informations fausses ou incomplètes (let. a) ou en omettant de manière illicite de comptabiliser un versement (let. b).

⁸⁷ Voir message du Conseil fédéral relatif à la ratification de la convention n° 141, FF 1992 VI 8ss.

⁸⁸ RS 0.311.53.

Selon le rapport explicatif de la convention, les infractions comptables peuvent soit constituer des actes préparatoires aux délits de corruption, soit constituer des actes visant à les masquer. L'art. 14 vise ces deux sortes de liens et couvre toutes les infractions de corruption traitées par la convention⁸⁹. Le comportement incriminé peut se concrétiser de deux manières différentes, premièrement par une action positive qui consiste à fabriquer ou à utiliser des factures ou d'autres types de documents comptables ou registres contenant des informations fausses. Ce comportement vise à tromper une personne afin de cacher un délit de corruption. Deuxièmement le comportement visé peut aussi être passif, et consister en un acte d'omission illicite, lorsque les personnes en cause ont l'obligation légale d'enregistrer les paiements.

2.2.7.2 Comparaison avec le droit suisse

Le droit suisse satisfait les exigences de la convention. L'art. 957 CO⁹⁰ de même que l'art. 52 de l'ordonnance sur le registre du commerce⁹¹ stipulent que l'inscription d'une raison de commerce au registre suppose l'existence de livres comptables exigés par la nature et l'étendue de ses affaires et l'obligation de les tenir de telle sorte qu'ils révèlent la situation financière de l'entreprise, l'état de ses dettes et de ses créances, de même que le résultat des exercices annuels.

Sur le plan pénal, l'art. 325 CP menace des arrêts ou de l'amende celui qui intentionnellement ou par négligence aura contrevenu à l'obligation légale de tenir une comptabilité. La comptabilité et les pièces qui la constituent – en dehors de l'obligation de tenir une comptabilité – sont protégées des falsifications par l'art. 251 CP (faux dans les titres). Dans la mesure où les éléments de comptabilité sont destinés à tromper, les infractions contre le patrimoine peuvent entrer en ligne de compte. Finalement, le fait d'utiliser une fausse facture dans le but de dissimuler une infraction commise par un tiers pourrait aussi tomber sous l'art. 305 CP (entrave à l'action pénale) ou constituer un acte de complicité de corruption.

2.2.8 Actes de participation (art. 15 de la convention)

A teneur de l'art. 15 de la convention, tout acte de complicité intentionnel des infractions pénales prévues par la Convention doit être réprimé. L'art. 25 CP prévoit la punissabilité des complices. Cette forme de participation s'applique bien entendu aussi tant aux dispositions pénales en vigueur qu'à celles qui sont proposées ici et, par conséquent, remplit parfaitement les exigences de l'art. 15 de la convention.

2.2.9 L'immunité (art. 16 de la convention)

L'art. 16 précise que la présente convention ne porte pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de l'immunité.

⁸⁹ Voir rapport explicatif N 71.

⁹⁰ RS 220.

⁹¹ RS 221.411.

Cette disposition concerne en première ligne le personnel des organisations publiques internationales ou supranationales, les membres d'assemblées parlementaires internationales ainsi que les juges et les agents de cours internationales. Ces catégories de personnes bénéficient de privilèges et immunités, notamment de l'immunité de juridiction pénale, sur la base de traités internationaux créant l'organisation internationale concernée, de protocoles multilatéraux ou des accords conclus entre l'institution et l'Etat de siège. La levée de l'immunité est donc une condition préalable à l'ouverture d'une procédure pénale, conformément aux règles particulières s'appliquant à chacune des catégories de personnes susmentionnées.

Se pose la question particulière des fonctionnaires des organisations internationales basées en Suisse, comme l'Organisation des Nations Unies basée à Genève ou l'Organisation mondiale du commerce. Le statut juridique en Suisse de ces organisations et de leur personnel est déterminé par les accords de siège conclus par le Conseil fédéral. Les hauts fonctionnaires de ces organisations bénéficient de l'immunité de juridiction tant dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions que pour les actes accomplis à titre privé. Les autres fonctionnaires, eux, ne bénéficient de l'immunité de juridiction que pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. L'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions subsiste même après la fin des fonctions. Il appartient à chaque organisation de déterminer la personne en son sein, habilitée à se prononcer sur la levée de l'immunité d'un fonctionnaire. En règle générale, il s'agit du Directeur général ou du Secrétaire général.

2.2.10 Compétence (art. 17 de la convention)

2.2.10.1 Exigences

L'art. 17 prévoit que chaque Etat partie doit reconnaître sa compétence relativement aux infractions prévues par les art. 2 à 14 de la convention lorsque l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire (let. a), ou si l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants, un de ses agents publics ou un de ses membres d'assemblées publiques nationales (let. b), ou finalement si l'infraction implique l'un de ses agents publics ou membres de ses assemblées publiques nationales ou toute personne visée aux art. 9 à 11, qui est en même temps un de ses ressortissants (let. c).

Le par. 1, let. a, de l'art. 17 consacre le principe de la territorialité, tout en proposant une interprétation large, selon laquelle, il suffit qu'une partie seulement de l'infraction (remise du pot de vin par exemple) soit commise sur le territoire de l'Etat pour fonder sa compétence⁹².

Le par. 1, let. b, pose le principe de la nationalité active. En outre, selon la convention, la compétence est également établie si les fonctionnaires ou les membres d'assemblées nationales du pays commettent une infraction de ce type, et ce même s'ils ne sont pas simultanément des ressortissants de ce pays⁹³.

Le par. 1, let. c, consacre le principe de la protection des intérêts nationaux et de la nationalité, selon lequel la compétence repose sur le statut de la personne qui s'est laissée corrompre. Il s'agit soit d'un fonctionnaire soit d'un membre d'une assem-

⁹² Voir rapport explicatif N 79.

⁹³ Voir rapport explicatif N 80.

blée nationale publique (et pas nécessairement d'un ressortissant), ou alors il s'agit d'un ressortissant qui est en même temps fonctionnaire international, membre d'une assemblée parlementaire internationale ou juge ou agent d'une cour internationale⁹⁴.

2.2.10.2 Comparaison avec le droit suisse

L'application spatiale du code pénal suisse est régie par trois principes, celui de la territorialité⁹⁵, celui de la nationalité⁹⁶ et celui de la compétence universelle⁹⁷. Il convient d'examiner si le droit suisse permet de couvrir tous les cas de figure envisagés par l'art. 17, par. 1, de la convention:

- En vertu des art. 3 et 7 CP, la Suisse est compétente pour tous les actes de corruption commis en tout ou en partie en Suisse. Sur ce point, les exigences de la convention sont totalement respectées.
- Infraction commise à l'étranger par un Suisse: selon l'art. 6 CP, la Suisse reconnaît sa compétence sous réserve de la double incrimination.
- Actes de corruption commis à l'étranger par un agent public suisse de nationalité étrangère: beaucoup de fonctions n'impliquent pas forcément la nationalité suisse, ainsi, un agent public suisse peut être de nationalité étrangère et commettre une infraction à l'étranger. Par exemple, il pourrait s'agir d'un employé étranger d'une ambassade suisse⁹⁸. Dans ce cas, l'art. 6^{bis} CP s'applique. Il exige la double incrimination et un engagement pris par la Suisse sur le plan international.
- Actes de corruption commis à l'étranger par un membre étranger d'une assemblée publique nationale: dans le cadre de l'extension du droit d'éligibilité cantonal ou communal aux étrangers⁹⁹, il n'est pas absolument exclu qu'un tel cas puisse se présenter. L'art. 6^{bis} CP s'applique également dans les mêmes conditions que celles énumérées ci-dessus.
- Actes de corruption commis à l'étranger impliquant un ressortissant suisse fonctionnaire international, membre d'une assemblée parlementaire internationale ou juge ou agent d'une cour internationale: ici, l'art. 6, voire 6^{bis} CP, s'appliquent.

La partie générale révisée du CP¹⁰⁰ prévoit un nouvel art. 7 CP qui étend le champ d'application aux cas où le délit a été commis à l'étranger, par un étranger et contre un étranger, si l'acte est aussi réprimé au lieu où il a été commis ou que ce lieu ne

⁹⁴ Voir rapport explicatif N 81.

⁹⁵ Art. 3 CP, complété par l'art. 7 CP.

⁹⁶ Art. 5 et 6 CP.

⁹⁷ Art. 6^{bis} CP.

⁹⁸ Le territoire suisse comprend aussi les ambassades étrangères en Suisse (ATF **109** IV 156, JT **1984** IV 121, cité par Martin Killias, Précis de droit pénal général, Stämpfli 1998, p. 256, n° 1602).

⁹⁹ Comme dans le canton de Vaud.

¹⁰⁰ FF **2002** 7658 Ces dispositions révisées font une nouvelle distinction entre les crimes commis à l'encontre de l'Etat (art. 4), les délits commis à l'encontre de l'intégrité sexuelle des enfants (art. 5 CP), les infractions poursuivies en vertu d'un accord international (art. 6) et les autres crimes et délits commis à l'étranger (art. 7). Le nouvel art. 6 reprend en substance le contenu de l'actuel art. 6^{bis} CP et n'abandonne pas le principe de la double incrimination.

relève d'aucune juridiction pénale, si l'auteur se trouve en Suisse ou est remis à la Suisse pour cet acte et si l'acte peut donner suite à une extradition mais que l'auteur n'est pas extradé. L'al. 2 précise que lorsque l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que le crime ou le délit n'a pas été commis contre un ressortissant suisse, le 1^{er} al. est applicable uniquement si la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte.

Ainsi, le nouveau droit étend légèrement la portée du CP au-delà du droit actuel, tout en préservant le principe de double incrimination.

2.2.10.3 Conclusion

Ainsi, il apparaît que le code pénal ne va pas tout à fait aussi loin que la convention qui impose une conception élargie de la compétence. Il ne semble pas indiqué de créer de nouvelles dispositions légales afin de remplir toutes les exigences de l'art. 17, par. 1, let. b et c, dans les derniers détails, qui en pratique n'ont qu'une signification extrêmement restreinte. En particulier, les actes de corruption commis à l'étranger ne justifient pas, ni en fonction de leur gravité, ni de leurs caractéristiques que l'on renonce en l'espèce à l'exigence de double incrimination¹⁰¹. Ainsi, dans la mesure permise par l'art. 17, par. 2, de la convention, il convient de rédiger une réserve sur ce point, à l'instar du Danemark, de la Finlande, des Pays-Bas, du Portugal, de la Suède et du Royaume-Uni.

2.2.11 Responsabilité des personnes morales (art. 18 de la convention)

2.2.11.1 Exigences

L'art. 18 de la convention oblige les parties contractantes à faire en sorte que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux établies en vertu de la convention, à la condition que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale et que la personne physique qui agit y occupe une fonction de direction basée sur un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle (art. 18, par. 1). La responsabilité de la personne morale doit également pouvoir être engagée lorsque l'infraction a été rendue possible par l'absence de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au par. 1. Dans ce deuxième cas de figure, l'infraction est commise par une autre personne physique occupant une fonction subalterne au sein de l'entreprise (art. 18, par. 2). En outre, la responsabilité de la personne morale ne doit pas exclure les poursuites pénales à l'encontre des personnes physiques qui ont commis les infractions en question (art. 18, par. 3).

Cette disposition s'inscrit dans une tendance actuelle qui consiste à inclure, dans les conventions internationales en matière pénale, des dispositions relatives à la responsabilité des entreprises. De telles dispositions figurent également, par exemple, dans

¹⁰¹ A la différence des infractions les plus graves pour lesquelles le champ d'application a été étendu, comme par exemple la prise d'otage (art. 185, al. 5, CP).

la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions pénales internationales¹⁰².

2.2.11.2 Comparaison avec le droit suisse

Les Chambres fédérales ont déjà adopté, dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal, les art. 102 ss nCP, qui instituent la responsabilité pénale de l'entreprise¹⁰³. En vue de s'assurer que ces dispositions pourront entrer en vigueur à temps pour la mise en œuvre de la Convention de l'ONU pour la répression du financement du terrorisme, la norme relative à la responsabilité des entreprises (avec une liste d'infractions complétée) a été intégrée à ce projet¹⁰⁴ et adoptée par le Parlement au printemps 2003¹⁰⁵. Après leur entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003, les dispositions relatives à la responsabilité pénale de l'entreprise ont été insérées dans la partie générale du code pénal, où elles sont devenues les art. 100^{quater} et 100^{quinquies} 106.

Le nouvel art. 100^{quater} CP introduit une responsabilité pénale subsidiaire générale de la personne morale (si le crime ou le délit ne peut être imputé à aucune personne physique en raison du manque d'organisation de l'entreprise, art. 100^{quater}, al. 1), et une responsabilité primaire pour certaines catégories d'infraction, s'il doit être reproché à l'entreprise de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction d'être commise (art. 100^{quater}, al. 2).

Dans le cadre de l'examen de la conformité du droit pénal suisse révisé avec la convention, il faut tout d'abord relever que le champ d'application de l'art. 100^{quater} CP est plus étendu que celui de l'art. 18 de la convention, puisque ce dernier se limite aux infractions commises pour le compte de la personne morale et qui impliquent des cadres de l'entreprise. Pour ce qui est des autres conditions, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise selon l'art. 100^{quater}, al. 1, n'est certes pas entièrement conforme aux intentions de la convention, cet al. ne prévoyant pas la possibilité de poursuites parallèles contre les personnes morales et les personnes physiques. En revanche, les conditions posées pour engager la responsabilité primaire de l'entreprise selon l'al. 2 (reproche de ne pas avoir pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction) couvrent complètement les variantes prévues à l'art. 18, par. 2, de la convention. Si une infraction visée par la convention est commise en raison d'un manque de contrôle ou de surveillance d'une personne dirigeante, on peut toujours en déduire que l'entreprise n'a pas pris toutes les mesures pour empêcher la commission de l'infraction. Ceci vaut également dans le cas où l'acte a été perpétré directement par une personne dirigeante (art. 18, par. 1, de la convention); il ne pourrait en être autrement que lorsque la personne exerçant une fonction dirigeante déjoue toutes les mesures de prévention nécessaires et raisonna-

¹⁰² Tout comme, par exemple, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, FF **2002**, p. 5462 ss., la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée et la Convention de lutte contre la cybercriminalité du Conseil de l'Europe.

¹⁰³ FF **2002**, p. 7658 ss

¹⁰⁴ Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, FF **2002**, p. 5014 ss

¹⁰⁵ FF **2003**, p. 2532 ss

¹⁰⁶ RO **2003** 3043 ss.

bles de telle manière que son comportement apparaisse du point de vue de l'entreprise comme imprévisible et inévitable¹⁰⁷. Lorsque l'infraction a été commise dans l'intérêt de l'entreprise, ce cas de figure est à peine envisageable. Parallèlement, des situations de faits tombent sous l'application de l'art. 100^{quater} al. 2 CP, sans pour autant remplir les conditions de la convention. Tel est les cas lorsque un collaborateur sans fonction dirigeante commet une infraction de corruption active et qu'un défaut de recrutement ou d'instruction peut être reproché à l'entreprise. De même, il n'est pas exigé que le délit soit commis au bénéfice de l'entreprise.

La liste des infractions pour lesquelles la responsabilité primaire de l'entreprise peut être engagée, incluse dans l'art. 100^{quater}, al. 2, CP, couvre toutes les infractions de corruption active d'agents publics au sens de la convention, puisque cette liste comprend la corruption active d'agents publics suisses (art. 322^{ter} CP), l'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} CP) et la corruption active d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP). La responsabilité primaire de l'entreprise s'étend également aux cas de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).

2.2.11.3 Nécessité de compléter l'art. 100^{quater}, al. 2, CP

La corruption active dans le secteur privé – qui doit à l'avenir être réglée à l'art. 4a, al. 1, let. a, LCD¹⁰⁸ – n'est pas incluse dans la liste des infractions fondant la responsabilité primaire de l'entreprise. Or il est indiqué de prévoir que la responsabilité primaire de l'entreprise pourra être engagée en cas d'infraction de corruption active dans le secteur privé, non seulement pour satisfaire aux exigences de la convention, mais aussi pour des raisons de cohérence de la législation. En effet, la corruption active dans le secteur privé a pour but, dans une situation de concurrence économique, d'obtenir un avantage par un moyen déloyal. Il est évident que la personne qui va finalement profiter de l'infraction sera, en règle générale, une personne morale, pour le compte de laquelle le corrupteur actif agit. En d'autres termes, la question de la responsabilité de l'entreprise joue un rôle central dans les affaires de corruption, en particulier lorsqu'elles concernent le secteur privé. Cette question revêt également une importance particulière dans l'optique de la prévention. Il est dès lors proposé d'inclure la corruption active dans le secteur privé selon l'art. 4a, al. 1, let. a, P-LCD dans la liste des infractions énumérées à l'art. 100^{quater}, al. 2, CP.

Par ailleurs, une modification d'ordre purement rédactionnel de la liste des infractions à l'art. 100^{quater}, al. 2, CP concerne la corruption active des agents publics étrangers, qui sera désormais traitée à l'art. 322^{septies}, al. 1, CP¹⁰⁹.

Dans la mesure où une réserve est formulée à l'endroit de l'art. 12 de la convention¹¹⁰, cette disposition reste logiquement sans effet sur la responsabilité des entreprises.

¹⁰⁷ Lire Alain Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise, Zurich 2004, p. 155.

¹⁰⁸ Cf. ch. 2.2.4 ci-dessus

¹⁰⁹ Dans la mesure où la corruption passive des agents publics étrangers devient l'art. 322^{septies} al. 2, voir ch. 2.2.2.

¹¹⁰ Voir infra 2.2.5.3.

2.2.12 Sanctions et mesures (art. 19 de la convention)

L'art. 19 impose à chaque partie de prévoir à l'égard des infractions définies par la Convention des sanctions et des mesures effectives, proportionnées et dissuasives incluant des sanctions privatives de liberté, pouvant donner lieu à l'extradition, lorsque des personnes physiques sont en cause ou des sanctions pécuniaires lorsqu'il s'agit de personnes morales. Il prévoit aussi l'adoption de mesures permettant notamment de confisquer les produits des infractions pénales visées par la convention ou des biens dont la valeur correspond à ces produits.

La corruption active et passive d'agents publics, de même que la corruption active d'agents étrangers sont considérées comme des crimes pouvant donner lieu à une peine maximale de cinq ans de réclusion. Le projet de révision de l'art. 322^{septies}, al. 2, prévoit de faire également de la corruption passive d'agents étrangers un crime. L'octroi et l'acceptation d'un avantage et la corruption privée constituent des délits pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement de trois ans au plus. Il s'agit donc d'infractions permettant l'extradition d'après l'art. 35 de la loi sur l'entraide internationale¹¹¹. S'agissant des entreprises, elles s'exposent à une amende jusqu'à 5 millions de francs. Ainsi, les exigences de la convention sont entièrement remplies. S'agissant de la confiscation, les art. 58 ss du code pénal apportent les moyens adéquats¹¹².

2.2.13 Autorités spécialisées (art. 20 de la convention)

Au terme de cet art., les parties doivent promouvoir la spécialisation de personnes ou d'unités indépendantes dans la lutte contre la corruption et doivent s'assurer qu'elles sont dotées des moyens et de l'indépendance nécessaires pour accomplir leurs tâches.

La compétence de poursuivre et de juger des actes de corruption appartient d'une part aux cantons et d'autre part à la Confédération lorsque les conditions de l'art. 340 ou 340^{bis} CP sont réunies.

La plupart des cantons sont dotés d'unités spécialisées dans la lutte contre la criminalité économique, qui sont chargées également de traiter des affaires de corruption. Ces unités spécialisées se retrouvent aux différents stades de la procédure, que ce soit à celui de l'instruction (brigade financière¹¹³ et juge d'instruction spécialisé¹¹⁴) ou à celui du jugement (tribunal pénal économique¹¹⁵).

Au sein de l'Office fédéral de la police, une division appelée «Enquête Protection de l'Etat/délits spécifiques» a été créée, elle-même subdivisée en divers commissariats, dont un est destiné spécifiquement à la lutte contre la corruption. A ce jour, cette entité est constituée par cinq personnes. Au Ministère public de la Confédération 17 équipes sont actives dans le cadre des nouvelles compétences, soit dans le

¹¹¹ EIMP, RS 351.1

¹¹² FF 1999 5045, p. 5093.

¹¹³ Notamment dans les cantons de Genève, Zürich et Neuchâtel.

¹¹⁴ Voir par exemple l'art. 47A de la loi sur l'organisation judiciaire genevoise (RSG E. 2 05), ou l'art. 102, al. 2, du code de procédure pénale neuchâtelois (CPPN; RSN 322.0).

¹¹⁵ Entre autres Neuchâtel (art. 33 CPPN; RSN 322.0).

domaine de la criminalité organisée, du blanchiment d'argent, de la corruption et de la criminalité économique.

2.2.14 Coopération entre autorités nationales (art. 21 de la convention)

2.2.14.1 Contenu et exigences

L'art. 21 prévoit une obligation générale, sous réserve de l'application du droit national, d'assurer la collaboration de toutes les autorités publiques et des agents publics avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales. L'étendue du devoir de collaboration avec les autorités de la poursuite pénale doit être définie par le droit interne. Ainsi, il n'est pas exigé des Etats parties qu'ils instaurent l'obligation générale, pour leurs agents publics de signaler les infractions¹¹⁶. L'agent public peut remplir son obligation de collaborer soit en désignant de lui-même l'existence de motifs raisonnables de considérer qu'une infraction a été commise soit en fournissant aux autorités pénales les informations qu'elles demandent¹¹⁷. Finalement des exceptions à l'obligation de fournir des renseignements peuvent aussi être prévues¹¹⁸.

2.2.14.2 Situation en droit suisse

Si certains cantons connaissent l'obligation générale de dénoncer des fonctionnaires¹¹⁹, tous prévoient la possibilité d'entendre les fonctionnaires en qualité de témoins sous réserve de la levée préalable du secret de fonction¹²⁰.

La procédure pénale fédérale ne contient pas d'obligation générale de dénoncer mais prévoit qu'après levée du secret de fonction tout fonctionnaire peut être appelé à témoigner¹²¹. De même des documents officiels peuvent être séquestrés. Dans le cadre du projet d'unification de la procédure pénale, il est prévu que les fonctionnaires tenus par une obligation de dénoncer seront obligés de témoigner, les autres ne pouvant le faire qu'avec l'accord de l'autorité supérieure. Cette dernière doit lever le secret de fonction lorsque l'intérêt à la recherche de la vérité prime l'intérêt au maintien du secret¹²².

¹¹⁶ Rapport explicatif N 102.

¹¹⁷ Rapport explicatif N 103.

¹¹⁸ Rapport explicatif N 106.

¹¹⁹ Voir par exemple l'art. 6 du code de procédure pénale neuchâtelois et l'art. 11 du code de procédure pénale genevois.

¹²⁰ Voir art. 102 ch. 8 et 115 du code de procédure pénale bernois.

¹²¹ Art. 78 de la loi sur la procédure pénale fédérale (RS **312.0**).

¹²² Art. 177 de l'avant-projet d'unification de la procédure pénale.

2.2.15 Protection des collaborateurs de justice et témoins (art. 22 de la convention)

2.2.15.1 Exigences

Au terme de cette disposition formulée de manière générale, des mesures nécessaires doivent être prises pour assurer une protection effective et appropriée aux collaborateurs de justice et aux témoins, appelés à donner des informations dans le cadre d'une procédure concernant les infractions prévues par la convention. Selon le rapport explicatif¹²³, on entend par collaborateur de justice toute personne qui est elle-même mise en examen ou qui a été condamnée pour avoir participé à des infractions de corruption mais qui accepte de coopérer avec les autorités de répression, en particulier en les renseignant sur les infractions auxquelles elle a participé pour leur permettre de procéder aux investigations et poursuites.

2.2.15.2 Situation en droit suisse

On trouve des dispositions sur la protection des témoins et autres personnes tant dans les codes de procédure pénale cantonaux que dans la loi sur la procédure pénale fédérale. Des règles permettant aux témoins de refuser de témoigner lorsqu'un témoignage compromettrait leur honneur ou les exposerait à de graves inconvénients¹²⁴ sont très largement répandues et garantissent efficacement la protection des témoins mais compromettent parfois la recherche de la vérité. La jurisprudence du Tribunal fédéral s'est également prononcée à plusieurs reprises sur les conditions de l'admissibilité des témoignages anonymes¹²⁵. Par ailleurs des mesures matérielles de protection des témoins et de toute autre personne (protection policière) sont déjà possibles sans base légale expresse. Par contre la Suisse ne connaît pas de mesures extrajudiciaires de protection comme le changement d'identité¹²⁶. Ces dernières paraissent en tous cas disproportionnées dans le cadre des infractions de corruption.

L'avant-projet d'unification de la procédure pénale prévoit des dispositions particulières concernant la protection des témoins, des personnes entendues aux fins de renseignement, des prévenus, des experts et des traducteurs qui imposent aux autorités judiciaires, lorsque ces personnes sont menacées d'un danger sérieux pour la vie ou l'intégrité corporelle ou d'un autre inconvénient grave, de prendre les mesures appropriées. Il peut s'agir notamment d'auditions ou de vérifications d'identité en l'absence des parties, de mesures propres à garantir l'anonymat, et à protéger la personne interrogée devant le tribunal¹²⁷.

¹²³ Op. cit. N 110.

¹²⁴ Voir par exemple l'art. 48 du code de procédure pénale genevois.

¹²⁵ ATF 118 IA 457, ATF 118 IA 327, ATF 125 I 127, le TF a admis qu'un agent infiltré pouvait être interrogé, pour autant qu'il ne soit ni vu, ni reconnaissable par sa voix.

¹²⁶ Lire «De 29 à l'unité», rapport de la Commission d'experts «unification de la procédure pénale» (DFJP 1997, p. 66).

¹²⁷ Lire art. 160 à 162 AP-PP, de même que les dispositions relatives à la modification de la procédure pénale militaire acceptées par le Parlement le 19 décembre 2003 (protection des témoins, art. 98a-98d CPM), FF 2003 p. 7509 ss, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2004, RO 2004 2691.

2.2.16 Mesures visant à faciliter la collecte de preuves et la confiscation des produits (art. 23 de la convention)

2.2.16.1 Exigences

A teneur du par. premier de cette disposition, les Etats parties sont tenus d'adopter des mesures en vue de faciliter la collecte de preuves relatives aux infractions visées par la convention, de même que pour permettre de prendre les mesures prévues par l'art. 19, par. 3, de cette dernière. On entend par-là les moyens de preuves spéciaux prévus par le droit interne, comme les agents infiltrés, les écoutes téléphoniques, l'interception de télécommunications et l'accès aux systèmes informatiques.

Les Etats parties sont libres d'interdire le recours à de telles pratiques ou de les accompagner de mesures de protection¹²⁸.

Le par. 2 prévoit la saisie par l'autorité judiciaire des dossiers bancaires, financiers ou commerciaux. Le secret bancaire ne doit pas être un obstacle aux mesures prévues aux par. 1 et 2 (par. 3).

2.2.16.2 Situation en droit suisse

Moyens de preuve

Les cantons et la Confédération connaissent un arsenal complet de moyens de preuve permettant de répondre aux exigences posées par la convention. Parmi ceux-ci, on peut citer l'audition de témoins, l'audition aux fins de renseignement, l'expertise, l'inspection locale, la perquisition, le séquestre et la saisie.

Finalement, l'art. 47, al. 4, de la loi fédérale sur les banques¹²⁹ délie les établissements bancaires du secret bancaire en cas d'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Ainsi, le droit suisse remplit parfaitement les exigences de l'art. 23 de la convention.

Mesures d'investigation spéciales

La loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)¹³⁰, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, autorise notamment de telles mesures de surveillance en ce qui concerne la corruption active et passive des agents publics suisses. Le 21 mars 2003, une extension du catalogue des infractions a été votée dans le cadre du projet de loi «terrorisme»¹³¹, visant entre autres l'art. 322^{septies} CP (corruption des agents étrangers). Ainsi, la corruption passive des agents étrangers proposée par le présent avant-projet¹³² serait directement englobée dans le champ d'application de la LSCPT, sans qu'une modification supplémentaire ne soit nécessaire.

¹²⁸ Rapport explicatif N 114.

¹²⁹ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0).

¹³⁰ LSCPT; RS 780.1

¹³¹ En vigueur depuis le 1^{er} octobre 2003, RO 2003 2043 ss, cf. aussi message du Conseil fédéral, FF 2002, p. 5084 ss.

¹³² Infra 2.2.2.

sont de nature à faciliter la coopération, à en accélérer le processus voire parce qu'ils sont les seuls à permettre l'instauration d'une forme bien déterminée de coopération.

2.3.2 Entraide (art. 26 de la convention)

2.3.2.1 Exigences

L'art. 26, par. 1, reprend le principe statué à l'art. 25 selon lequel les Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans le domaine couvert par la convention. Dans ce contexte, les Parties sont tenues de traiter dans les plus brefs délais les requêtes émanant des autorités compétentes. Il s'agit de parer au risque que des retards paralysent une enquête voire remettent en cause l'objectif qu'elle poursuit. A noter que l'art. 17a EIMP¹³⁷ prévoit un devoir de célérité similaire.

Le par. 2 énumère les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser d'accéder à la demande d'entraide. Ces motifs sont classiques: il faut qu'il y ait un risque d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Partie requise, à sa souveraineté nationale, à sa sécurité nationale ou à son *ordre public*. Si les motifs de refus n'ont pas été érigés en norme impérative, c'est par souci de favoriser une coopération aussi large que possible. Un motif de refus n'a cependant pas été mentionné: celui de l'infraction politique, ce motif devant faire l'objet d'une réserve spécifique de la part de l'Etat concerné¹³⁸.

Ainsi que le prévoient déjà d'autres textes dans des termes similaires¹³⁹, les Parties ne peuvent, selon le par. 3, se prévaloir du secret bancaire pour justifier leur refus d'accorder l'entraide. Cette disposition n'induit donc pas d'obligation nouvelle pour la Suisse. En effet, si les requêtes dont elle est saisie portent sur des infractions pouvant donner lieu à l'entraide judiciaire, le secret bancaire qui ne représente pas un droit absolu ne saurait – pas plus aujourd'hui qu'à l'avenir – être un obstacle à la coopération¹⁴⁰. Lorsque son droit interne le prescrit, toute Partie peut exiger qu'une demande d'entraide judiciaire qui impliquerait la levée du secret bancaire soit agréée par une autorité de justice pénale.

¹³⁷ Aux termes de l'art. 17a EIMP, l'autorité compétente traite les demandes avec célérité. Elle statue sans délai.

¹³⁸ Conformément à l'art. 37, par. 3, de la convention. Quant à la nécessité d'émettre formellement une réserve, cf. ch. 2.3.2.2.

¹³⁹ Cf., notamment, l'art. 18, par. 7, de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (RS **0.311.53**) ou l'art. 9, par. 3, de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS **0.311.21**)

¹⁴⁰ Cf. dans ce contexte, l'art. 47 de la loi sur les banques (RS **952.0**), dont l'al. 4 réserve expressément les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice.

2.3.2.2

Compatibilité avec le droit suisse

L'art. 26 de la convention est absolument compatible avec le droit suisse. Le par. 2 ne prévoit pas le motif de refus de l'infraction politique au contraire de l'EIMP selon laquelle une demande d'entraide judiciaire est irrecevable si elle vise un acte qui revêt un caractère politique¹⁴¹.

Il n'en reste pas moins que, sur ce point également, la convention est compatible avec le droit interne de la Suisse puisque l'art. 1 EIMP statue expressément une réserve en faveur d'accords internationaux «en disposant autrement». Ce n'est pas la première fois qu'une convention du Conseil de l'Europe restreint la possibilité d'alléguer l'infraction politique ou l'exclut totalement à certaines conditions¹⁴².

Le fait de renoncer à formuler une réserve au sens de l'art. 37, par. 3, de la convention ne devrait avoir aucune incidence pratique. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la corruption active et passive n'est, d'ores et déjà, pas considérée comme une infraction politique, quand bien même elle est souvent commise dans un contexte politique¹⁴³. Aussi lorsqu'elle est saisie de demandes d'entraide judiciaire visant de telles infractions, la Suisse ne refuse-t-elle pas d'y faire droit. Cette attitude découle, du reste, de la conception suisse de l'infraction politique relative¹⁴⁴, conception qui peut être invoquée puisque la convention ne contient pas de définition de l'infraction politique. Toutefois, les critères qui doivent être remplis pour que l'on puisse admettre que l'on a affaire à une infraction politique relative sont si rigoureux, qu'en pratique, il est rare que l'entraide judiciaire soit refusée pour ce motif¹⁴⁵.

S'il advenait – ce qui n'est pas impensable – que, dans un cas d'espèce, la Suisse soit saisie à la fois d'une demande d'entraide pour un cas de corruption et d'une demande d'entraide visant une infraction véritablement politique, elle pourrait accéder à la demande concernant le cas de corruption et refuser d'accorder l'entraide pour l'infraction politique en invoquant le principe de spécialité.

Par ailleurs, on ne saurait totalement exclure qu'une procédure engagée par un Etat étranger l'ait été pour des motifs politiques et ne soit menée qu'aux fins de poursuivre ou de sanctionner une personne pour ses opinions politiques. De même, n'est-il pas impossible que la situation de cette personne se détériore en raison desdites opinions. Pareils cas qui, aux termes de l'EIMP, rendent irrecevables les demandes de coopération¹⁴⁶, constituent, selon la jurisprudence en vigueur, des violations de l'*ordre public* suisse¹⁴⁷. Aussi, pour rejeter de telles demandes suffirait-il de se prévaloir de l'art. 26, par. 2, de la convention en invoquant l'atteinte à l'*ordre public*. De surcroît, et ainsi que cela a été expressément admis dans le cadre de l'élaboration de cette convention, de tels cas sont également de nature à porter

¹⁴¹ Cf. art. 3, al. 1, EIMP.

¹⁴² Ainsi, la possibilité d'alléguer l'infraction politique dans le cadre d'une procédure d'extradition a été restreinte à l'art. 1 du Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (RS **0.353.11**) et à l'art. 1 et suivants de la Convention européenne pour la répression du terrorisme (RS **0.353.3**).

¹⁴³ ATF **126** II 316 cons. 4b, avec renvoi.

¹⁴⁴ Une infraction de droit commun, telle qu'un acte de corruption, peut constituer une infraction politique relative, si, en l'espèce, l'auteur a obéi à des mobiles principalement politiques.

¹⁴⁵ Cf. dans ce contexte, ATF **128** II 355 cons. 4.2, avec renvois.

¹⁴⁶ Art. 2, let. b et c, EIMP

¹⁴⁷ Cf. ATF **126** II 324, cons. 4c.

atteinte aux «intérêts fondamentaux» de la Partie requise¹⁴⁸, ce qui, aux termes de l'art. 26 de la convention, constitue un motif facultatif de ne pas accéder à la demande d'entraide.

On peut donc renoncer à réserver expressément le cas de l'infraction politique. Une telle renonciation est non seulement de mise mais encore se justifie si l'on veut vraiment que la collaboration la plus large possible puisse s'instaurer dans le cadre du Conseil de l'Europe, ce qui exige que les Etats coopèrent étroitement.

2.3.3 Extradition (art. 27 de la convention)

L'art. 27 contient des normes visant à permettre ou à faciliter l'extradition de personnes soupçonnées d'avoir commis une des infractions relevant du champ d'application de la convention.

A cette fin, les Parties sont tenues de considérer les infractions relevant du champ d'application de la convention comme des infractions donnant lieu à extradition. D'une part, ces infractions doivent être incluses dans tout traité d'extradition – en vigueur ou futur – entre les Parties en tant qu'infractions donnant lieu à extradition (par. 1). D'autre part, les Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité, sont tenues de reconnaître les infractions visées par la convention en tant qu'infractions donnant lieu à extradition (par. 3).

Ainsi que nous l'avons déjà exposé dans le commentaire de l'art. 19¹⁴⁹, toutes les formes de corruption sanctionnées par le droit en vigueur de même que l'ensemble des nouvelles infractions réprimées par la convention donnent lieu, par principe, à l'extradition¹⁵⁰. Il n'en résulte donc aucune obligation nouvelle pour la Suisse.

Les Parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité peuvent considérer la convention comme base légale permettant d'accorder l'extradition, même en l'absence d'un traité (par. 2)¹⁵¹. Cette disposition n'a pas d'importance pour la Suisse, lorsqu'elle est Partie requise.

Le fait que les infractions qui relèvent du champ d'application de la convention doivent être considérées comme donnant lieu à extradition ne signifie cependant pas que la Partie requise doit accorder l'extradition dans tous les cas. Il indique uniquement qu'une extradition est théoriquement possible. En effet, l'extradition elle-même est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition (par. 4). Elle est fondée à refuser d'accéder à la demande si lesdites conditions ne sont pas remplies ou s'il existe un motif de refus. En Suisse, les conditions auxquelles l'EIMP subordonne la recevabilité d'une

¹⁴⁸ Tel pourrait être le cas lorsque des considérations relevant des droits de l'homme devraient l'emporter ou qu'il y a des raisons d'admettre que sous couvert de la lutte contre la corruption, un Etat a présenté une demande d'entraide judiciaire abusive en se prévalant de poursuites pénales qui visent en fait des buts autres que la lutte contre la corruption; cf. convention, rapport explicatif N° 125. L'un de ces buts peut être, par exemple, de poursuivre ou de sanctionner une personne pour ses opinions politiques.

¹⁴⁹ Cf. supra ch. 2.2.12.

¹⁵⁰ L'art. 35, al. 1, let. a, EIMP exige que l'infraction soit frappée d'une sanction privative de liberté d'au moins un an.

¹⁵¹ Ce principe vaut également dans le cas où il existe un traité qui ne prévoit pas que la corruption est une infraction donnant lieu à l'extradition.

demande d'entraide sont, notamment la double incrimination¹⁵² ainsi que la conformité aux principes de procédure fixés, en particulier, par la Convention européenne des droits de l'homme ou par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁵³.

Le par. 5 est le corollaire du principe «aut dedere aut iudicare» qui s'est imposé au niveau international. Si la Partie requise refuse l'extradition uniquement en raison de la nationalité de la personne qui fait l'objet de la demande¹⁵⁴ ou parce qu'elle se considère compétente en l'espèce¹⁵⁵, elle est tenue, sauf convention différente avec la Partie requérante, d'intenter elle-même une procédure pénale. Par la suite, elle devra informer la partie requérante du résultat de cette procédure.

2.3.4 Informations spontanées (art. 28 de la convention)

L'art. 28 permet, dans certaines conditions, à une Partie de communiquer à une autre Partie des informations factuelles, sans que cette dernière lui ait adressé une demande d'entraide judiciaire.

Cette disposition inspirée de l'art. 10 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime¹⁵⁶, est sous-tendue par la conviction selon laquelle un échange d'informations aussi précoce et rapide que possible contribue de manière éminente au succès de la lutte contre la criminalité. Un tel échange est rendu possible par le fait qu'à notre époque la criminalité, bien souvent, ne s'arrête pas aux frontières, de sorte que dans le cadre des investigations qu'elles mènent de leur côté, les autorités d'une Partie sont de plus en plus fréquemment amenées à avoir connaissance d'informations qui sont susceptibles d'intéresser les autorités d'une autre Partie.

La communication d'informations est facultative. Elle n'empêche donc pas la Partie qui a procédé à la communication de se livrer à ses propres investigations ou d'intenter de son côté une procédure pénale. L'art. 67a EIMP prévoit, d'ores et déjà – quoiqu'en des termes quelque peu différents – la possibilité de communiquer spontanément des informations.

¹⁵² Cf. art. 35, al. 1, let. a, EIMP. L'infraction doit être frappée de la sanction minimale aux termes du droit des deux Etats.

¹⁵³ Cf. art. 2, let. a, EIMP (y compris les renvois aux instruments concernés).

¹⁵⁴ En vertu de l'art. 25, al. 1, Cst., les Suisses et les Suissesses ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent. En conséquence, l'art. 7, al. 1, EIMP subordonne la remise d'un ressortissant suisse à une autorité étrangère au consentement écrit de celui-ci.

¹⁵⁵ Même en l'absence d'une telle disposition et dans l'hypothèse où l'extradition ne peut pas être accordée, la Suisse est en mesure de poursuivre l'auteur d'une infraction, à la demande de l'Etat dans lequel elle a été commise («délégation de la poursuite pénale» au sens de l'art. 85 ss, EIMP).

¹⁵⁶ RS **0.311.53**; on trouve de plus en plus souvent des dispositions similaires dans des instruments multilatéraux, par exemple, à l'art. 11 du 2^e Protocole additionnel à la CEEJ, qui prévoit une réglementation générale, applicable à toutes les infractions.

2.3.5 Autorité centrale (art. 29 de la convention)

Afin de favoriser un déroulement à la fois rapide et correct des opérations, il importe que les demandes d'entraide passent par le canal des autorités centrales. Aux termes de l'art. 29, il incombe aux Parties de désigner l'autorité ou les autorités chargée(s) d'envoyer les demandes d'entraide, d'y répondre, de les exécuter ou de les transmettre aux autorités qui ont compétence pour les exécuter (par. 1). Pour s'acquitter de cette obligation, les Parties ne sont pas tenues d'instaurer spécialement de nouvelles autorités. Il leur est loisible de tirer parti des structures existantes. Pour ce qui est de la Suisse, l'EIMP confère à l'Office fédéral de la justice les attributions d'une autorité centrale. Il convient donc de lui reconnaître cette fonction également pour les matières relevant du champ d'application de la convention. Les Parties sont tenues de communiquer au Secrétaire général du Conseil de l'Europe la dénomination et l'adresse des autorités centrales qu'elles ont désignées (par. 2).

2.3.6 Correspondance directe (art. 30 de la convention)

L'art. 30 régit la transmission des demandes d'entraide ou des communications y relatives:

En règle générale, les autorités centrales communiquent directement entre elles (par. 1). En cas d'urgence, cependant, les autorités judiciaires peuvent traiter directement l'une avec l'autre (par. 2)¹⁵⁷. Les demandes dont l'exécution n'implique pas de mesures coercitives peuvent être transmises directement par l'autorité compétente de la Partie requérante à l'autorité compétente de la Partie requise, même s'il n'y a pas urgence (par. 5)¹⁵⁸. Il est également possible de transmettre les demandes par le canal d'Interpol (par. 3). Si une autorité saisie d'une demande en vertu du par. 2 n'est pas compétente pour y donner suite, elle doit la transmettre à l'autorité compétente de son pays et en informer la Partie requérante dans les plus brefs délais (par. 4).

2.3.7 Information (art. 31 de la convention)

Aux termes de l'art. 31, la Partie requise a un devoir d'information quant à la suite donnée à une demande d'entraide judiciaire. Elle est tenue d'informer, dans les plus brefs délais, la Partie requérante des mesures qui ont été prises, du résultat définitif de ces mesures ainsi que de toutes circonstances rendant impossible l'exécution des mesures sollicitées ou risquant de retarder celle-ci considérablement.

¹⁵⁷ En pareille occurrence, l'autorité centrale de la Partie requérante doit informer son homologue de la Partie requise en lui envoyant une copie de la demande ou de la communication y relative.

¹⁵⁸ Cf. Convention, rapport explicatif N 134.

2.4

Suivi de la mise en œuvre de la convention (art. 24 de la convention)

L'introduction d'un mécanisme efficace pour assurer le suivi de la mise en œuvre des instruments anti-corruption dans les Etats membres a été, dès le départ, un élément central des travaux du Conseil de l'Europe. Comme nous l'avons déjà mentionné en introduction¹⁵⁹, les Etats membres ont ainsi créé une commission spéciale, baptisée GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption), qui est responsable, entre autres, du suivi de la mise en œuvre de la présente convention.

Une décision en deux étapes était nécessaire pour l'entrée en vigueur du statut du GRECO, qui est en fait un accord partiel élargi. La résolution (98)7 du Comité des Ministres, adoptée les 4/5 mai 1998, a ouvert le statut à l'adhésion. Pour que le GRECO soit constitué, il fallait encore qu'au moins 14 Etats fassent officiellement part de leur désir de participer à l'accord. Après réception de la 14^e notification, le GRECO a été institué le 1^{er} mai 1999, par la résolution (99)5. Il a entamé ses travaux en automne de la même année. Aujourd'hui, 35 pays membres du Conseil de l'Europe, ainsi que les Etats-Unis, en font partie. En ratifiant la Convention pénale sur la corruption, la Suisse deviendra automatiquement membre du GRECO (cf. art. 32, par. 4, de la convention).

La fonction et l'objectif principal du GRECO, dont le siège est à Strasbourg, sont de soutenir et de renforcer la lutte contre la corruption dans les Etats membres par le biais d'un processus dynamique d'évaluation mutuelle de pays, ayant pour objet le suivi de l'application des 20 principes directeurs et des instruments juridiques du Conseil de l'Europe pour la lutte contre la corruption (cf. art. 1 à 3 du statut). Conformément aux art. 6 et suivants du statut, chaque Etat membre nomme auprès du GRECO une délégation composée, au maximum, de deux représentants. D'autres organes du Conseil de l'Europe (le CDPC, le CDCJ, ainsi que le Comité statutaire prévu à l'art. 18 du Statut) en font partie à titre d'observateurs. Le GRECO se réunit environ quatre fois par année en séance plénière, à huis clos.

Les procédures individuelles d'évaluation des Etats membres constituent l'une des tâches principales du GRECO. Pour l'essentiel, ces évaluations se déroulent sur le modèle établi par le Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI) (cf. art. 10 à 16 du statut): des questionnaires standardisés servent de point de départ pour vérifier comment les Etats membres appliquent certains aspects déterminés des principes directeurs, des conventions et autres recommandations. Les évaluations, qui comprennent régulièrement des visites dans les pays concernés, sont réalisées par des experts issus des autres Etats membres. Les projets de rapports établis par les experts sont ensuite mis au point avec les pays soumis à l'évaluation avant d'être discutés par le GRECO en séance plénière. Les rapports d'évaluation et les éventuelles recommandations adressées au pays membre soumis à évaluation sont confidentiels, mais peuvent être publiés avec l'accord du pays en question. Sous certaines conditions, le Comité statutaire peut faire une déclaration publique pour faire pression sur un Etat qui rechigne à mettre en pratique les recommandations qui lui ont été adressées.

¹⁵⁹ Cf. supra ch. 1.2.

Le premier cycle d'évaluation du GRECO, qui s'est achevé à la fin de 2002, portait sur trois des 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption. Pour le deuxième cycle d'évaluation, qui a commencé au début de 2003 et qui devrait s'achever le 1^{er} juillet 2005, le GRECO a sélectionné une série d'autres principes directeurs ainsi que certaines dispositions de la convention pénale (art. 13, 14, 18, 19 et 23) qui est maintenant entrée en vigueur. Les principaux thèmes examinés seront ainsi la saisie et la confiscation, le blanchiment d'argent et la punissabilité des personnes morales dans des affaires de corruption, l'interdiction de la déductibilité fiscale des commissions occultes ainsi que les mesures préventives à prendre dans l'administration.

Conformément à l'art. 17 de son statut, le budget du GRECO est financé par des contributions annuelles des Etats membres. Le montant de ces contributions ainsi que le barème – qui est en principe conforme au barème général des contributions des Etats membres du Conseil de l'Europe – sont déterminés par le Comité statutaire (cf. art. 18 du statut).

2.5 Dispositions finales (art. 32 à 42 de la convention)

En vertu de l'art. 32 de la convention, l'adhésion est ouverte non seulement aux membres du Conseil de l'Europe, mais également aux Etats non membres qui ont participé à l'élaboration de la convention (Belarus, Canada, Etats-Unis d'Amérique, Japon, Mexique, Vatican). Après l'entrée en vigueur de la convention, il est prévu que d'autres Etats non membres puissent être invités à y adhérer (cf. art. 33 de la convention).

La convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, après notification des 14 ratifications nécessaires à cet effet (art. 32, par. 3, de la convention). La ratification de la convention entraîne automatiquement l'adhésion au Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO)¹⁶⁰.

Conformément à l'art. 36, tout Etat peut, en adhérant à la convention, déclarer qu'il n'érigera en infraction pénale la corruption d'agents publics au sens des art. 5, 9 et 11 que si le comportement de l'agent corrompu constitue une violation de ses devoirs de fonction. Pour les motifs exposés aux ch. 2.2.1.4 et 2.2.1.6, la Suisse devra faire cette déclaration en ratifiant la convention.

L'une des particularités majeures de cette convention est que le nombre de réserves qu'un Etat peut y apporter est limité (art. 37). Les réserves ne sont admises que pour les infractions visées aux art. 4 à 8, 10 et 12, pour la compétence juridictionnelle selon l'art. 17, par. 2, et pour la possibilité de refuser d'accorder l'entraide judiciaire pour une infraction considérée comme une infraction politique (art. 26, par. 1, en liaison avec le par. 2). Par ailleurs, au maximum cinq réserves par Etat sont admises.

Comme nous l'avons déjà exposé¹⁶¹, la Suisse devra faire deux réserves, concernant le trafic d'influence selon l'art. 12 de la convention, qui ne sera pas érigé en infraction pénale, ainsi que certains aspect de la compétence juridictionnelle (art. 17, par. 2). Ces réserves, contenues dans le projet d'arrêté portant approbation de la

¹⁶⁰ Pour les détails, se reporter au ch. 2.4 ci-dessus.

¹⁶¹ Cf. supra ch. 2.2.5 et 2.2.10.

convention, devront être communiquées au Secrétariat général du Conseil de l'Europe au moment du dépôt de l'instrument de ratification.

L'art. 38 limite à trois ans la validité des déclarations et des réserves apportées par un Etat lors de la ratification de la convention. L'Etat qui souhaite maintenir ses réserves et déclarations doit alors le notifier une nouvelle fois au Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

Les autres dispositions finales de la convention sont comparables à celles que l'on trouve habituellement dans d'autres conventions du Conseil de l'Europe et n'appellent aucune remarque particulière. La convention peut être dénoncée à tout moment par une notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe; la dénonciation prend effet trois mois plus tard.

2.6 Protocole additionnel

2.6.1 Terminologie (art. 1 du protocole additionnel)

Selon l'art. 1, *par. 1*, le terme «arbitre» doit être considéré par référence au droit national des Etats parties. Toutefois, à titre de standard minimum, le protocole additionnel donne de cette notion une définition autonome selon laquelle il faut entendre par arbitre une personne qui, en raison d'un accord d'arbitrage, est appelée à rendre une décision juridiquement contraignante sur un litige qui lui est soumis par les parties à ce même accord. Le *par. 2* définit ensuite l'accord d'arbitrage comme un accord reconnu par le droit national et par lequel les parties conviennent de soumettre un litige à un arbitre (ou à un tribunal arbitral) pour décision.

Les normes pénales actuelles relatives à la corruption de même que les anciennes¹⁶² mentionnent expressément les arbitres comme objets d'un acte de corruption ou comme auteurs d'un tel acte. La doctrine les considère comme des juges privés qui sont engagés par les parties afin de trancher des litiges les opposant¹⁶³. Ainsi donc, la définition de l'arbitre au sens pénal telle qu'elle ressort du droit suisse correspond parfaitement à celle qu'en donne le protocole additionnel.

S'agissant de la définition du terme «juré», le *par. 3* renvoie également au droit national tout en prévoyant que cette définition doit, en tout état de cause, désigner une personne agissant en tant que membre non professionnel d'un organe collégial chargé de se prononcer sur la culpabilité d'un accusé, dans le cadre d'un procès pénal.

Au sens des normes du code pénal qui sanctionnent la corruption, on entend par autorité judiciaire non seulement les jurés au sens étroit du terme, mais encore les juges non professionnels qui exercent leur fonction au sein des tribunaux de district ou d'arrondissement, conformément à la législation sur l'organisation judiciaire du canton considéré. Le droit suisse satisfait donc aux exigences posées par le protocole s'agissant de la notion de «juré».

¹⁶² Les art. 288, 315 et 316 CP qui ont été abrogés avec effet au 1^{er} mai 2000.

¹⁶³ Cf, notamment, Rolf Kaiser, *Die Bestechung von Beamten*, Diss. Zurich 1999, p. 99 s. qui renvoient à d'autres ouvrages.

Le *par. 4* qui reprend la teneur de l'art. 1, let. c, de la convention (définition de l'agent public étranger)¹⁶⁴, vise à garantir que, dans les cas de corruption d'envergure internationale, l'Etat qui poursuit ne puisse appliquer la définition d'arbitre ou de juré que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national.

2.6.2 Mesures à prendre sur le plan national (art. 2 à 6 du protocole additionnel)

Le protocole additionnel oblige les Etats parties à prendre les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre de sanctionner la corruption active et passive d'arbitres nationaux (art. 2 et 3), d'arbitres étrangers (art. 4)¹⁶⁵, de jurés nationaux (art. 5) et de jurés étrangers (art. 6). Les art. 4 à 6 renvoient à la définition des infractions qui figure aux art. 2 et 3, définition qui reprend mot à mot la teneur des art. 2 et 3 de la convention. Il en résulte que, hormis la qualité de la personne impliquée dans l'acte de corruption (arbitre ou juré), le protocole additionnel ne présente aucune différence par rapport à la convention, s'agissant des obligations imposées aux Etats parties.

Ainsi que nous l'avons déjà relevé à propos de l'art. 2 de la convention¹⁶⁶, les exigences posées par le protocole additionnel sont identiques à celles du code pénal suisse, notamment en ce qui concerne la notion d'avantage, l'intention et les éléments constitutifs des infractions: la corruption active et passive d'arbitres et de jurés nationaux tombe sous le coup des art. 322^{ter}/322^{quinquies} CP, pour les premiers, et 322^{quater}/322^{sexies} CP, pour les seconds¹⁶⁷. La corruption active d'arbitres et de jurés étrangers est sanctionnée par l'actuel art. 322^{septies} CP¹⁶⁸, alors que la corruption passive de ces mêmes personnes sera réprimée par l'art. 322^{septies}, al. 2, tel qu'il figure dans le projet¹⁶⁹.

A l'instar de ce qui vaut pour les normes pénales de la convention, qui répriment la corruption (art. 2 à 11), les dispositions actuelles du code pénal qui sanctionnent cette infraction de même que les nouvelles dispositions qui figurent dans l'avant-projet répondent presque totalement aux exigences posées aux art. 2 à 6 du protocole. Notre droit n'est lacunaire que sur un point marginal. Il s'agit du cas où un arbitre ou un juré étranger se verrait octroyer un avantage indu en échange d'un acte administratif légal et obligatoire¹⁷⁰. Cependant, s'agissant de la corruption des juges au sens large, ce cas ne devrait avoir aucune importance pratique puisque tant les arbitres que les jurés sont sans cesse amenés à accomplir des actes officiels dont la caractéristique est de laisser une marge d'appréciation. L'art. 9, par. 1 du protocole additionnel dispose que si une Partie a fait, sur la base de l'art. 36 de la convention, une déclaration selon laquelle elle n'érigera en infraction pénale la corruption

¹⁶⁴ Cf. supra ch. 2.1.

¹⁶⁵ Ce qui détermine si l'arbitre est étranger n'est pas la nationalité de l'intéressé pas plus que celle des parties au litige. L'élément décisif est bien plutôt que cet arbitre exerce sa fonction sous l'empire du droit national d'un Etat autre que celui qui mène les poursuites pénales; cf. Protocole additionnel, rapport explicatif N 33.

¹⁶⁶ Cf. supra ch 2.2.1.1.

¹⁶⁷ Cf. supra ch. 2.2.1.1 et 2.2.1.2.

¹⁶⁸ Cf. supra ch. 2.2.1.4.

¹⁶⁹ Cf. supra ch. 2.2.2.

¹⁷⁰ Pour de plus amples détails, cf. supra ch.2.2.1.1 et 2.2.1.4.

d'agents publics au sens de l'art. 5, 9 ou 11 de la convention que dans la mesure où le comportement de l'agent public corrompu constitue une violation de ses devoirs officiels, elle peut faire une déclaration similaire concernant la corruption d'arbitres étrangers et de jurés étrangers (art. 4 et 6 du protocole additionnel). En dépit de l'importance pratique insignifiante de ce cas de figure, il apparaît approprié que la Suisse ajoute à la déclaration qu'elle fera sur la base de l'art. 36 de la convention¹⁷¹ une déclaration concernant les art. 4 et 6 du protocole additionnel.

2.6.3 Autres dispositions du protocole additionnel

Aux termes de l'art. 7, il incombe au GRECO¹⁷² d'assurer également le suivi de la mise en œuvre du protocole.

L'art. 8 définit les relations entre le protocole et la convention. Il dispose que les art. 2 à 6 du protocole doivent être considérés comme des art. additionnels à la convention. Quant aux dispositions de la convention, elles ne sont applicables aux matières réglées par le protocole que dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de celui-ci. Pratiquement, cela signifie que, par exemple, celles des dispositions de la convention qui concernent la compétence, la responsabilité des personnes morales ou encore la coopération internationale sont également applicables aux cas de corruption d'arbitres et de jurés. Aux termes de l'art. 9, les déclarations et réserves émises à propos de la convention produisent également effet sur l'application du protocole additionnel: ainsi que nous l'avons déjà exposé dans les détails au ch. 2.4.2, la déclaration faite sur la base de l'art. 36 de la convention peut être étendue également aux art. 4 et 6 du protocole additionnel. En revanche, à une exception¹⁷³ près – qui n'a pas d'importance pour la Suisse – les réserves faites à propos de la convention valent également pour le protocole à moins que l'Etat partie concerné ne fasse une déclaration contraire au moment de la ratification. S'agissant de la Suisse, cette disposition concerne l'exclusion du trafic d'influence au sens de l'art. 12 de la convention de même que des points mineurs concernant la compétence, au sens de l'art. 17, par. 2, de la convention¹⁷⁴. Des réserves supplémentaires concernant le protocole additionnel ne sont pas admises.

Les autres dispositions finales du protocole additionnel correspondent à celles de la convention voire à celles que l'on trouve habituellement dans les autres instruments du Conseil de l'Europe. Elles n'appellent donc pas de remarques particulières. A noter que l'entrée en vigueur du protocole est subordonnée à la condition qu'il ait été ratifié par au moins 5 Etats (art. 10, par. 3). Enfin, le protocole est dénonçable en tout temps (art. 13).

¹⁷¹ Cf supra ch. 2.5.

¹⁷² Au sujet du GRECO, cf. supra ch. 2.4.

¹⁷³ Les réserves ad art. 5 de la convention concernant la répression de la corruption d'agents publics étrangers devront, au besoin, être étendues explicitement à la corruption passive d'arbitres et de jurés étrangers (art. 4 et 6 du protocole additionnel).

¹⁷⁴ Cf. supra ch. 2.2.5 et 2.2.10.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour les finances et le personnel de la Confédération

L'adhésion à la convention et au protocole additionnel de même que la mise en œuvre de ces instruments sur le plan national n'auront que des conséquences financières limitées. Comme nous l'avons déjà signalé, la Suisse, en adhérant à la convention, deviendra automatiquement membre du GRECO¹⁷⁵. Selon les barèmes applicables, la contribution de la Suisse au budget de cette commission devrait atteindre, au maximum, quelque 40 000 francs par année¹⁷⁶. La participation aux conférences, l'organisation des procédures d'évaluation en Suisse ainsi que la mise à disposition d'experts pour des missions d'évaluation dans d'autres pays constituent des tâches nouvelles qui exigeront un demi poste au DFJP (à l'Office fédéral de la justice).

Pour le reste, le projet n'a pas d'incidence directe sur le plan des finances ou du personnel et provoque à peine des conséquences indirectes. On peut s'attendre à ce que le renforcement de la lutte contre la corruption se traduise par une sollicitation accrue des organes de poursuite pénale, qui concernerait en première ligne les cantons¹⁷⁷. Toutefois le traitement des infractions de corruption passive des agents publics étrangers devrait, sous réserve de quelques rares exceptions, échoir à la Confédération qui est déjà compétente pour poursuivre la corruption étrangère active en application de l'art. 340^{bis} CP. Les ressources actuelles devraient suffire, du moins dans un premier temps, à maîtriser cet éventuel surcroît d'activité.

3.2 Conséquences économiques

La ratification des deux instruments internationaux et l'adaptation du droit suisse qui en résultera n'auront pas de conséquences économiques directes. Le renforcement de la prévention et de la répression de la corruption dans le secteur privé devrait toutefois, à terme, contribuer à diminuer les dommages économiques liés à la corruption.

3.3 Conséquences pour les cantons

L'adhésion à la convention et au protocole additionnel de même que la révision des normes pénales applicables à la corruption n'auront pas de conséquences importantes pour les cantons. Une augmentation des procédures pour corruption dans le secteur privé, relevant de la compétence des cantons, pourrait entraîner une surcharge de travail pour les organes cantonaux de poursuite pénale. On peut toutefois estimer que les cantons devraient pouvoir faire face à cette éventuelle augmentation d'activité avec les ressources existantes.

¹⁷⁵ Cf. ch. 2.4 ci-dessus.

¹⁷⁶ Basé sur le budget 2004 du GRECO et sur la participation applicable à la Suisse de 1,4421%, le montant dû par la Suisse en 2004 se serait monté à frs. 23 506 euros.

¹⁷⁷ Cf. ch. 3.3.

4 Programme de la législation

L'adhésion de la Suisse à la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption figure dans le rapport sur le Programme de la législation pour la période de 2003–2007, adopté le 25 février 2004¹⁷⁸.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La constitutionnalité de l'arrêté fédéral portant approbation de la convention et du protocole additionnel se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui habilite la Confédération à conclure des traités internationaux. Conformément à l'art. 166, al. 2, Cst., la compétence d'approuver les traités internationaux revient à l'Assemblée fédérale.

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, de la Constitution, les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), lorsqu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3).

Tant la convention que le protocole additionnel sont dénonçables en tout temps et ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale. Par contre les Etats contractants s'engagent, à ce que leur droit interne réponde aux exigences minimales fixées par les deux instruments, et par conséquent à prendre les mesures législatives et autres nécessaires à cette fin.

L'adhésion à la convention et au protocole additionnel nécessite des modifications du code pénal de même que de la loi contre la concurrence déloyale. Par conséquent, l'arrêté d'approbation est soumis au référendum facultatif en application de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

5.2 Rapports avec le droit européen

A l'heure actuelle, 30 Etats membres du Conseil de l'Europe ont déjà adhéré à cette convention. L'harmonisation – initiée par la convention – des normes pénales relatives aux différentes formes de corruption d'agents publics ou de particuliers progresse ainsi à un rythme impressionnant. Sur la base des déclarations que les Etats contractants ont faites – ou pas – au moment de ratifier la convention, l'on constate que pas moins de 24 Etats parties sanctionnent désormais dans leur droit pénal interne la corruption passive d'agents publics agissant pour un Etat étranger ou pour une organisation internationale, ainsi que la corruption passive dans le secteur privé, autant d'innovations qu'il est proposé ici d'introduire dans le droit suisse.

Il faut relever que l'Union européenne a également contribué ces dernières années à élever le débat sur la lutte contre la corruption au niveau international. En effet, le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 27 septembre 1996, l'acte établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Commu-

¹⁷⁸ FF 2004 1035 ss, 1089.

nautés européennes¹⁷⁹ qui définit les infractions de la corruption passive et active commises au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes par des fonctionnaires communautaires ou d'Etats membres et prévoit des sanctions harmonisées. Un deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes a été adopté le 19 juin 1997¹⁸⁰ qui introduit la responsabilité pénale des entreprises en ce qui concerne notamment les infractions de corruption active. Cette question y est traitée dans les mêmes termes que l'art. 18 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe.

Le 26 mai 1997, le même Conseil a adopté une Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne¹⁸¹ qui invite les Etats membres à ériger en infractions pénales les actes de corruption passive et active impliquant des fonctionnaires nationaux, communautaires et des autres Etats membres et de s'assurer que ces dispositions sont aussi applicables aux membres des différentes instances européennes dans l'exercice de leurs fonctions. Cette convention contient aussi des règles de coopération et d'entraide.

Finalement, le Conseil a voté le 22 juillet 2003 une décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé¹⁸² qui obligerait les Etats membres à ériger en infraction pénale les actes de corruption privée active et passive dont la définition rejoint celle prévue par la Convention pénale du Conseil de l'Europe contre la corruption.

¹⁷⁹ JO C 313 du 23.10.1996, p. 1 ss.

¹⁸⁰ JO C 221 du 19.07.1997, p. 12–22.

¹⁸¹ JO C 195 du 25.6.1997, p. 2 ss.

¹⁸² JO L 192 du 31.07.2003, p. 54 ss.