



Le 26 août 2013

***Procédure de consultation relative à la révision des dispositions pénales
incriminant la corruption***

Prise de position

La présente prise de position s'inscrit dans le cadre de la procédure de consultation ouverte le 15 mai 2013, à propos de la révision du droit pénal suisse concernant la corruption.

I. Appréciation d'ensemble et résumé

L'on ne saurait qu'approuver le but poursuivi par l'avant-projet de révision du droit suisse soumis à consultation, consistant à mettre en œuvre les recommandations adressées à la Suisse par les experts du GRECO et à améliorer ainsi *l'efficacité de la répression de la corruption dans le secteur privé*.

En effet, les dispositions actuelles contenues dans la LCD (art. 4a et 23) sont insuffisantes, ce qui explique, en partie du moins, le fait qu'elles ne soient pas appliquées. L'absence de poursuites et de condamnations pénales pour corruption privée est surprenante au regard du fait que ces actes sont vraisemblablement plus fréquents en Suisse que ceux relevant de la corruption publique¹.

Les faiblesses du droit suisse en matière de corruption privée se sont révélées notamment dans le domaine sportif. L'*incertitude* actuelle entourant l'application de la LCD à la *corruption dans le sport* est particulièrement gênante du fait que la Suisse abrite des fédérations sportives jouant un rôle important sur le plan international. La révision proposée clarifiera la situation et renforcera le cadre juridique dans lequel ces organisations privées d'importance mondiale opèrent (cf. II A, *infra*).

Il est regrettable, en revanche, que les recommandations des experts du GRECO n'aient pas été suivies pour ce qui est de la création d'une base légale incriminant l'octroi et l'acceptation d'un avantage s'agissant d'agents publics étrangers. Ces

¹ GROUPE D'ÉTATS CONTRE LA CORRUPTION (GRECO), *Rapport d'évaluation sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 37^e Réunion Plénière (Strasbourg, 31 mars – 4 avril 2008)*, ch. 69.

comportements sont punissables lorsque des agents publics suisses sont concernés, et ils mériteraient de l'être aussi pour les agents publics étrangers (cf. II D, *infra*).

De même, il se justifierait à notre sens de faire figurer la *corruption passive*, dans les secteurs *privé et public*, dans la liste des infractions soumises au régime de *responsabilité directe de l'entreprise au regard de l'art. 102 al. 2 CP* (cf. II B, *infra*).

Enfin, la protection des *whistleblowers*, exigée par les conventions internationales et insuffisamment assurée par le droit suisse dans le secteur privé, ne fait pas partie du train de mesures soumis à la présente consultation. Il conviendrait de saisir l'occasion de la révision législative proposée pour remettre cette question sur le métier.

II. Prise de position sur les principaux points de l'avant-projet

A. Corruption dans le secteur privé (art. 322^{octies} et 322^{novies} AP-CP)

Le déplacement du *sedes materiae* de la répression en matière de corruption privée de la LCD vers le CP doit être salué pour plusieurs motifs :

- Sous l'angle *symbolique*, la présence de ces incriminations dans le CP, aux côtés de la corruption d'agents publics, exprime de manière plus claire l'*importance* des intérêts lésés par la corruption privée.
- Sous l'angle des *conditions de la poursuite*, le déplacement dans le CP permet de rompre avec l'exigence de la plainte qui caractérise les infractions à la LCD. Cette exigence constitue l'un des obstacles à la poursuite efficace de la corruption privée. Elle crée, en outre, l'impression erronée qu'il s'agit d'une *délinquance d'importance mineure*, ne justifiant *l'intervention du juge pénal qu'à titre ancillaire*, lorsque la plainte est déposée par celui qui a qualité pour agir sur le plan civil (art. 9, 10 et 23 al. 2 LCD).
- Sous l'angle du *bien juridique protégé*, l'introduction de l'incrimination de corruption privée dans le CP permet de rompre le lien actuel avec un rapport de concurrence, qui aboutit à une définition trop étroite des intérêts en jeu.

Cet élargissement de l'incrimination permet notamment de résoudre le problème de la corruption dans le domaine sportif, dont le Conseil fédéral avait estimé, dans son Message de 2004², qu'elle n'était pas punissable, faute de rapport de concurrence économique. Nous avons déjà eu l'occasion d'exprimer notre désaccord avec cette interprétation trop étroite du rapport de concurrence exigé³. La révision législative proposée permet de mettre fin à la controverse et, plus largement, d'inclure des actes de corruption sans lien

² Message du Conseil fédéral 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, FF 2004 6549, p. 6575.

³ Cassani U., « Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption) », in *La pratique de l'avocat 2005*, Berne, 2005, p. 671 ss, p. 701 s.; Cassani U., « La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir? », in Cassani U. / Héritier Lachat A. (dir.), *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story*, Genève / Zurich / Bâle, 2011, p. 33 ss, p. 56 s.

avec la concurrence économique. A titre d'exemple, on peut mentionner la corruption du professeur d'une école privée par un élève qui escompte, en échange, une bonne note à l'examen.

La création d'incriminations qui n'exigent pas de lien avec la concurrence économique suppose une réflexion sur le *bien juridique protégé* par les nouvelles dispositions. Ce dernier pourrait être défini comme la *fidélité due à l'employeur, à l'associé ou au mandant* ou, plus précisément, comme l'intérêt de celui-ci à l'exercice objectif et loyal du pouvoir de décision qu'il a conféré à son agent. Il semble difficile, en revanche, d'admettre que l'égalité des chances des tiers devant la décision privée puisse, de manière générale, faire partie des intérêts protégés par la disposition pénale.

Ce nonobstant, dans certaines constellations particulières, notamment en matière de concurrence, les acteurs du secteur privé sont tenus au respect de règles de loyauté envers des tiers. C'est ainsi que la corruption privée sera toujours considérée comme un acte de concurrence déloyale au regard de l'art. 4a LCD, dont la sanction pénale ne sera plus prononcée en vertu de l'art. 23 LCD, mais des art. 322^{octies} et 322^{novies} AP-CP. Les intérêts de tiers sont alors touchés notamment lorsque ce sont eux, et non l'employeur (etc.) du corrompu, qui sont dans un rapport de concurrence avec le corrupteur. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une personne paie un pot-de-vin à l'employé d'une agence de rating ou à un critique gastronomique, pour l'amener à mal noter un concurrent. *Dans ces constellations, le but de protection de l'infraction de corruption privée englobe les intérêts des tiers subissant l'effet direct de la décision viciée.* Il en va de même, à notre sens, lorsque l'agent d'une organisation sportive est soudoyé pour se prononcer en faveur de telle ville ou pays dans l'attribution de compétitions sportives ou lorsqu'un pot-de-vin est octroyé à l'employé d'une entreprise par un demandeur d'emploi.

B. Responsabilité de l'entreprise

A l'instar de ce qui prévaut à l'heure actuelle, l'avant-projet propose d'appliquer le régime de responsabilité directe de l'entreprise basé sur l'art. 102 al. 2 CP à la corruption active, mais de l'écarter pour ce qui est de la corruption passive. Le motif invoqué est qu'en cas de corruption passive, l'entreprise employant le corrompu est lésée, et qu'il ne convient donc pas de lui infliger une peine.

Cet argument est peu pertinent :

- d'une part, la même observation pourrait être faite à propos de la responsabilité de l'entreprise en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une objection permettant de trancher entre le régime direct et subsidiaire ;
- d'autre part, les constellations évoquées ci-dessus, dans lesquelles le corrompu porte atteinte aux intérêts d'un concurrent du corrupteur autre que son maître, invalident cet argument.

Pour ces cas (et ces cas seulement), il se justifie de retenir la responsabilité pénale de l'entreprise qui laisse son employé porter atteinte aux intérêts de tiers, sans prendre de mesures préventives. C'est alors le régime direct en vertu de l'art. 102 al. 2 CP, seul régime sérieux de responsabilité de l'entreprise que connaisse le droit suisse, qui doit trouver application.

Il convient, par conséquent, d'inscrire la corruption *passive* dans le secteur privé dans la liste de l'art. 102 al. 2 CP. Il en va de même de la *corruption publique*, qui peut aussi être commise au sein d'une entreprise, à l'exception bien sûr des corporations territoriales qui sont exemptées au regard de l'art. 102 al. 4 lit. b CP.

C. Modification proposée des infractions d'octroi et d'acceptation d'un avantage

La proposition de modification des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, réprimant l'octroi et l'acceptation d'un avantage, est conforme aux recommandations du GRECO et mérite d'être approuvée. Ainsi, comme en matière de corruption (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP), il convient d'inclure les situations dans lesquelles l'avantage est offert ou promis à l'agent public, ou sollicité par lui, *pour un tiers*. En effet, il s'agit là d'actes de vénalité, par lesquels la fonction publique est monnayée.

D. Octroi et acceptation d'un avantage à /par un agent public étranger

La solution préconisée dans le rapport, consistant à ne pas créer dans le domaine de la corruption d'agent public étranger des incriminations analogues aux art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, *ne mérite*, quant à elle, *pas d'être suivie*.

C'est, en effet, à raison que les experts du GRECO, emboîtant le pas à ceux de l'OCDE⁴, critiquent le droit suisse sur ce point. Il convient d'ajouter à la corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP) les incriminations subsidiaires existant pour les agents publics suisses, réprimant l'octroi et l'acceptation d'un avantage « pour accomplir les devoirs de sa charge ».

L'on ne saurait suivre les arguments contraires contenus dans le rapport soumis à la procédure de consultation, qui ont d'ailleurs déjà été énoncés à plusieurs reprises par la Suisse dans ses échanges avec les organisations internationales, sans pour autant parvenir à les convaincre. Les motifs invoqués à l'appui de la solution suisse consistent pour l'essentiel à faire valoir que la corruption proprement dite est définie largement et que la lacune concernant l'octroi et l'acceptation d'un avantage est insignifiante, puisqu'elle concerne l'administration liée. Or, fait-on valoir, il serait improbable que des montants substantiels soient versés à un agent, alors que ce dernier n'a pas de pouvoir d'appréciation et que l'on n'attend pas de lui qu'il viole les devoirs découlant de sa charge.

Les faiblesses de cette argumentation sont patentes :

- Il convient de rappeler qu'en l'état actuel du droit suisse, les petits paiements conformes aux usages sociaux sont licites au regard de l'art. 322^{octies} ch. 2 CP. L'amalgame entre les petits paiements et la question de la punissabilité de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage est donc abusif. Contrairement à l'opinion exprimée par certains, il serait à notre sens parfaitement acceptable de tenir compte des *usages sociaux locaux*, à condition que les *montants en jeu restent très modestes*.

⁴ OCDE, *Suisse : Phase 2 : Rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales*, 2004, ch. 93-95.

L'exemption par le droit suisse des petits paiements conformes aux usages sociaux n'est pas remise en cause dans l'avant-projet mis en consultation, de sorte qu'il sera toujours possible de s'en prévaloir. Toutefois, il faut avouer qu'il existe une zone grise dans le domaine, tant sous l'angle de la limite quantitative que sous celui, qualitatif, de la conformité à l'usage social. Par ailleurs, l'OCDE⁵ et le GRECO⁶, qui ont par le passé fait preuve de souplesse à l'égard des « *facilitation payments* » portant sur de *petits montants*, se montrent actuellement plus stricts, en invoquant le caractère corrosif de ces paiements⁷.

- L'argument selon lequel les montants payés pour obtenir un acte parfaitement régulier sont forcément des « petites sommes » ne paraît guère résister à l'analyse à la lumière de la pratique judiciaire suisse. En effet, la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos d'agents publics suisses démontre que les incriminations subsidiaires en vertu des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP peuvent être applicables même lorsque l'avantage octroyé est très substantiel (ATF 135 IV 198 : remise d'une montre Rolex et versement de 45'000 francs). Cet exemple jurisprudentiel démontre que le lien d'échange entre les prestations réciproques peut être extrêmement difficile à établir et que l'existence d'infractions subsidiaires réprimant la vénalité et son corollaire actif peut alors se révéler utile. Cette difficulté existe aussi, *a fortiori*, dans les affaires internationales.
- Enfin, l'on ne saurait que s'étonner du fait que le maintien de l'écart par rapport aux conventions internationales soit fondé sur les « standards suisses particulièrement élevés » et que le rapport (p. 16) reprenne à cet égard, quasiment mot à mot et sans tenir compte des critiques internationales, la justification invoquée dans le Message du Conseil fédéral en 2004, mettant en avant le fait que « [l]es normes pénales des articles 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 »⁸.

Ursula CASSANI
Professeure
Département de droit pénal

⁵ OCDE, Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, ad art. 1^{er}, ch. 9.

⁶ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif à la Convention pénale sur la corruption, ch. 38 (« Pour les auteurs de la Convention, l'adjectif 'indu' vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables »).

⁷ Outre les recommandations adressées par les experts du GRECO à la Suisse, citées dans le rapport, on peut aussi citer l'OCDE, Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 26 novembre 2009 (avec les amendements adoptés le 18 février 2010), ch. VI.

⁸ Message précité (n. 2), FF 2004 6549, 6567.