

Strasbourg, 21 octobre 2011

Greco Eval III Rep (2011) 4F
Thème I

Troisième Cycle d'Evaluation

Rapport d'Evaluation sur la Suisse Incriminations (STE 173 et 191, PDC 2)

(Thème I)

Adopté par le GRECO
lors de sa 52^e Réunion Plénière
(Strasbourg, 17-21 octobre 2011)

I. INTRODUCTION

1. La Suisse a adhéré au GRECO le 1^{er} juillet 2006. Le GRECO a adopté le Rapport d'Évaluation des Premier et Deuxième Cycle conjoints (Greco Eval I-II Rep (2007) 1F) lors de sa 37^e Réunion Plénière (31 mars- 4 avril 2008). Le rapport d'évaluation susmentionné, ainsi que le rapport de conformité correspondant sont disponibles sur le site Internet du GRECO (<http://www.coe.int/greco>).
2. Le Troisième Cycle d'Évaluation du GRECO, en cours (lancé le 1^{er} janvier 2007), porte sur les thèmes suivants :
 - **Thème I – Incriminations** : articles 1a et b, 2 à 12, 15 à 17 et 19.1 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173), articles 1 à 6 de son Protocole additionnel (STE 191) et au Principe directeur 2 (incrimination de la corruption).
 - **Thème II – Transparence du financement des partis politiques** : articles 8, 11, 12, 13b, 14 et 16 de la Recommandation Rec(2003)4 sur les règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, et – plus généralement – le Principe directeur 15 (financement des partis politiques et des campagnes électorales).
3. L'Équipe d'Évaluation du GRECO pour le Thème I (ci-après dénommée « EEG »), qui s'est rendue en Suisse du 9 au 10 mai 2011, se composait de M. Ergin ERGÜL, Chef du Département juridique, Sous-secrétariat de l'Ordre public et de la Sécurité, Secrétariat du Premier Ministre (Turquie) et Mme Claire HUBERTS, Attachée au service des principes de droit pénal et de procédure pénale, Direction Générale des Droits et Libertés fondamentales, Service public fédéral Justice (Belgique). L'EEG était assistée de Mme Sophie MEUDAL-LEENDERS du Secrétariat du GRECO. Préalablement à la visite, l'EEG avait reçu les réponses des autorités au questionnaire d'évaluation (Greco Eval III (2011) 5F, Thème I), accompagnées des extraits de la législation pertinente.
4. L'EEG a rencontré des représentants des autorités suivantes : Office fédéral de la justice, procureurs et représentants de la police au niveau fédéral et cantonal, juges de première instance et juge d'appel. L'EEG a également rencontré des représentants du Barreau, des milieux académiques, de *Transparency International* et de la presse.
5. Le présent rapport sur le Thème I du Troisième Cycle d'Évaluation du GRECO consacré aux incriminations a été préparé sur la base des réponses détaillées au questionnaire et des informations collectées au cours de la visite sur place. Son principal objectif est d'évaluer les mesures adoptées par les autorités suisses en vue de se conformer aux exigences découlant des dispositions mentionnées au paragraphe 2. Le rapport contient une description de la situation, suivie d'une analyse critique. Les conclusions incluent une liste de recommandations adoptées par le GRECO et adressées à la Suisse en vue d'améliorer le niveau de conformité avec les dispositions soumises à examen.
6. Le rapport relatif au Thème II – Transparence du financement des partis politiques, est présenté dans le document Greco Eval III Rep (2011) 4F, Thème II.

II. INCRIMINATIONS

Description de la situation

7. La Suisse a ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173) le 31 mars 2006 et celle-ci est entrée en vigueur à son égard le 1^{er} juillet 2006. En vertu de l'article 37 alinéa 1 de la Convention, la Suisse a formulé deux réserves, l'une concernant l'incrimination du trafic d'influence¹ et l'autre concernant sa compétence². Elle a également formulé, sur la base de l'article 36 de la Convention, une déclaration³ concernant la corruption active et passive, notamment des agents publics étrangers.
8. La Suisse a également ratifié le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (STE 191) le 31 mars 2006 et celui-ci est entré en vigueur à son égard le 1^{er} juillet 2006. Une déclaration similaire à celle émise à l'égard de la Convention a été formulée à cette occasion⁴. Ces réserves et déclaration seront discutées plus en détail ci-dessous.

Corruption d'agents publics nationaux (articles 1-3 et 19 de la STE 173)

Définition de l'infraction

9. Les articles 322^{ter} à 322^{sexies} du Code pénal (CP), regroupés sous le titre « Corruption d'agents publics suisses » incriminent la corruption passive et active d'agents publics, en distinguant d'une part les cas de corruption en vue de l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec leur activité officielle, mais contraire à leurs devoirs ou dépendant de leur pouvoir d'appréciation (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) et d'autre part les cas de corruption en vue d'accomplir les devoirs de leur charge (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), qui sont passibles d'une peine moins élevée.

Article 322^{ter} CP - Corruption d'agents publics suisses - corruption active

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire, en faveur de l'un d'eux ou d'un tiers, pour 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, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

¹ « La Suisse se réserve le droit de n'appliquer l'article 12 que dans la mesure où les faits visés constituent une infraction selon le droit suisse ».

² « La Suisse se réserve le droit de n'appliquer l'article 17, paragraphe 1, alinéas b et c, que dans la mesure où l'acte est également punissable au lieu où il a été commis et dans la mesure où l'auteur se trouve en Suisse et ne sera pas extradé vers un Etat étranger ».

³ « La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera la corruption active et passive au sens des articles 5, 9 et 11 que dans la mesure où le comportement de la personne corrompue consiste en l'exécution ou l'omission d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation ».

⁴ « La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera la corruption active et passive au sens des articles 4 et 6 du Protocole additionnel que dans la mesure où le comportement de la personne corrompue consiste en l'exécution ou l'omission d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation ».

Article 322^{quater} CP – Corruption d’agents publics suisses – corruption passive

Celui qui, 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, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu, en sa faveur ou en celle d'un tiers, pour 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 sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Article 322^{quinquies} CP – Corruption d’agents publics suisses – Octroi d’un avantage

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Article 322^{sexies} CP – Corruption d’agents publics suisses – Acceptation d’un avantage

Celui qui, 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, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu pour accomplir les devoirs de sa charge sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Article 322^{octies} CP – Dispositions communes

1. (abrogé)
2. Ne constituent pas des avantages indus les avantages autorisés par le règlement de service et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux.
3. Les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics.

Eléments/notions de l'infraction

« Agent public national »

10. Les articles 322^{ter} à 322^{sexies} CP s'appliquent aux fonctionnaires, membres d'une autorité judiciaire ou d'une autre autorité, aux experts, traducteurs ou interprètes commis par une autorité, aux arbitres ainsi qu'aux militaires. La notion de « fonctionnaire » est définie plus précisément par l'article 110 al. 3 CP et complétée par l'article 322^{octies} ch. 3 CP:

Article 110 al. 3 CP - fonctionnaire

³ Par fonctionnaires, on entend les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire.

11. Les dispositions du Code pénal sont complétées par le Message du 10 novembre 2004 du Conseil fédéral au Parlement suisse concernant l'approbation et la mise en œuvre de la

Convention pénale sur la corruption et de son Protocole additionnel. Ce texte, comparable à des travaux législatifs préparatoires, est un document de référence pour les tribunaux et les praticiens suisses. Il contient des commentaires détaillés pour la mise en œuvre par la Suisse de la Convention pénale et de son Protocole additionnel et l'interprétation des dispositions législatives qui y sont relatives. S'agissant de la notion de fonctionnaire, le Message précise que : « *Les normes pénales sur la corruption mentionnent [...] – 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 législatif. 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 [de la convention] 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 [...], 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.* » La jurisprudence précise en outre que « *la notion pénale de fonctionnaires au sens de l'art. 110, al. 3 CP comprend aussi bien les fonctionnaires au sens formel que les fonctionnaires au sens matériel. Dans le premier cas, il s'agit de fonctionnaires au sens du droit public et d'employés du service public. En ce qui concerne les autres, la forme juridique dans laquelle ils exercent leur activité au sein de la collectivité publique n'a pas d'importance. Le rapport de travail peut être régi par le droit public ou le droit privé. Ce qui est déterminant, c'est la fonction des activités. Lorsque celles-ci visent un accomplissement des tâches publiques, leur fonction est publique et les personnes qui les exercent sont considérées comme des fonctionnaires au sens du droit pénal [...].* » (arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 135 IV 198 (21.8.2009), consid. 3.3 et ATF 6B_921/2008 (21.8.2009), consid. 4.3). Enfin, doivent également être considérés comme fonctionnaires « *les personnes qui occupent une fonction ou un emploi à titre provisoire ou qui exercent une fonction publique temporaire.*» (ATF 123 IV 75 (19.2.1997)).

« *promettre, offrir ou donner* » (corruption active)

12. Ces éléments sont expressément incriminés aux articles 322^{ter} et 322^{quinquies} CP, par l'emploi des termes « offrir, promettre ou octroyer ». Un arrêt du Tribunal pénal fédéral (SK. 2007.6 (21.8.2008)) est venu préciser ces notions : « *l'offre désigne la proposition d'une libéralité, par l'auteur, à l'agent public; il suffit que l'offre soit arrivée chez le destinataire [...]. Laisser entrevoir un avantage est déjà considéré comme la promesse d'un tel avantage. L'arrivée chez le destinataire de la promesse est, ici aussi, déjà suffisante, une prise de connaissance ou une réaction n'étant pas nécessaires. L'octroi d'un avantage consiste à le faire parvenir directement au destinataire par l'auteur lui-même ou alors par un intermédiaire.* »

« *Sollicitation ou réception d'un avantage indu, acceptation d'une offre ou d'une promesse* » (corruption passive)

13. Les articles 322^{quater} et 322^{sexies} CP incriminent le fait de « solliciter, de se faire promettre ou d'accepter » un avantage. Ces notions ont également été précisées par un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 135 IV 198 (21.8.2009), consid. 3.3) : « *Pour que l'élément constitutif "solliciter" soit rempli, il suffit d'une déclaration de volonté unilatérale de la part du fonctionnaire. La sollicitation doit atteindre son destinataire. Cependant, il n'est pas nécessaire que le destinataire honore la sollicitation ou qu'il laisse entrevoir une telle intention. Par "se faire promettre", on entend l'acceptation expresse ou implicite de l'offre d'un avantage futur et non la simple réception d'une*

telle offre. "Accepter" désigne la réception d'un avantage dans son propre pouvoir de disposition [...]. »

« Tout avantage indu »

14. Les articles 322^{ter} à 322^{sexies} CP font référence à des « avantages indus », sans préciser si ces avantages peuvent être de toute nature. La jurisprudence a toutefois établi que *« doivent être considérés comme des avantages au sens de la disposition toutes les libéralités, qu'elles soient de nature immatérielle ou matérielle, accordées à titre gracieux »* (ATF 135 IV 198 (21.8.2009), consid. 6.3.) Un arrêt du Tribunal pénal fédéral (SK.2006.18 (31.05.2007), consid. 6.3) précise en outre qu' *« une amélioration économique ou juridique de la situation de l'agent public est considérée comme un avantage matériel. »*
15. La jurisprudence interprète la notion d'avantage indu de la même manière que la Convention pénale sur la corruption, en précisant que *« l'avantage est indu lorsqu'il ne revient pas de droit à son destinataire et que ce dernier ne peut pas y prétendre.⁵ »* Ainsi, ont été jugés indus des consommations, d'un montant de quelques centaines de francs, offertes à un fonctionnaire et à des prostituées qui se trouvaient en sa compagnie⁶, cinq invitations à dîner et diverses consommations offertes⁷, ainsi que le versement de plusieurs centaines de francs⁸.
16. Tout comme la Convention le permet, l'article 322^{octies} ch. 2 CP exclut de la notion d'avantage indu *« les avantages autorisés par le règlement de service et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux »*.

« Directement ou indirectement »

17. La référence à l'implication (ou non) d'intermédiaires entre corrupteur et corrompu est absente dans les divers articles précités. Toutefois, le Message précité du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 précise que *« 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 personne. »* Les autorités suisses ont en outre fourni un exemple tiré de la jurisprudence appliquant cette interprétation : *« Il promet toutefois de faire jouer ses relations qui s'étendaient jusque dans les plus hautes sphères et ainsi de faire attribuer cet avantage à Lippuner [l'agent public] par des tiers, ce qui est également punissable selon la loi. »* (ATF 100 IV 56 (12.3.1974), consid. 2a).

« Pour soi-même ou pour autrui »

18. Les articles 322^{ter} et 322^{quater} CP font explicitement référence à la notion de tiers bénéficiaires par l'emploi des termes *« en faveur de l'un d'eux ou d'un tiers »/ « en sa faveur ou en celle d'un tiers »*. Cette référence est par contre absente des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP qui incriminent respectivement, l'octroi à un agent public et l'acceptation par celui-ci, d'un avantage en vue de l'accomplissement des devoirs de sa charge. Le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 précise à ce sujet que *« 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*

⁵ arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2006.18 (31.5.2007), consid. 3.5

⁶ Canton de Zurich, Ordonnance pénale du 28 janvier 2003, B-3/2000/533

⁷ Canton de Soleure, 12/13 septembre 2002, STAPA 2001.23

⁸ Cour suprême du Canton de Zurich, 28 octobre 2002, SB020400/u/gk

ne joue en effet aucun rôle, dans la mesure où un lien suffisant existe entre cet avantage et l'acte administratif. »

« Pour agir ou s'abstenir d'agir dans l'exercice de ses fonctions »

19. Le Code pénal distingue les cas dans lesquels la sollicitation ou l'octroi d'un avantage visent l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec l'activité officielle de l'agent public, mais contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) et les cas dans lesquels l'avantage vise l'accomplissement par l'agent public des devoirs de sa charge (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP). Concernant les articles 322^{ter} et 322^{quater} CP, les autorités helvétiques mentionnent plusieurs exemples tirés de la jurisprudence précisant que le fait de retarder un acte ou d'omettre un acte officiel entre dans la catégorie des actes contraires aux devoirs de l'agent public⁹ et que la punissabilité pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions de l'agent s'étend également aux activités déjà réalisées au moment de l'acceptation de l'avantage¹⁰.
20. S'agissant du pouvoir d'appréciation, un autre arrêt (arrêt du Tribunal pénal fédéral SK. 2006.25 (12.6.2007), consid. 2.1) explique qu' « avec l'article 322^{quater} CP, entré en vigueur le 1^{er} mai 2000, le législateur a aussi voulu explicitement couvrir les cas dans lesquels la décision prise est objectivement défendable, le fonctionnaire ayant toutefois vendu sa neutralité [...]. De cette manière, l'exécution ou l'omission d'actes dépendant du pouvoir d'appréciation, lorsqu'elle est en lien avec des libéralités, est traitée comme une décision contraire aux devoirs, même si l'on ne peut pas la critiquer d'un point de vue objectif. » Est ainsi qualifié d'excès de pouvoir d'appréciation le fait pour un agent public de ne pas chercher à obtenir un prix adapté aux conditions du marché¹¹.
21. Enfin, les réponses au questionnaire précisent que les incriminations du Code pénal suisse visent également les cas dans lesquels l'agent public est sollicité pour accomplir un acte conforme à ses devoirs et ne laissant aucune place à son pouvoir d'appréciation. Ainsi, l'art. 322^{quinquies} CP « 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 progressive¹². » Il en va de même de l'art. 322^{sexies} CP¹³, qui vise le volet passif. Il n'est alors pas nécessaire de prouver le lien entre l'avantage indu et un acte administratif concret.

« Commis intentionnellement »

22. La notion d'intentionnalité n'apparaît pas dans les incriminations ci-dessus mais le droit pénal suisse (article 12 al. 1 et 2 CP), précise que les infractions sont en principe toujours dolosives et que le dol éventuel suffit. Ainsi, l'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait. Un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 126 IV 141 (20.5.2000), consid. 2a) relatif à une affaire de corruption établit qu' « il suffit que le corrupteur admette, par dol éventuel, que le fonctionnaire compte possiblement avec l'avantage proposé et se laisse éventuellement influencer par celui-ci ».

⁹ arrêt du Tribunal fédéral ATF 126 IV 141 (20.5.2000), consid. 2a

¹⁰ arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2006.10 (19.12.2006), consid. 3.2.2

¹¹ arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2007.6 (21.8.2008)

¹² Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004

¹³ arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2006.25 (12.6.2007), consid. 3.1

Sanctions

23. La corruption d'agents publics suisses, qu'elle soit active ou passive (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) est passible des mêmes peines, à savoir une peine privative de liberté de 5 ans au plus ou une peine pécuniaire. Comme ces infractions sont passibles d'une peine privative supérieure à 3 ans, elles constituent un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP.
24. Le Code pénal n'opère pas non plus de différence entre l'octroi ou l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), qui sont punis d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Ces infractions constituent un délit au sens de l'art. 10 al. 3 CP.
25. Par ailleurs, les règles suivantes s'appliquent de manière générale à toutes les infractions de corruption:
- en vertu de l'art. 102 CP, les personnes morales sont passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 5 millions de francs suisses (environ 4,11 millions d'euros¹⁴) ;
 - en cas de concours d'infractions¹⁵, les plafonds des peines peuvent être augmentés de moitié. Ainsi, en cas de cumul d'infractions (par exemple, infractions répétées de corruption), la peine maximale est de 7½ ans pour la corruption d'un agent public ;
 - en vertu de l'art. 67 CP, une interdiction d'exercer une profession, d'une durée de 6 mois à 5 ans, peut être prononcée à l'encontre aussi bien du corrupteur que du corrompu, si la peine privative de liberté prononcée est supérieure à six mois ou si la peine pécuniaire est supérieure à 180 jours-amende.
26. Les sanctions prévues pour la corruption active ou passive (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) correspondent aux sanctions prévues pour des infractions comparables violant les devoirs de fonction. Ainsi, sont également punis d'une peine privative de liberté jusqu'à 5 ans, l'abus d'autorité (art. 312 CP), la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP) et le faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques (art. 317 CP). La gestion déloyale (art. 158 CP) est passible d'une peine privative de liberté jusqu'à 3 ans, 5 ans pour la forme aggravée. Des infractions contre le patrimoine, comparables à la corruption, comme le vol, l'escroquerie ou le recel sont également punies d'une peine privative de liberté jusqu'à 5 ans, voire 10 ans pour certaines formes aggravées, comme l'escroquerie par métier.

Statistiques

27. Les réponses au questionnaire indiquent les données suivantes :

Nombre de condamnations par année (les jugements sont comptabilisés une fois entrés en force, les chiffres pour 2008 et 2009 sont encore provisoires):

	2005	2006	2007	2008	2009
322 ^{ter} CP	12	9	11	9	5
322 ^{quater} CP	1	2	4	2	5
322 ^{quinquies} CP	0	0	0	0	0

¹⁴ Compte tenu du taux de change au 04.10.2011 : 1 CHF = 0,82 Euros.

¹⁵ Art. 49 al. 1 CP: *Concours* : « Si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine. »

322 ^{sexies} CP	0	1	1	0	1
322 ^{septies} CP	0	0	0	0	1
Total	13	12	16	11	12

source: casier judiciaire

Nombre d'instructions pénales en cours (au 31 janvier 2011):

322 ^{ter} CP	23
322 ^{quater} CP	9
322 ^{quinquies} CP	2
322 ^{sexies} CP	1
322 ^{septies} CP	2
Total	37

source: casier judiciaire

28. Le Ministère public de la Confédération, sur la base de ses propres chiffres, indique, quant à lui, un total de 32 procédures en cours pour la corruption transnationale, ce qui couvre l'art. 322^{septies} CP ainsi que les cas de blanchiment d'argent dont l'infraction préalable est une corruption transnationale.

Corruption de membres d'assemblées publiques nationales (article 4 de la STE 173)

29. La corruption de membres d'assemblées publiques nationales est incriminée au titre des articles 322^{ter} à 322^{sexies} CP vus précédemment, comme le précise le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 : « *Les personnes visées à l'art. 4 [de la Convention pénale] 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».* »
30. Les éléments de l'infraction relatifs à la corruption d'agents publics s'appliquent de la même manière aux membres d'assemblées. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires spécifiques concernant des membres d'assemblées publiques nationales.

Corruption d'agents publics étrangers (article 5 de la STE 173)

31. Comme indiqué au paragraphe 7, la Suisse a formulé, lors de la ratification de la Convention pénale sur la corruption, la déclaration suivante : « *La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera la corruption active et passive au sens des art. 5, 9 et 11 que dans la mesure où le comportement de la personne corrompue consiste en l'exécution ou l'omission d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation.* »
32. La disposition pertinente est celle de l'article 322^{septies} CP :

Article 322^{septies} CP – Corruption d'agents publics étrangers

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à 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, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour 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,

Celui qui, 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, en tant qu'arbitre ou militaire, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

33. Cet article vise la corruption d'agents publics étrangers, précisant qu'il peut s'agir d' « *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* ». La définition des notions d'agent public et de fonctionnaire est donnée, comme il a été vu précédemment aux paragraphes 10 et 11, par l'article 110 al. 3 CP et complétée par l'article 322^{octies} ch. 3 CP.
34. L'article 322^{septies} CP est conçu de manière similaire aux articles 322^{ter} et 322^{quater} CP relatifs à la corruption d'agents publics nationaux et les éléments décrits au titre de ces articles, y compris s'agissant des peines encourues, s'appliquent de la même manière aux agents publics étrangers, à une différence près, qui est que les cas dans lesquels l'avantage est requis ou octroyé en vue d'un acte administratif légal et obligatoire, en d'autres termes lorsque le comportement envisagé de l'agent public ne constitue pas une violation de ses devoirs de fonction et ne dépend pas non plus de son pouvoir d'appréciation, ne sont pas incriminés, conformément à la déclaration faite par la Suisse au sens de l'article 36 de la Convention.
35. A ce sujet, le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 précise: « *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». 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'OCDE, 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 ratification.* »
36. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires ou jurisprudence visant spécifiquement des éléments de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, mais qu'en raison du parallélisme entre le texte légal des art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP, il peut être renvoyé aux décisions fournies relatives à la corruption d'agents publics nationaux.

Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères (article 6 de la STE 173)

37. Les membres d'assemblées publiques étrangères sont couverts par la notion de « *personne agissant pour un Etat étranger [...] en tant que membre d'une autorité autre que judiciaire* », figurant à l'article 322^{septies} CP.
38. Les éléments décrits au titre de la corruption d'agents publics nationaux s'appliquent donc de la même manière aux membres d'assemblées publiques étrangères, exception faite – comme pour les agents publics étrangers – de la non-incrimination des cas où l'avantage est octroyé en vue d'un acte administratif obligatoire. Le Message du Conseil fédéral de 2004 indique à ce sujet que « *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 [de la Convention] 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.* » Pour cette raison, la déclaration formulée par la Suisse (voir paragraphe 31) ne concerne pas l'article 6 de la Convention. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires pertinentes.

Corruption dans le secteur privé (articles 7 et 8 de la STE 173)

Définition de l'infraction

39. La corruption active et passive dans le secteur privé est incriminée par les articles 4a et 23 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), révisée en 2006. Ces dispositions sont semblables, dans leur mécanisme de base, à celles de la corruption d'agents publics.

Art. 4a LCD: Corruption active et passive

¹ *Agit de façon déloyale celui qui:*

a. aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation;

b. en tant qu'employé, en tant qu'associé, en tant que mandataire ou en tant qu'autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation.

² *Ne constituent pas des avantages indus ceux qui sont convenus par contrat de même que ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux.*

Art. 23 LCD: Concurrence déloyale

¹ *Quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

² *Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10.*

Eléments constitutifs de l'infraction

« *Toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé* »

40. L'article 4a LCD vise tout « *employé, associé, mandataire ou tout autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé* ». Le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 précise qu' « *ainsi, toute personne collaborant avec un tiers, au service de ce dernier, à quelque titre que ce soit, est concernée* ».

« *Action de promettre, action d'offrir ou action de donner* » (*corruption active*)

41. Comme pour l'incrimination de la corruption active d'agents publics, celle de l'article 4a LCD recourt aux termes « *offert, promis ou octroyé un avantage indu* ».

« *Sollicitation ou réception d'un avantage indu, acceptation d'une offre ou d'une promesse* » (*corruption passive*)

42. Comme pour l'incrimination de la corruption passive d'agents publics, celle de l'article 4a LCD recourt aux termes « *solliciter, se faire promettre ou accepter un avantage indu* ».

« *Tout avantage indu* »

43. Comme pour la corruption d'agents publics, l'incrimination de la corruption dans le secteur privé utilise la même terminologie d' « *avantage indu* », également utilisée par la Convention pénale. La portée de ces termes a été discutée au titre de la corruption d'agent public (voir paragraphes 14 à 16).

« *Directement ou indirectement* »

44. Comme pour l'incrimination de la corruption d'agents publics, la référence à l'implication (ou non) d'intermédiaires entre corrupteur et corrompu est absente de l'article 4a LCD. Toutefois, le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 mentionne que « *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.* »

« *Pour lui-même ou pour une autre partie* »

45. Les volets actif et passif de l'incrimination mentionnent expressément que l'avantage indu peut être octroyé ou reçu « *en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers* ». Le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 précise que « *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.* »

« *Agir ou s'abstenir d'agir* » ; « *Dans le cadre d'une activité commerciale* » ; « *... en violation de [ses] devoirs* » ; « *Commis intentionnellement* »

46. L'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé se réfère explicitement à ces éléments et emploie les termes « *pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec [l']activité professionnelle ou commerciale* ».

47. L'incrimination vise l'action ou l'omission contraire aux devoirs du corrompu ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. Là encore, des précisions supplémentaires sont apportées par le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 : « *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 employeur, l'obligation de diligence du mandataire ou encore le devoir de diligence entre associés. 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 sanction.* »
48. Enfin, la notion d'intentionnalité n'apparaît pas dans les articles pertinents, mais le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 spécifie que « *la corruption privée n'est punissable que si elle a été commise intentionnellement* ». Le dol éventuel est également couvert, pour les mêmes raisons que celles évoquées au paragraphe 22, les principes généraux du Code pénal étant applicables en relation avec les infractions pénales de la LCD.

Sanctions

49. Aux termes de l'article 23 LCD, la corruption active ou passive dans le secteur privé est punie d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Les réponses au questionnaire précisent que ces infractions constituent un délit au sens de l'article 10 al. 3 CP et que les règles concernant la responsabilité de l'entreprise, ainsi que celles relatives au concours d'infractions (peine maximale de 4 ½ ans) et à l'interdiction d'exercer une profession sont applicables dans les mêmes conditions que pour la corruption dans le secteur public.

Statistiques et décisions judiciaires

50. Il n'est pas fait état d'une jurisprudence pertinente, ni de statistiques officielles. Un questionnaire adressé par l'Office fédéral de la justice à tous les ministères publics cantonaux en 2009 a néanmoins révélé que 3 procédures avaient été ouvertes pour corruption privée.

Corruption de fonctionnaires internationaux (article 9 de la STE 173)

51. La déclaration précitée (voir paragraphe 31) formulée par la Suisse lors de la ratification de la Convention pénale sur la corruption s'applique également à l'article 9 de la Convention. Ainsi, la corruption de fonctionnaires internationaux n'est incriminée « *que dans la mesure où le comportement de la personne corrompue consiste en l'exécution ou l'omission d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation.* »
52. Cette forme de corruption est couverte par les dispositions de l'article 322^{septies} CP, qui couvre les personnes agissant pour une organisation internationale de la même manière que celles agissant pour un Etat étranger. Le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 apporte en outre les précisions suivantes : « *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'Etat. 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 [...]"

53. Les éléments discutés au titre de l'article 322^{septies} CP sont dès lors d'application dans le cas présent. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires pertinentes.

Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales (article 10 de la STE 173)

54. Bien que l'article 322^{septies} CP ne mentionne pas expressément les membres d'assemblées parlementaires internationales, ces personnes sont clairement couvertes par cet article, comme le rappelle le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 : « *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]».* » Les éléments relatifs à la corruption d'agents publics étrangers s'appliquent donc également à la corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales¹⁶. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'y a pas de décision judiciaire pertinente.

Corruption de juges et d'agents de cours internationales (article 11 de la STE 173)

55. La corruption de juges et agents de cours internationales est incriminée par les dispositions de l'article 322^{septies} CP qui vise spécifiquement les personnes agissant au sein d'une cour internationale en tant que « membres d'une autorité judiciaire » ou en tant que « fonctionnaire ». A cet égard, le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 précise que : « *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.* »
56. Les éléments discutés ci-dessus au titre de cet article, y compris s'agissant de la déclaration émise lors de la ratification par la Suisse de la Convention pénale (voir paragraphes 31 et suivants) sont dès lors d'application dans le cas présent. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décision judiciaire ou jurisprudence pertinente.

Trafic d'influence (article 12 de la STE 173)

Réserve

57. La Suisse a formulé une réserve lors de la ratification de la Convention pénale concernant l'incrimination du trafic d'influence de l'article 12 de la Convention pénale, réserve qui a été renouvelée le 16 février 2009 pour une période de trois ans : « *La Suisse se réserve le droit de*

¹⁶ Voir paragraphes 31 à 36 ci-dessus ainsi que le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, p. 6569.

n'appliquer l'art. 12 que dans la mesure où les faits visés constituent une infraction selon le droit suisse. »

58. Les réponses au questionnaire indiquent toutefois que certains cas graves de trafic d'influence sont réprimés par les articles 322^{ter} à 322^{septies} CP. Ainsi, lorsque l'intermédiaire est un agent public, celui-ci, s'il 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'article 322^{ter} CP (corruption active) ou de l'article 322^{quinquies} CP (octroi d'un avantage indu). Toutefois, pour cela, il faut que l'avantage versé ou envisagé soit en relation avec la fonction de l'intermédiaire, 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 d'un membre d'une autorité, si cette influence découle de sa fonction.
59. Lorsque l'intermédiaire est une personne privée, l'infraction de corruption sera réalisée dans certains cas seulement. Mais, si l'agent public à influencer participe au « marché » et l'accepte, l'infraction de corruption sera réalisée dans la plupart des cas. Ainsi, comme l'explique le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, 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.

Corruption d'arbitres nationaux (articles 1-3 de la STE 191)

60. Les dispositions des articles 322^{ter} à 322^{sexies} CP visent les arbitres nationaux, comme l'indique le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 : *« Les normes pénales actuelles relatives à la corruption de même que les anciennes 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 opposant. 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. »* Les éléments de ces articles présentés au titre de la corruption des agents publics nationaux s'appliquent donc à la corruption des arbitres nationaux. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires pertinentes.

Corruption d'arbitres étrangers (article 4 de la STE 191)

61. La Suisse a formulé la déclaration suivante lors de sa ratification du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption : *« La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera les infractions au sens des art. 4 et 6 du protocole additionnel que dans la mesure où le comportement de la personne corrompue consiste en l'exécution ou l'omission d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. »*
62. La disposition pertinente est celle de l'article 322^{septies} CP, qui vise explicitement la personne agissant pour un Etat étranger « en tant qu'arbitre ». Les éléments relatifs à cet article présentés sous l'angle de la corruption d'agents publics étrangers s'appliquent dès lors aux arbitres

étrangers. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires pertinentes.

Corruption de jurés nationaux (article 1 paragraphe 3 et article 5 de la STE 191)

63. Les dispositions des articles 322^{ter} à 322^{sexies} CP s'appliquent aux jurés nationaux, en tant que membres d'une autorité judiciaire. Le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 indique en outre qu': « *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.* » Les éléments de ces articles présentés au titre de la corruption des agents publics nationaux s'appliquent donc à la corruption des jurés nationaux. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires pertinentes.

Corruption de jurés étrangers (article 6 de la STE 191)

64. La situation concernant l'incrimination de la corruption de jurés étrangers est identique à celle de la corruption d'arbitres étrangers vue ci-dessus (voir paragraphes 61 et 62). Ainsi, la déclaration émise lors de la ratification du Protocole additionnel vise également l'article 6 et la disposition applicable est l'article 322^{septies} CP, en ce qu'il vise la personne agissant pour un Etat étranger « en tant que membre d'une autorité judiciaire ». Les éléments relatifs à cet article présentés sous l'angle de la corruption d'agents publics étrangers s'appliquent dès lors aux jurés étrangers. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas de décisions judiciaires pertinentes.

Autres questions

Actes de participation

65. Les réponses au questionnaire indiquent que les articles pertinents sont l'article 24 CP sur l'instigation et l'article 25 CP sur la complicité. S'agissant de cette dernière, la doctrine et la jurisprudence précisent que la manière par laquelle l'assistance est fournie importe peu. Est qualifiée de complicité toute contribution causale qui tend à faciliter la commission de l'infraction de telle sorte que, sans cette assistance, elle aurait été commise autrement.

Article 24 CP – Participation. Instigation

¹ Quiconque a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit encourt, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction.

² Quiconque a tenté de décider autrui à commettre un crime encourt la peine prévue pour la tentative de cette infraction.

Article 25 CP – Participation. Complicité

La peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit.

Compétence

66. Les règles de compétence pertinentes sont celles des articles 3, 6 et 7 CP.

Article 3 CP – Conditions de lieu. Crimes et délits commis en Suisse

¹ Le présent code est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse.

² Si, en raison d'un tel acte, l'auteur a été condamné à l'étranger et qu'il y a subi la totalité ou une partie de la peine prononcée contre lui, le juge impute la peine subie sur la peine à prononcer.

³ Sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH), l'auteur poursuivi à l'étranger à la requête de l'autorité suisse ne peut plus être poursuivi en Suisse pour le même acte :

a. s'il a été acquitté à l'étranger par un jugement définitif ;

b. s'il a subi la sanction prononcée contre lui à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

⁴ Si l'auteur poursuivi à l'étranger à la requête de l'autorité suisse n'a pas subi la peine prononcée contre lui, il l'exécute en Suisse ; s'il n'en a subi qu'une partie à l'étranger, il exécute le reste en Suisse. Le juge décide s'il doit exécuter ou poursuivre en Suisse la mesure qui n'a pas été subie à l'étranger ou qui ne l'a été que partiellement.

Article 6 CP – Conditions de lieu. Crimes et délits commis à l'étranger, poursuivis en vertu d'un accord international

¹ Le présent code est applicable à quiconque commet à l'étranger un crime ou un délit que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international :

a. si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale ;

b. si l'auteur se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé.

² Le juge fixe les sanctions de sorte que l'auteur ne soit pas traité plus sévèrement qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte.

³ Sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la CEDH, l'auteur ne peut plus être poursuivi en Suisse pour le même acte :

a. s'il a été acquitté à l'étranger par un jugement définitif ;

b. s'il a subi la sanction prononcée contre lui à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

⁴ Si, en raison de cet acte, l'auteur a été condamné à l'étranger et qu'il n'y a subi qu'une partie de la peine prononcée contre lui, le juge impute cette partie sur la peine à prononcer. Il décide si la mesure ordonnée et partiellement exécutée à l'étranger doit être poursuivie ou imputée sur la peine prononcée en Suisse.

Article 7 CP – Autres crimes ou délits commis à l'étranger

¹ Le présent code est applicable à quiconque commet un crime ou un délit à l'étranger, sans que soient réalisées les conditions prévues aux art. 4, 5 ou 6 :

a. si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale ;

b. si l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il est remis à la Suisse en raison de cet acte et

c. si, selon le droit suisse, l'acte peut donner lieu à l'extradition, mais que l'auteur n'est pas extradé.

² 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, l'al. 1 est applicable uniquement si :

a. la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ou

b. l'auteur a commis un crime particulièrement grave proscrit par la communauté internationale.

³ Le juge fixe les sanctions de sorte que l'auteur ne soit pas traité plus sévèrement qu'il ne l'aurait été en vertu du droit applicable au lieu de la commission de l'acte.

⁴ Sous réserve d'une violation grave des principes fondamentaux du droit constitutionnel et de la CEDH, l'auteur ne peut plus être poursuivi en Suisse pour le même acte :

a. s'il a été acquitté à l'étranger par un jugement définitif ;
b. s'il a subi la sanction prononcée contre lui à l'étranger, que celle-ci lui a été remise ou qu'elle est prescrite.

⁵ Si, en raison de cet acte, l'auteur a été condamné à l'étranger et qu'il n'y a subi qu'une partie de la peine prononcée contre lui, le juge impute cette partie sur la peine à prononcer. Il décide si la mesure ordonnée et partiellement exécutée à l'étranger doit être poursuivie ou imputée sur la peine prononcée en Suisse.

67. Ainsi, l'article 3 CP établit la compétence de la Suisse pour tous les crimes et délits commis sur le territoire suisse, quelle que soit la nationalité du ou des auteurs. La jurisprudence¹⁷ et la doctrine précisent qu'il suffit que l'acte soit commis en partie sur le territoire suisse. L'article 6 CP prévoit la compétence des tribunaux suisses pour les crimes et délits commis à l'étranger et que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international, tel que la Convention pénale et son Protocole additionnel. Enfin, l'article 7 CP donne compétence aux tribunaux suisses pour connaître d'autres crimes et délits commis à l'étranger, lorsque l'auteur se trouve en Suisse et que l'infraction commise peut donner lieu à extradition selon le droit suisse.
68. Les articles 6 et 7 CP soumettent tous deux la compétence des tribunaux suisses à la condition que l'acte soit également punissable au lieu où il a été commis (condition de double incrimination) et que l'auteur se trouve en Suisse et ne soit pas extradé. Par conséquent, la Suisse a effectué une réserve en matière de compétence¹⁸ pour les crimes et délits commis à l'étranger, dont les motifs sont exposés dans le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004 : « 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 incrimination. »
69. Comme le précise le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, la Suisse reconnaît donc sa compétence pour les infractions commises à l'étranger par un ressortissant suisse, un agent public suisse de nationalité étrangère ou un membre d'assemblée publique suisse de nationalité étrangère – hypothèse de l'article 17.1.b de la Convention pénale – ainsi que pour les 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 – hypothèse de l'article 17.1.c de la Convention pénale – moyennant la condition de double incrimination. Les réponses au questionnaire indiquent qu'à ce jour, il n'existe pas de jurisprudence pertinente.

¹⁷ Voir par exemple arrêt du Tribunal fédéral ATF 111 IV 1 (6.2.1985), consid. 2a

¹⁸ « La Suisse se réserve le droit de n'appliquer l'article 17, par.1, let. b et c, que dans la mesure où l'acte est également punissable au lieu où il a été commis et dans la mesure où l'auteur se trouve en Suisse et ne sera pas extradé vers un Etat étranger ».

Prescription

70. Selon l'article 97 CP¹⁹, l'action pénale est prescrite après 15 ans si elle est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans et après sept ans si elle est passible d'une peine inférieure. En conséquence, le délai de prescription est de 15 ans pour les infractions de corruption des art. 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP. Il est de 7 ans pour l'octroi ou l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), ainsi que pour la corruption privée (art. 4a et 23 LCD). Il n'est prévu aucune cause de suspension ni d'interruption du délai de prescription. Par contre, dans tous les cas, ce délai de prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu.

Défense

71. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il n'existe pas en droit suisse de disposition spécifique concernant les infractions de corruption qui exempterait un individu de sa responsabilité pénale ou qui atténuerait sa peine.

III. ANALYSE

72. Le paysage judiciaire et l'arsenal législatif suisses ont beaucoup évolué ces dix dernières années, suite notamment à l'adhésion de la Suisse aux instruments internationaux relatifs à la lutte contre la corruption. La responsabilité des personnes morales a été introduite dans le Code pénal en 2003. Le Tribunal pénal fédéral a été créé en 2004 afin de traiter en première instance des affaires pénales concernant les intérêts de la Confédération, telles les infractions commises par et à l'encontre de fonctionnaires fédéraux. Le Code pénal (ci-après CP) et la Loi sur la concurrence déloyale (ci-après LCD) ont été modifiés en 2005 – modifications qui sont entrées en vigueur en juillet 2006 – pour mettre en œuvre la Convention pénale sur la corruption (STE 173, ci-après la Convention) et son Protocole additionnel (STE 191, ci-après le Protocole additionnel). En 2009, une protection des donneurs d'alerte en cas de licenciement injustifié a été mise sur pied. Plus récemment, le Code de procédure pénale unifié (qui remplace les 26 procédures pénales cantonales) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

73. En matière d'infractions de corruption, le droit pénal suisse est bien développé. Les articles pertinents ne mentionnent pas expressément tous les éléments requis par la Convention et son Protocole additionnel, mais ils sont interprétés par la jurisprudence de manière large, sur la base du Message du 10 novembre 2004 du Conseil fédéral au Parlement suisse concernant

¹⁹ **Article 97 CP : Prescription de l'action pénale. Délais**

« ¹ L'action pénale se prescrit :

a. par 30 ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté à vie;

b. par quinze ans si elle est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans;

c. par sept ans si elle est passible d'une autre peine.

² En cas d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187) et des mineurs dépendants (art. 188), et en cas d'infractions au sens des art. 111, 113, 122, 182, 189 à 191 et 195 dirigées contre un enfant de moins de 16 ans, la prescription de l'action pénale court en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans.

³ La prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu.

⁴ La prescription de l'action pénale en cas d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187) et des mineurs dépendants (art. 188), et en cas d'infractions au sens des art. 111 à 113, 122, 182, 189 à 191 et 195 dirigées contre un enfant de moins de 16 ans commis avant l'entrée en vigueur de la modification du 5 octobre 2001 est fixée selon les al. 1 à 3 si elle n'est pas encore échue à cette date. »

l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale et de son Protocole additionnel. Ce texte contient des commentaires détaillés sur l'interprétation des dispositions législatives relatives à la corruption et constitue un document de référence pour les praticiens suisses. Dans l'ensemble donc, les articles 322^{ter} à 322^{septies} du CP et l'article 4 de la LCD relatif à la corruption privée, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence sur la base du Message du Conseil fédéral, répondent aux exigences posées par la Convention et son Protocole additionnel. En outre, d'autres infractions permettent de poursuivre les agissements apparentés à la corruption, en particulier la gestion déloyale (art. 158 CP) et le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP). Toutefois, le nombre de condamnations pour corruption reste stable et peu élevé en comparaison avec le nombre d'enquêtes ouvertes : ainsi, 15 condamnations par an ont été prononcées en moyenne entre 1999 et 2009²⁰, concernant presque exclusivement la corruption d'agents publics nationaux. Selon les autorités suisses, 37 instructions pénales étaient en cours au 31 janvier 2011, dont 23 pour corruption active d'agent public au sens strict (voir paragraphe 27).

74. S'agissant des catégories de personnes visées par les infractions de corruption, la notion d'agent public national est large ; elle repose sur les articles 322^{ter} à 322^{sexies} du CP combinés aux articles 110 al. 3 et 322^{octies} ch. 3 CP, tel qu'interprétés à la lumière des précisions contenues dans le Message du Conseil fédéral de 2004 et de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi, à côté des fonctionnaires et employés d'une administration publique, les membres d'une autorité judiciaire – y compris les jurés –, les personnes disposant d'un mandat exécutif ou législatif et les arbitres sont visés par la notion d'agent public. Les postes, emplois et mandats temporaires sont aussi couverts, de même que les particuliers qui accomplissent des tâches publiques. L'EEG considère donc que la définition donnée en Suisse à la notion d'agent public national est conforme aux exigences des articles 2, 3 et 4 de la Convention et des articles 2, 3 et 5 du Protocole additionnel.
75. Les incriminations utilisées pour poursuivre pénalement la corruption d'agents publics nationaux s'articulent sur deux niveaux. Tout d'abord, les articles 322^{ter} et 322^{quater} du Code pénal définissent la corruption active et passive d'agents publics nationaux au sens strict, qui constitue un crime. Ces articles visent l'offre et la sollicitation d'un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec l'activité officielle de l'agent public et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation. Le second niveau d'infractions figure aux articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, qui incriminent l'offre et la réception d'un avantage en vue de l'accomplissement, par l'agent, des devoirs de sa charge. Ce second type d'infractions, de nature délictuelle, vise l'alimentation progressive²¹ ainsi que les compétences « liées », obligatoires de l'agent (dénudées de tout pouvoir d'appréciation). Ces dernières infractions peuvent donc être utilisées comme « filet de sécurité », lorsque l'acte demandé ou offert dans le cadre de la corruption au sens strict n'a pas pu être identifié, ou bien que le lien entre l'avantage et l'acte n'a pu être établi. De manière générale, les autorités suisses et les personnes rencontrées lors de la visite s'accordent sur le large champ d'application donné à l'infraction de corruption au sens strict, et sur l'utilité d'un tel dispositif répressif à deux niveaux. Celui-ci permet en effet de se rabattre sur les délits d'octroi ou d'acceptation d'un avantage en cas de difficulté de preuve des éléments de l'infraction de corruption au sens strict.
76. Les éléments constitutifs de la corruption active et passive d'agents publics nationaux, visés aux articles 2 et 3 de la Convention, figurent aux articles 322^{ter} et suivants du Code pénal. En droit

²⁰ « Processus de corruption : corruption publique, corruption privée et trafic d'influence », notes de cours du Prof. QUELOZ de décembre 2010, p.16.

²¹ L'alimentation progressive est une série de petites faveurs accordées à un agent public compte tenu de sa fonction, visant à l'entretien d'un climat propice, mais sans lien avec un acte déterminable de sa part.

suisse, l'expression « *offrir, promettre ou octroyer un avantage* » est utilisée pour l'infraction de corruption active (art. 322^{ter}) et l'infraction d'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies}), tandis que l'expression « *solliciter, se faire promettre ou accepter un avantage* » caractérise la corruption passive (art. 322^{quater}) et l'infraction d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies}). Il ressort clairement de la législation et des entretiens menés lors de la visite que la corruption active et la corruption passive sont des infractions distinctes l'une de l'autre et qu'elles peuvent être poursuivies séparément, sans devoir nécessairement démontrer l'existence d'une entente.

77. Bien que le libellé des articles 322^{ter} et suivants du Code pénal ne le précise pas expressément, la jurisprudence établit clairement que l'avantage reçu ou octroyé peut être matériel ou immatériel et qu'il englobe l'amélioration de la situation économique, juridique ou sociale de l'agent public. L'article 322^{octies} du CP, qui contient certaines dispositions générales relatives à la corruption, exclut de la notion d'avantage indu les avantages autorisés par règlement de service et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux. Cependant, les interlocuteurs rencontrés lors de la visite ont expliqué à l'EEG que l'avantage est qualifié d'indu à partir du moment où il est susceptible d'exercer une influence sur le comportement de l'agent, quelle que soit sa valeur²². Les cadeaux et dons de faible valeur sont alors compris dans cette notion. L'EEG salue cette interprétation et estime que la notion d'avantage indu est conforme aux prescriptions de la Convention.
78. Les articles 322^{ter} et suivants du Code pénal ne font pas non plus référence à l'implication possible d'intermédiaires entre corrupteur et corrompu. Le Message précité du Conseil fédéral de 2004 précise toutefois que, tant pour le volet actif que pour le volet passif de l'infraction, « *la culpabilité de l'auteur est la même, qu'il ait transmis l'avantage indu par lui-même ou par l'intermédiaire d'une tierce personne* ». Cette interprétation a été confirmée par la jurisprudence²³ et est unanimement soutenue par la doctrine. Quant à l'intermédiaire, il/elle sera puni(e) en application des dispositions générales du Code pénal sur la participation (articles 24 et 25 CP) L'EEG considère dans ces conditions que l'absence de référence expresse à la notion d'intermédiaire ne pose pas problème au regard des articles 2 et 3 de la Convention.
79. La situation est en revanche moins claire s'agissant des cas où l'avantage indu est destiné à un tiers et non à l'agent public. Les tiers bénéficiaires sont expressément mentionnés aux articles 322^{ter} et 322^{quater} CP relatifs à la corruption active et passive au sens strict, mais non aux articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sur l'octroi ou l'acceptation d'un avantage. Les autorités suisses et les interlocuteurs rencontrés lors de la visite ont affirmé que ce cas de figure serait, la plupart du temps, couvert par la notion d'*avantage indirect* pour l'agent corrompu, lorsqu'un lien familial ou personnel avec le tiers bénéficiaire, ou bien une amélioration de la situation du corrompu, même de nature immatérielle, pouvait être établi. Certains interlocuteurs ont cependant exprimé des doutes quant à la possible application des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP en cas de remise de l'avantage à un parti politique ou une association dont l'agent public est membre. Même si l'interprétation des autorités suisses peut permettre d'appliquer les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP dans la majorité des cas où l'avantage a été offert à un tiers, l'EEG observe qu'elle n'a pas encore été confirmée par la jurisprudence et qu'elle semble laisser certaines situations – même peu nombreuses – hors du champ de l'incrimination des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP. Elle a en outre pour conséquence de déplacer la charge de la preuve sur l'amélioration indue de la situation de l'agent, et non sur celle du parti politique ou de l'association. Une telle preuve peut

²² Ainsi, le fait de donner 10 CHF à un policier pour éviter une amende de 40 CHF serait considéré comme un avantage indu. Voir également le jugement de la Cour suprême du canton de Zurich du 16.11.2010, publiée dans *forumpenale* 2/2011, p. 66.

²³ Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 100.IV. 56 (12.3.1974), consid. 2a

être plus difficile à apporter en pratique. L'EEG considère enfin que le simple fait que les tiers bénéficiaires soient mentionnés dans certains des articles consacrés à la corruption et non dans d'autres est source d'incertitudes. Compte tenu de ces éléments, l'EEG recommande donc de **s'assurer que les infractions d'octroi et de réception d'un avantage des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} du Code pénal prennent en compte sans ambiguïté les cas dans lesquels l'avantage est destiné à des tiers.**

80. La notion d'« acte dans l'exercice de ses fonctions » de la Convention est traduite aux articles 322^{ter} et 322^{quater} CP par l'expression « *acte en relation avec son activité officielle* ». Cette notion reçoit une interprétation large. En 2006, le Tribunal pénal fédéral a ainsi estimé qu'« *il suffit que la violation ait été rendue possible grâce à la position officielle du corrompu. Il est ainsi indifférent que le fonctionnaire ait agi de manière autonome, dans les limites de ses compétences, ou qu'il ait profité de sa position au sein de la hiérarchie pour exercer une influence déterminante (...)* »²⁴.
81. Les articles 322^{ter} et 322^{quater} CP comportent deux éléments – alternatifs – supplémentaires par rapport à l'incrimination de corruption prévue aux articles 2 et 3 de la Convention : il s'agit, d'une part, de la notion de violation des devoirs de l'agent et, d'autre part, de la notion de pouvoir d'appréciation. Le Message du Conseil fédéral de 2004 précise que « *l'art. 322^{ter} 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* »²⁵. Cependant, comme le précise le Message, les articles 322^{ter} et 322^{quater} CP ne peuvent être appliqués si l'acte sollicité est conforme à ses devoirs et ne laisse aucune place à son pouvoir d'appréciation. Dans ce cas, ce sont les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP qui pourront être appliqués, sans même devoir établir de lien entre l'avantage et l'acte administratif concret. De l'avis des autorités suisses, confirmé par tous les interlocuteurs lors de la visite et par la jurisprudence, ces notions alternatives des articles 322^{ter} et 322^{quater} CP sont interprétées de manière large. La notion de violation des devoirs englobe en particulier la violation de l'obligation de traiter de façon égale et impartiale les usagers du service public²⁶. En outre, pour la notion de pouvoir d'appréciation, il suffit que l'agent ait « vendu » sa neutralité, même si la décision ne peut être critiquée d'un point de vue objectif²⁷. L'EEG est d'avis que, dans ce contexte, l'objectif poursuivi par la Convention de préserver la confiance des citoyens en l'équité de l'administration est satisfait et elle en conclut que le dispositif législatif à deux niveaux de la Suisse, tel qu'interprété et appliqué, répond sur ce point aux exigences des articles 2 et 3 de la Convention.
82. Contrairement aux incriminations relatives aux agents nationaux conçues sur les deux niveaux complémentaires de corruption (au sens strict) et d'octroi/acceptation d'un avantage, seule l'infraction de corruption (au sens strict) d'agents publics étrangers et internationaux – qui vise également les membres d'assemblées publiques étrangères, assemblées parlementaires internationales, juges et agents de cours internationales, arbitres et jurés étrangers – est prévue à l'article 322^{septies} CP. Celle-ci couvre tant les actes ou omissions qui constituent des violations

²⁴ Arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2005.10 (20.02.2006), consid. 2.5

²⁵ Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, p. 6564

²⁶ Cf. l'arrêt du Tribunal de district de Zurich du 21/8/1995 dans l'affaire H. et des cafetiers-restaurateurs, citée par le Prof. N. QUELOZ, op.cit., p. 7 : le Tribunal a estimé que « le simple traitement accéléré d'une requête constitue déjà, par le fonctionnaire, une violation de ses devoirs de fonction si ce traitement résulte de circonstances non objectives, qui placent divers requérants en situation d'inégalité ou de partialité de traitement ». Au sujet d'un traitement retardateur, cf. l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 126 IV 141 (20.5.2000), consid. 2a.

²⁷ Cf. l'arrêt du Tribunal pénal fédéral SK.2006.25 (12.06.2007), consid. 2.1, ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 6S.180/2006 (14.07.2006), consid. 3.2.3.

par l'agent de ses devoirs, que les actes ou omissions qui dépendent de son pouvoir d'appréciation. Ces deux notions sont interprétées de façon large, à l'instar de la corruption d'agent national. A contrario, la corruption ayant pour objet une compétence liée de l'agent, par exemple l'apposition d'un cachet que l'agent devait de toute façon délivrer, n'est pas incriminée et aucune autre disposition légale ne peut être appliquée à titre de « filet de sécurité ». Les autorités suisses ont dès lors formulé une déclaration sur la base de l'article 36 de la Convention²⁸. L'absence d'incrimination de l'octroi/acceptation d'un avantage pour l'exercice de compétences liées ne pose pas de problème s'agissant des membres d'assemblées publiques étrangères et membres d'assemblées parlementaires internationales, car ils n'ont pas à accomplir d'actes administratifs liés qui ne laissent aucune marge d'appréciation. Tous leurs actes relèvent donc par hypothèse d'une violation de leurs devoirs ou d'un exercice de leur pouvoir d'appréciation.

83. S'agissant de l'incrimination de la corruption des agents étrangers et internationaux, juges et agents de cours internationales, arbitres et jurés étrangers, l'EEG est d'avis que l'absence du « filet de sécurité » offert par l'incrimination de l'offre ou acceptation d'un avantage pour l'exercice de compétences liées soulève plusieurs problèmes. Elle rappelle tout d'abord qu'aux termes de la Convention, les agents publics nationaux et étrangers devraient, en principe, être traités d'une manière similaire. D'autre part, son attention a été attirée lors de la visite sur plusieurs problèmes nés de l'absence, pour les agents étrangers et internationaux, de ce « filet de sécurité ». Certains interlocuteurs ont souligné le message ambigu adressé ainsi aux entreprises suisses en n'incriminant pas, comme le précise le Message du Conseil fédéral de 2004 lui-même, « *le versement de pots-de-vin à des fonctionnaires locaux sous-payés, [...] libéralités concédées pour un acte que l'agent public est de toute façon tenu d'accomplir* ». Or, la frontière peut s'avérer difficile à établir entre les cas relevant réellement de l'octroi de pots-de-vin de faible valeur – d'autant plus que la notion de valeur est relative et que ce qui est de faible valeur pour une entreprise suisse ne le sera pas forcément pour le fonctionnaire local corrompu – et les cas relevant de l'article 322^{septies} CP. Une succession de petits versements peut ainsi servir à masquer un pot-de-vin plus important. En outre, il peut être difficile, voire impossible, d'établir si on se trouve véritablement dans un cas de compétence liée lorsque les faits ont eu lieu à l'étranger. L'EEG note enfin que l'article 322^{septies} CP a été très peu appliqué jusqu'ici²⁹ : trois condamnations ont été prononcées (en 2001, 2009 et 2010) et deux instructions pénales étaient en cours au 31 janvier 2011. Pour remédier à ces difficultés, une incrimination de l'offre ou acceptation d'avantages, similaire à celle existant pour les agents publics nationaux, trouverait toute son utilité. L'EEG recommande donc **d'examiner l'opportunité d'étendre l'incrimination de corruption d'agents publics étrangers, agents publics internationaux, juges et agents de cours internationales, arbitres et jurés étrangers, de manière à y inclure les actes qui ne constituent pas des violations de leurs devoirs ou qui ne dépendent pas de leur pouvoir d'appréciation, et ainsi de retirer ou ne pas renouveler les déclarations faites au titre de l'article 36 de la Convention et de l'article 9 alinéa 1 du Protocole additionnel.**

²⁸ « *La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera la corruption active et passive au sens des art. 5, 9 et 11 que dans la mesure où le comportement de la personne corrompue consiste en l'exécution ou l'omission d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation.* » Une déclaration similaire a été déposée s'agissant des articles 4 et 6 du Protocole additionnel à la Convention.

²⁹ Les autorités suisses et plusieurs praticiens ont expliqué leurs difficultés de mener à bien les enquêtes de corruption à l'étranger notamment par le refus de certains Etats d'accorder l'entraide, par l'importance du phénomène de « corruption-extorsion » dans certains Etat ou par les accords conclus à l'étranger dans le cadre des procédures plus rapides de *plea bargaining*, qui prévoient en général une confidentialité des comportements visés par l'accord et empêchent la justice suisse, en vertu du principe « *non bis in idem* », d'ouvrir une procédure pour ces faits.

84. La corruption dans le secteur privé est incriminée à l'article 4a de la Loi fédérale contre la Concurrence déloyale (LCD), révisée en 2006³⁰. Construite en symétrie des articles 322^{ter} et 322^{quater} CP sur la corruption (au sens strict) d'agents publics nationaux – symétrie qu'il convient de saluer – elle est cependant sanctionnée de peines délictuelles. La qualification en délit de la corruption privée n'a pas soulevé de critique lors de la visite sur place, mis à part sous l'angle de l'application de la législation anti-blanchiment d'argent qui est subordonnée à la commission d'un crime. Ce point a déjà été évalué par le GRECO dans le cadre des 1er et 11è cycles conjoints d'évaluation³¹.
85. Le champ d'application de l'infraction de corruption dans le secteur privé est limité aux relations commerciales, comme c'est le cas dans la Convention. Le Message du Conseil fédéral de 2004 précise que la LCD n'est applicable aux associations et autres ONG, notamment sportives, que dans leurs relations commerciales. Plusieurs personnes rencontrées lors de la visite ont cependant regretté que ces entités ne soient pas plus largement visées par l'infraction de corruption privée. Dans la mesure où la Suisse est le siège de très nombreuses associations, notamment sportives, les autorités suisses pourraient envisager d'étendre l'infraction de corruption privée aux associations précitées, comme le permet la Convention.
86. Selon l'article 23 LCD, la poursuite d'une infraction de corruption dans le secteur privé est subordonnée au dépôt d'une plainte formulée par un particulier, une entreprise ou une association (par exemple une association de consommateurs), voire 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. Les autorités suisses et plusieurs interlocuteurs ont souligné que la liste des personnes habilitées à déposer plainte sur base de la LCD était longue, en comparaison avec le Code pénal qui ne permet une plainte que de la part de la personne lésée et que c'est, entre autres, pour cette raison qu'il avait été décidé de faire figurer les articles relatifs à la corruption privée dans cette loi. La difficulté pour le parquet de prendre connaissance des faits de corruption privée – et donc l'utilité de la dénonciation des faits par les clients, les entreprises lésées ou les associations professionnelles – ainsi que l'utilité de leur collaboration lors de l'enquête, ont été invoquées par les autorités suisses pour justifier l'exigence de la plainte. En outre, le Message du Conseil fédéral de 2004 précise que « *la nature des biens juridiques concernés et le degré de gravité de ces infractions, en comparaison avec la corruption d'agent publics, laissent penser que le maintien de l'exigence de la plainte est raisonnable* »³². Dans une série de cas, des poursuites peuvent être engagées (d'office) pour gestion déloyale aggravée sur la base de l'article 158 CP, mais plusieurs interlocuteurs, dont des praticiens, ont affirmé qu'il est difficile, sur la base de l'article 158 CP, de construire la poursuite du corrupteur par la figure de la participation (instigateur). Les poursuites ont donc moins de chances d'aboutir que sur la base de l'article 4 LCD.
87. L'EEG note qu'à ce jour, aucune condamnation n'a été prononcée sur la base de cette infraction, (elle a toutefois appris qu'une affaire serait en cours dans le canton de Genève, en plus des 3 affaires mentionnées au paragraphe 50), alors même que, de l'avis de la plupart de ses interlocuteurs, la corruption privée existe en Suisse. Lors de la visite, différents arguments ont été

³⁰ En 2004, dans le cadre de la réforme de la LCD, une opinion minoritaire avait proposé d'intégrer l'infraction dans le Code pénal et de la considérer comme un crime, permettant de la poursuivre d'office et de la sanctionner de peines plus lourdes. Le gouvernement avait toutefois préféré l'option de la LCD, en raison notamment des avantages en matière de personnes légitimées à porter plainte (Message du Conseil fédéral du 10 novembre 2004, p. 6560 et 6573). Par la suite, les autorités suisses ont réexaminé ces questions lors de la procédure de conformité sur les 1er et 11è cycles d'évaluation conjoints, sous l'angle de la recommandation vi relative à la législation anti-blanchiment (voir RC I-II (2009) 2F, paragraphe 33).

³¹ Voir GRECO Eval I-II Rep (2007) 1F, paragraphe 104.

³² Message du Conseil fédéral de 2004, p. 6574

avancés pour expliquer l'absence de condamnation. Pour la majorité des interlocuteurs rencontrés, qu'ils soient praticiens ou membre du corps académique, la plainte constitue un obstacle réel aux poursuites³³. Un praticien a d'ailleurs estimé que, dans la plupart des affaires de gestion déloyale qu'il avait connues, l'absence de plainte, si celle-ci avait été exigée, aurait souvent constitué un obstacle aux poursuites. De plus, le retrait de la plainte en cours d'instruction oblige le procureur à se rabattre sur une autre infraction³⁴. Enfin, pour plusieurs interlocuteurs, sur le marché national, les entreprises se connaissent et ont des contacts entre elles, de telle sorte que l'entreprise lésée préférera se taire en attendant des jours meilleurs. L'EEG n'a pas été convaincue par les arguments avancés par les autorités suisses. Elle est d'avis que l'exigence formelle d'une plainte prévue en droit suisse constitue bel et bien un obstacle à l'engagement de poursuites, qui n'est pas dans l'esprit de la Convention, laquelle appelle à limiter les différences entre la corruption dans le secteur public et le secteur privé. L'EEG recommande dès lors **de supprimer la condition de plainte préalable à l'exercice des poursuites pour corruption dans le secteur privé.**

88. Le trafic d'influence n'est pas incriminé en Suisse en tant que tel. Mais, selon le Message du Conseil Fédéral de 2004³⁵ et les interlocuteurs rencontrés, certains cas pourraient néanmoins être poursuivis sur la base des articles 322^{ter} à 322^{sexies} relatifs à la corruption et sur celle de l'article 24, al. 2 CP sur la tentative d'instigation. Lorsque l'intermédiaire est un agent public, la condition que l'avantage versé soit en relation avec la fonction sera cependant exigée. Si l'intermédiaire est une personne privée, les poursuites ne sont possibles que s'il était prévu d'associer le fonctionnaire à influencer. Une réserve a donc été formulée par la Suisse à l'article 12 de la Convention pour limiter l'application de cet article aux cas couverts par son droit pénal.
89. Après avoir souligné que la doctrine n'est pas unanime sur l'opportunité d'incriminer le trafic d'influence, le Message de 2004 estime qu'une infraction spécifique n'est pas nécessaire. Tout d'abord, il relativise l'influence des liens personnels et sociaux eu égard au système politique helvétique. La collégialité, le multipartisme et la démocratie directe qui le caractérisent, constitueraient des obstacles à l'émergence d'un clientélisme généralisé. De plus, l'arsenal législatif existant, notamment sous l'angle des marchés publics et du contrôle interne de l'activité administrative, permettrait d'empêcher que certaines situations dégénèrent et provoquent une recrudescence de la corruption. Par ailleurs, le Message de 2004 avance que le simple lobbying risquerait d'être pénalisé³⁶, et que l'ensemble du système répressif risquerait d'être affaibli par l'adoption d'une norme qui se révélerait rapidement peu efficace. Dès lors, les autorités suisses ont choisi de privilégier une réponse préventive à la problématique.³⁷ L'EEG n'est pas convaincue par les arguments avancés par les autorités suisses pour justifier la réserve. Elle estime que pour mieux protéger la transparence et l'impartialité des décisions des administrations publiques et éliminer le risque d'instauration d'un climat de corruption autour d'elles, l'incrimination du trafic d'influence est un outil important pour chaque législation nationale. Or, l'arsenal législatif suisse actuel ne permet pas de couvrir l'ensemble des cas de « corruption ambiante » et de sanctionner le comportement de personnes proches du pouvoir, qui essaient de tirer parti de leur position pour obtenir des avantages. De plus, lors de la visite, un praticien a

³³ Dans le même sens, v. Prof. QUELOZ, op. cit., p. 11 et 22.

³⁴ Les autorités font cependant valoir qu'un questionnaire adressé par l'Office fédéral de la Justice à tous les ministères publics cantonaux en 2009 aurait révélé qu'il n'existait aucun cas concret de corruption où l'absence de plainte aurait constitué un obstacle et qu'aucun cas n'était connu où le retrait de la plainte aurait mené à l'abandon des poursuites pour corruption.

³⁵ Message du Conseil fédéral de 2004, p. 6579.

³⁶ L'EEG rappelle toutefois à ce sujet qu'aux termes de la Convention, l'infraction de trafic d'influence ne s'applique pas aux formes de lobbying connues.

³⁷ Message du Conseil fédéral de 2004, p. 6580 et 6581.

admis que l'absence d'infraction de trafic d'influence pouvait poser problème pour accorder l'entraide, sous l'angle de l'exigence de double incrimination, ainsi que pour poursuivre sur la base du blanchiment d'argent. L'EEG recommande donc **d'examiner l'opportunité d'incriminer le trafic d'influence conformément aux divers éléments de l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption (STE n° 173) et ainsi de retirer ou ne pas renouveler la réserve à cet article de la Convention.**

90. Les sanctions prévues pour la corruption publique au sens strict se composent d'une peine privative de liberté de 5 ans au plus ou une peine pécuniaire, à l'instar de l'infraction de gestion déloyale aggravée, tandis que l'acceptation / octroi d'un avantage et la corruption privée sont sanctionnés d'une peine de 3 ans au plus ou une peine pécuniaire. Les peines peuvent être augmentées en cas de concours (par exemple pour infractions répétées de corruption) : jusqu'à 7 ½ ans pour la corruption publique au sens strict et jusqu'à 4 ½ ans pour l'acceptation / l'octroi d'un avantage ainsi que la corruption privée. Le sursis total est en principe accordé aux primo délinquants si la peine prononcée ne dépasse pas deux ans. Le juge fixe le montant de la peine pécuniaire, qui ne peut excéder 360 jours-amende³⁸, selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement. Outre les confiscations, des interdictions professionnelles et, dans le cadre d'un sursis, des règles de conduites peuvent également être prononcées. Les personnes morales, quant à elles, sont passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 5 millions de francs suisses (environ 4,11 millions d'euros). Les sanctions ont été jugées par tous les intervenants comme effectives et proportionnées à la gravité des faits. Les entretiens ont révélé que le caractère dissuasif est davantage attaché aux sanctions pécuniaires qui, proportionnées au patrimoine de l'intéressé, peuvent être très élevées et sont plus rapidement exécutées, ainsi qu'à la médiatisation des faits qui, pour les sociétés cotées en bourse ou un acteur politique, peut se révéler très dommageable. L'EEG considère que les sanctions prévues pour les diverses infractions de corruption paraissent effectives, proportionnées et dissuasives.
91. L'analyse du dispositif légal suisse et les entretiens menés sur place n'ont pas mis en évidence de problème particulier sur la question de la compétence territoriale et extraterritoriale. Relativement à celle-ci, il peut être souligné que l'article 6 al. 1 CP permet à la Suisse, sur la base de ses engagements internationaux, de poursuivre les infractions de corruption, dans les cas non visés par l'article 7 CP relatif à la compétence extraterritoriale. Toutefois, les articles 6 et 7 CP et la réserve formulée à l'article 17 de la Convention subordonnent la compétence extraterritoriale de la Suisse à condition que l'infraction soit également punissable dans l'Etat où elle a été commise (condition de double incrimination) et que l'auteur se trouve en Suisse et ne soit pas extradé. Les autorités suisses justifient leur réserve par la portée selon elles extrêmement restreinte en pratique des cas non couverts par les articles 6 et 7 CP par rapport aux exigences de l'article 17 paragraphe 1 let. b et c de la Convention. Elles précisent qu'« *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 incrimination* »³⁹. L'EEG estime que cette condition réduit les possibilités des autorités suisses de combattre les actes de corruption commis à l'étranger et affecte l'image que le pays souhaite donner de son engagement à lutter de manière ferme contre la corruption. L'EEG recommande dès lors **d'examiner l'opportunité de supprimer la condition de double incrimination pour les infractions de corruption commises à l'étranger, et ainsi de retirer ou ne pas renouveler la réserve à l'article 17 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173).**

³⁸ Le jour-amende est de CHF 3000 (environ € 2460) au plus.

³⁹ Message du Conseil fédéral de 2004, p. 6586.

92. Les délais de prescription de l'action publique dépendent de la qualification de l'infraction en crime (15 ans) ou délit (7 ans). Ils sont donc de 15 ans pour les infractions de corruption au sens strict des articles 322^{ter}, 322^{quater} et 322^{septies} CP, et de 7 ans pour l'octroi ou l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) et la corruption privée (art. 4a et 23 LCD). Pour la corruption privée, dans certains cas, il est aussi possible de poursuivre sur base de l'infraction de gestion déloyale aggravée, qui constitue un crime. Dans tous les cas, le délai de prescription est interrompu si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu. La majorité des praticiens interrogés a estimé que ces délais étaient satisfaisants. A l'appui de ces éléments, l'EEG considère que la prescription ne constitue pas un obstacle aux poursuites et que le système procédural suisse répond sur ce point aux exigences de la Convention.

IV. CONCLUSIONS

93. La Suisse dispose d'un solide arsenal législatif, complété en 2006, qui répond dans une très large mesure aux exigences de la Convention et de son Protocole additionnel. En sa qualité d'importante place économique et financière et au regard du grand nombre d'entreprises multinationales qui y ont leur siège, la Suisse apparaît particulièrement exposée aux risques de corruption privée et de corruption d'agents publics étrangers. Cependant, le nombre de condamnations obtenues est faible en comparaison avec le nombre d'enquêtes ouvertes et il vise presque exclusivement des cas de corruption d'agents publics suisses. Aucune condamnation pour corruption privée n'a été prononcée à ce jour. Aux yeux de l'EEG, cette situation est préoccupante et pose la question de l'effectivité des dispositions pénales suisses. Afin de renforcer cette effectivité, l'EEG préconise la suppression de la condition de plainte, qui est requise pour poursuivre l'infraction de corruption dans le secteur privé. Par ailleurs, l'EEG observe que la corruption privée et la corruption internationale font l'objet d'incriminations moins étendues que celles applicables aux agents publics nationaux et que la Suisse a restreint sa compétence à l'égard des affaires de dimension transnationale. Ces limitations sont regrettables compte tenu de l'importance du pays dans l'économie internationale et du poids de beaucoup de ses sociétés commerciales. Enfin, le trafic d'influence, s'il semble être partiellement couvert par une série de dispositions pénales, n'est pas incriminé en tant que tel. Or, cette infraction peut être un outil pour mieux protéger la transparence et l'impartialité des décisions des administrations publiques. La Suisse est donc invitée à examiner l'opportunité de modifier sa législation sur ce point et de retirer sa réserve à l'article 12 de la Convention.

94. Au vu de ce qui précède, le GRECO adresse les recommandations suivantes à la Suisse:
- i. **s'assurer que les infractions d'octroi et de réception d'un avantage des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} du Code pénal prennent en compte sans ambiguïté les cas dans lesquels l'avantage est destiné à des tiers (paragraphe 79) ;**
 - ii. **examiner l'opportunité d'étendre l'incrimination de corruption d'agents publics étrangers, agents publics internationaux, juges et agents de cours internationales, arbitres et jurés étrangers, de manière à y inclure les actes qui ne constituent pas des violations de leurs devoirs ou qui ne dépendent pas de leur pouvoir d'appréciation, et ainsi retirer ou ne pas renouveler les déclarations faites au titre de l'article 36 de la Convention et de l'article 9 alinéa 1 du Protocole additionnel (paragraphe 83) ;**
 - iii. **supprimer la condition de plainte préalable à l'exercice des poursuites pour corruption dans le secteur privé (paragraphe 87) ;**

- iv. examiner l'opportunité d'incriminer le trafic d'influence conformément aux divers éléments de l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption (STE n° 173) et ainsi retirer ou ne pas renouveler la réserve à cet article de la Convention (paragraphe 89) ;
 - v. examiner l'opportunité de supprimer la condition de double incrimination pour les infractions de corruption commises à l'étranger, et ainsi retirer ou ne pas renouveler la réserve à l'article 17 de la Convention pénale sur la corruption (STE 173) (paragraphe 91).
95. Conformément à l'article 30.2 du Règlement Intérieur, le GRECO invite les autorités suisses à remettre un rapport sur la mise en œuvre des recommandations ci-dessus d'ici le 30 avril 2013.
96. Enfin, le GRECO invite les autorités de la Suisse à autoriser, dans les meilleurs délais, la publication de ce rapport, à traduire le rapport dans les autres langues officielles et à rendre ces traductions publiques.