



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

SECTION SUISSE
SCHWEIZER SEKTION
SEZIONE SVIZZERA

SECRÉTARIAT
SEKRETARIAT
SECRETARIATO

C/O ANWALTSBÜRO HÄLG & KÄGI-DIENER
ST. LEONHARD-STR. 20, PF 123, 9001 ST.GALLEN
info@icj-ch.org

T +41 71 223 81 21
F +41 71 223 81 28
www.icj-ch.org

Office fédéral de la justice,
Domaine de direction Droit pénal,
CH-3003 Berne

Et par courriel :
olivier.gonin@bj.admin.ch

St Gall, le 29 août 2013

Prise de position relative au Projet de révision des dispositions pénales incriminant la corruption

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

La *Section suisse de la Commission internationale de Juristes (ICJ-CH)* salue l'ouverture de la procédure de consultation relative à la révision des dispositions pénales incriminant la corruption (modification du code pénal et du code pénal militaire).

Le Conseil fédéral relève dans son Rapport explicatif que la Suisse est dotée d'un arsenal de lutte contre la corruption qui dans son ensemble doit être considéré comme efficace et qui, en général, suit le pas des développements internationaux, surtout après le renforcement de la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

Tout en appréciant l'évolution du droit pénal proposée dans l'avant-projet, ICJ-CH est néanmoins convaincue que cette révision aurait pu offrir l'occasion pour renforcer davantage certains points sensibles de la lutte contre la corruption. Après quelques considérations introductives (I.), nous allons donc exposer quelques réflexions et remarques au sujet des modifications légales proposées (II.) ainsi que sur les points critiques pour lesquels le Conseil fédéral entend renoncer à une incrimination (III.). On va ensuite formuler des remarques conclusives (IV.)

I. Le barème d'évaluation : les principes fondamentaux de l'Etat de droit

En général, le projet du Conseil fédéral sous-estime le fait que la corruption est une pratique particulière, ne pouvant pas être réduite à une simple infraction violant les droits économiques d'un ou quelques individus. Elle doit, par contre, être considérée comme une pratique violant le noyau intangible des droits de l'homme et évinçant les principes fondamentaux de l'Etat de droit : en effet, dans le cas de la corruption, la loi est écartée, la discrimination est érigée en système, la collectivité est appauvrie, les droits sociaux et économiques sont bafoués et les relations de confiance sont perverties. D'une façon générale, la corruption se qualifie par une sorte de trahison, dans ce sens qu'elle peut être définie comme l'abus de tout pouvoir de représentation. Cette notion, ainsi que la constatation de la gravité des effets de ce phénomène, doit constituer le barème d'évaluation de tout l'avant-projet (cf., à ce sujet, M. Borghi/P. Meyer-Bisch (éd.), La corruption, l'envers des droits de l'homme, Fribourg 1998).

Or, force est de constater que l'approche du législateur suisse dans ce domaine est en réalité plutôt minimaliste et conservatrice, se limitant généralement à combattre les formes les plus éclatantes de corruption. Elle sous-estime par contre le fait que, en Suisse, la corruption s'exprime souvent de façon encore plus pernicieuse que dans d'autres Etats, notamment par des pratiques se développant de manière subreptice et discrète (tel le trafic d'influence), ce qui rend encore plus nécessaire une adéquation adaptée et spéciale des instruments de prévention et, tout particulièrement, de répression de ce phénomène.

II. Modifications proposées par l'avant-projet

1. Corruption active et passive dans le secteur privé

Pendant longtemps, la corruption entre privés a été conçue comme une affaire privée, n'intéressant que les parties concernées, notamment dans le cadre de l'application du droit de la concurrence déloyale. Cette approche dichotomique par rapport à la corruption d'agents publics, qui a été beaucoup (et à juste titre) critiquée par la doctrine, a aujourd'hui perdu son sens. ICJ-CH salue partant la proposition de renforcer l'incrimination de la corruption privée en introduisant une disposition expresse dans le Code pénal qui fait abstraction du lien entre l'acte de corruption privée et son influence sur le jeu de la concurrence, et qui supprime l'exigence de la plainte.

ICJ-CH estime toutefois que cette révision aurait pu représenter l'occasion de remédier aussi à un autre point faible de l'actuel art. 4a LCD, que l'avant-projet néanmoins reprend textuellement : le libellé des art. 322^{octies} et ^{novies} AP-CP maintient en effet la restriction actuelle exigeant que l'infraction de corruption privée soit *liée aux activités commerciales et professionnelles de son auteur*. Cela exclut du champ d'application de la corruption privée tous les actes en relation avec les activités non professionnelles. Le Conseil fédéral souligne que la restriction n'est pas contestée en tant que telle (Rapport explicatif, p. 10). D'autre côté, il relève que le maintien de cet élément constitutif ne pose pas de problèmes en relation avec la répression des actes illicites qui pourraient entacher les décisions des fédérations sportives internationales, car la notion d'activité professionnelle ou commerciale doit être comprise au sens large, en incluant également l'activité accessoire, le critère discriminatoire devant être celui de la *rémunération* (p. 10).

Une telle approche ne peut pas être partagée. La ICJ-CH estime que le critère de la limitation aux activités professionnelles et celui (conséquent) de la rémunération sont inadéquats, car trop limitatifs, voire arbitraires. Exemple à ce titre pourrait être le domaine des fondations, lesquelles aujourd'hui manifestement disposent de ressources de plus en plus considérables et jouent un rôle très important dans le monde économique : à cause de la restriction maintenue par l'avant-projet, les membres des conseils de fondation - pour lesquels les autorités de surveillance encouragent un engagement bénévole (cf. DFI, *Guide pratique pour la fondation*, 2010, p. 6), mais qui ont le pouvoir de gérer des patrimoines considérables lesquels, notamment, sont destinés au financement d'activités ayant une forte connotation économique - pourraient accepter impassiblement des pots-de-vin sans que, d'autre côté, celui qui a bénéficié de l'adjudication influencée par le versement de l'avantage indu puisse être puni. De même vaut pour ceux qui s'engagent à titre bénévole dans des clubs sportifs régionaux qui, bien que de dimensions mineures par rapport aux fédérations internationales, disposent de toute façon de pouvoirs considérables. Or, à la lumière des arguments exposés dans la partie introductive de cette prise de position (ad I.), ces pratiques, bien que limitées aux activités de l'« association de quartier » ou du « comité local d'un parti politique » (cf. Rapport explicatif, p. 10), ne doivent pas pouvoir être tolérées: en acceptant la corruption dans le cadre de ces groupes, le législateur lui-même opère en réalité une discrimination arbitraire et inacceptable, d'autant plus injustifiée si l'on songe au phénomène de la privatisation des activités étatiques et d'intérêt public et au rôle croissant reconnu en ce contexte aux fondations et aux associations.

La ICJ-CH suggère par conséquent d'enlever du texte des art. 322 *octies* et 322 *novies* AP-CP la locution « *en relation avec son activité professionnelle ou commerciale* ».

2. Corruption d'agents publics – extension du champ d'application

La ICJ-CH est convaincue de la nécessité d'étendre le champ d'application des art. 322 *quinquies* et *sexies* CP aux cas où l'avantage est octroyé à un tiers avec lequel l'agent public n'a pas de liens patrimoniaux directs et adhère donc à la nouvelle teneur des deux dispositions. Cette adaptation permet à la Suisse de se conformer ultérieurement à ses obligations internationales.

3. Dispositions communes (art. 322 *decies* AP-CP)

L'art. 322 *decies* al. 1 AP-CP combine les actuels art. 322 *octies* CP et 4a al. 2 LCD, dont il garde la portée matérielle (Rapport explicatif, p. 20). En particulier, il prévoit que « *ne constituent pas des avantages indus (...) b. les avantages de faible importance qui sont conformes aux usages sociaux* ».

L'avant-projet s'est limité à reprendre le droit en vigueur sans formuler aucune réflexion au sujet de l'opportunité de garder cette exemption, ce qui est à notre avis regrettable.

Il est vrai que l'application de cette disposition apparaît plutôt rare grâce à l'interprétation restrictive qui en donne la jurisprudence, notamment en considérant un avantage comme indu – et donc non pas « de faible importance, conforme aux usages sociaux » - à partir du moment où il est susceptible d'exercer une influence sur le comportement de l'agent, et cela indépendamment de sa valeur exigüe (Cour suprême ZH, jugement du 16.11.2010, in : *forumpenale* 2/2011, p. 66).

La ICJ-CH estime toutefois que le maintien de cette notion imprécise laisse persister un « relativisme culturel » qui, à la lumière des considérations faites *supra* ad I., n'est pas acceptable. Si l'on songe surtout au contexte des relations internationales, il peut en effet s'avérer difficile d'établir la frontière entre les cas relevant de l'octroi d'un avantage indu et celui de pots-de-vin de faible valeur, car ce qui est de faible valeur pour une entreprise suisse ne le sera forcément pas pour le fonctionnaire local (probablement sous-payé) corrompu. D'autre côté, une zone grise d'inefficacité est susceptible de se créer entre l'application de la disposition en question et la répression de ce qu'on appelle l'alimentation progressive du corrompu, notamment en relation avec des comportements

issus de rapports sociaux en soi licites, en raison notamment de la faible entité des dons, mais susceptibles (entre autres à cause de leur répétition dans le temps) de créer des liens profonds favorisant la constitution de relations *do ut des* et de réseaux particuliers.

En substance, la ICJ-CH est de l'avis qu'il faudrait abandonner le critère des usages sociaux pour se rallier plutôt à la fois à l'intention des parties (notamment de donner, respectivement recevoir, un avantage qui n'a pas été sollicité par l'agent lui-même mais qui relève de la simple courtoisie, n'ayant pas pour but d'influencer l'agent public) et à la valeur matérielle des avantages. Cela permettrait de s'assurer que des usages sociaux immoraux ne soient érigés en pratiques licites et couramment acceptées, tout en évitant de tomber dans une rigidité excessive, qui n'est évidemment pas souhaitable.

III. Aspects de la corruption que l'avant-projet entend renoncer à incriminer

1. Renonciation à incriminer le trafic d'influence

La Suisse s'est toujours caractérisée par l'incidence des réserves qu'elle a formulées aux traités sur la corruption. Exemple à cet égard est notamment la décision de formuler une réserve pour l'application de l'art. 12 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, relatif au trafic d'influence, aussi bien actif que passif.

Selon le Conseil fédéral, en Suisse les formes de corruption se manifestent surtout à cause de l'ouverture de l'économie suisse aux marchés internationaux ainsi que de la présence de fédérations sportives internationales.

Cette conception minimaliste du Conseil fédéral est néanmoins contredite par des recherches scientifiques ayant démontré que le trafic d'influence en réalité constitue en Suisse l'une des formes les plus diffuses et les plus typiques de corruption, produite par un système fermé de relations de « copinage », de clientélisme et de réseaux associatifs (cf., diffusément, les résultats de la recherche effectuée dans le cadre du PNR 40 du FNSR, publiés in : N. Quéloz/M. Borghi/M.L. Cesoni, Processus de corruption en Suisse, Bâle 2000). Ce phénomène est encore plus ressenti en Suisse en raison des petites dimensions et de la structure fédéraliste de notre Pays, qui est composé de petites entités (régionales et locales) jouissant d'une autonomie et de compétences assez importantes. Dans ces circonstances, presque inévitablement se constituent des relations et des réseaux permettant d'obtenir des avantages indus selon des comportements considérés

trop souvent comme usuels et parfaitement acceptables. La fréquence du phénomène, ainsi que son caractère d'autant plus dangereux qu'il s'insinue dans la zone grise des comportements sociaux couramment pratiqués, doivent conduire à l'institution de mécanismes de répression afin, entre autres, de nier toute valeur de réciprocité et toute reconnaissance éthique à ce genre d'échanges.

Or, il est vrai que, comme soutient le Conseil fédéral (Rapport explicatif, p. 13 s.), certains cas graves de trafic d'influence sont déjà actuellement réprimés par les art. 322^{ter} à 322^{septies} CP. Il y a toutefois encore nombre de cas pour lesquels l'arsenal législatif actuel n'offre aucun instrument: on peut par exemple songer au cas où l'intermédiaire est un privé et l'agent public n'est pas associé au pacte de corruption; ou au cas d'un agent public (notamment un conseiller national) qui reçoit un avantage d'une entreprise pour user de son influence afin que des membres du gouvernement cantonal appartenant au même parti politique soutiennent l'adjudication d'un marché public à l'entreprise : son comportement ne sera pas incriminable car l'agent a été payé pour accomplir un acte qui ne rentre pas dans les devoirs de sa charge. Dans ce contexte, l'argument, déjà avancé lors de la ratification de la Convention pénale sur la corruption (cf. FF 2004 6549, p. 6578 ss.), selon lequel une telle norme pénale se révélerait rapidement inefficace et risquerait de pénaliser le simple lobbying « tel qu'il est pratiqué dans le monde entier et également en Suisse », ne peut pas être suivi.

L'incrimination du trafic d'influence permettrait de sanctionner, au-delà de toute typique relation bilatérale entre corrupteur et corrompu, aussi des relations tri- ou quadrilatérales, en contribuant ainsi de manière plus incisive à déraciner les causes sociales les plus profondes et les mécanismes les plus camouflés de la corruption. L'argument de la prétendue inefficacité d'une norme pénale réprimant le trafic d'influence ne doit pas être décisif à lui seul : sans vouloir se faire trop d'illusions sur son efficacité, il faut au moins reconnaître qu'une disposition incriminant le trafic d'influence aurait un rôle préventif important et pourrait au moins contribuer à miner l'acceptation sociale et culturelle de ces comportements en sensibilisant quant à leur caractère éthiquement et juridiquement inacceptable. De plus, pour que son efficacité soit accrue et la distinction avec une activité de lobbysme licite (notamment lié à une activité de médiation fondée sur des indications de nature exclusivement technique, à l'exclusion de toute connaissance personnelle, familiale ou politique avec l'agent public) soit plus aisée, son état de fait pourrait être ultérieurement spécifié (notamment par l'exigence que l'influence est exercée en utilisant des connaissances personnelles, familiales ou politiques avec l'agent public).

Ainsi, la gravité de ces dynamiques très diffuses et, surtout, sophistiquées aurait exigé que la Suisse supprime la correspondante réserve formulée à la Convention pénale et, en tous cas, que le législateur érige le trafic d'influence en infraction pénale à l'occasion de cette révision. Le législateur aurait même pu aller plus loin, en étendant l'infraction de trafic d'influence également à la corruption privée, afin de couvrir toute forme d'échange vicié qui se manifeste de façon très pernicieuse aussi dans le monde économique privé.

2. Renonciation à étendre la corruption transfrontalière aux actes liés

La ICJ-CH considère que la Suisse, en renonçant à étendre l'actuel art. 322^{septies} CP (corruption d'agents publics étrangers) aux actes liés, perd l'occasion de remédier à une incohérence qui avait déjà été critiquée à plusieurs reprises (notamment par la doctrine) lors de la ratification de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, où la Suisse avait formulé une déclaration visant à restreindre l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers aux cas dans lesquels l'acte est contraire aux devoirs ou dépend du pouvoir d'appréciation de ceux-ci (FF 2004 6549, p. 6565 ss.).

Le Conseil fédéral soutient que cette extension ne viserait que les « libéralités appelées "petits paiements de facilitation" destinés à inciter l'agent public à exécuter ses fonctions », notamment l'octroi d'un permis lorsque les conditions sont de toute façon remplies, et donc que des « très faibles montants » (Rapport explicatif, p. 15).

Nous considérons que l'argument relatif à l'exiguïté du montant qui entre en jeu n'est pas décisif. Au contraire, celle qui vient d'être décrite représente une forme de corruption d'autant plus perverse qu'elle se cache derrière les petits montants et qui, dans certaines régions et sur certains marchés, constitue une véritable « culture », pénalisant, entre autres, les activités exportatrices de la Suisse.

D'autre côté, nous estimons qu'il n'y a guère de motifs légitimes pour punir celui qui octroie un avantage lorsqu'il a payé un fonctionnaire suisse, tout en le laissant impuni s'il a versé un pot-de-vin à un agent public étranger : cette subtilité que l'avant-projet laisserait subsister ne fait finalement qu'engendrer des impunités imméritées et discriminatoires. Elle apparaît encore plus incohérente si l'on songe à la dimension internationale de la lutte en ce domaine, qui requerrait des réponses univoques aux différentes formes de corruption.

Ainsi, la ICJ-CH est de l'opinion que aussi la concession d'avantages aux agents publics étrangers doit être incriminée (et la relative déclaration formulée par la Suisse supprimée).

3. Responsabilité des entreprises pour corruption passive

La responsabilité pénale des entreprises est à juste titre considérée comme un instrument essentiel d'une stratégie efficace de prévention et de lutte contre la corruption, étant donné que la corruption a souvent pour but d'obtenir des avantages dans les affaires de sociétés commerciales.

A cet égard, il faut donc avant tout mettre en évidence les effets positifs que l'incrimination de la corruption privée dans le CP va avoir également sur l'effectivité de la responsabilité primaire des entreprises dont les organes commettent des actes de corruption privée (active).

Aujourd'hui, néanmoins, seuls les actes de corruption active peuvent entraîner la responsabilité cumulative de l'entreprise conformément à l'art. 102 al. 2 CP. Par contre l'entreprise dont un employé accepte un pot-de-vin sera éventuellement punie en vertu de l'art. 102 al. 1 CP, si le crime ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise (responsabilité subsidiaire). L'avant-projet entend renoncer à étendre la responsabilité primaire à la corruption *passive*, en arguant, de manière plutôt laconique, que ce type de responsabilité irait « à l'encontre de la systématique et des principes sous-jacents à la responsabilité pénale des entreprises » et que, d'autre part, il n'est même pas exigé par les standards internationaux ; la question spécifique d'une responsabilité pénale cumulative pour les formes passives de corruption qui serait restreinte aux organisations sportives devra être examinée ultérieurement (Rapport explicatif, p. 17 s.).

La ICJ-CH estime en revanche que la question d'une responsabilité des entreprises pour les actes de corruption passive devrait être réglée à l'occasion de cette révision et pour tout type d'entreprise, sans faire de distinctions spécifiques pour les organisations sportives. En effet, on ne voit guère de motifs qui pourraient justifier l'exigence, pour les entreprises commerciales (privées ou publiques) dont les employés ou les mandataires se laissent soudoyer, d'un standard d'intégrité inférieur par rapport aux fédérations de sport, le comportement étant gravement et pareillement répréhensible dans les deux contextes. Cette incohérence est d'autant moins justifiable si l'on songe au phénomène croissant de la délégation de tâches publiques aux entreprises privées ou d'économie mixte. D'un

autre côté, l'argument selon lequel les entreprises seraient elles-mêmes « victimes », trahies par leur mandataire dans la confiance qu'elles reposaient en lui et atteintes dans leurs intérêts économiques, ne tient pas compte du fait que la corruption ne peut pas être réduite à une simple infraction violant les droits économiques d'un ou quelques individus. La corruption constituant une atteinte directe aux principes de base de l'Etat de droit ainsi qu'au bon fonctionnement de la société et de l'économie de marché, toutes les parties impliquées dans une relation de corruption doivent porter leur part de responsabilité. Dans cette optique, chaque acteur économique, notamment chaque entreprise, doit prendre en considération le risque que des actes de corruption (active et passive) se produisent en son sein et doit donc se laisser reprocher de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation qui auraient pu empêcher la commission de l'infraction.

La ICJ-CH propose ainsi que les actes de corruption passive soient également incorporés dans les infractions définies à l'art. 102, al. 2 CP.

Cette mesure permettrait entre autres de renforcer la pression pour que les entreprises se dotent systématiquement de programmes internes anticorruption plus efficaces (et plus complets, dans ce sens qu'elles ne doivent plus pouvoir laisser subsister chez leurs collaborateurs le message ambigu suivant lequel leur employeur serait punissable dans le cas où ils donneraient de l'argent à un tiers mais pas dans celui où ils le recevraient d'un tiers) et pourrait, d'autre part, les amener à élever le degré de diligence dans le choix de leurs partenaires commerciaux.

IV. Remarques conclusives

La ICJ-CH, tout en appréciant l'évolution du droit pénal proposée dans l'avant-projet, se permet de souligner le fait que ce dernier n'atteint pas le niveau correspondant aux exigences que notre association poursuit dans la défense des droits de l'homme.

Ainsi, on doit considérer que la Suisse doit améliorer ultérieurement ses instruments, notamment de droit pénal, de lutte contre la corruption. Les correctifs apportés par l'avant-projet en consultation sont certainement utiles, mais à notre avis encore insuffisants, gravement si l'on fait référence à la perversion de l'Etat de droit que la corruption engendre, et de toute façon lacunaires même par rapport aux standard minimum international.

La ICJ-CH espère donc que les points relevés dans la présente prise de position vont être pris en considération dans la suite de la procédure législative.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations.

Au nom de la Section Suisse de la Commission Internationale de Juristes :

gez.

Prof. Dr. Regula Kägi-Diener
Présidente

gez.

Dr. iur. Federica De Rossa Gisimundo
Membre du comité

Principales sources consultées:

- T. Balmelli/B. Jaggy (éd.), Les traités internationaux contre la corruption, Lausanne 2004
- M. Borghi/P. Meyer-Bisch (éd.), La corruption, l'envers des droits de l'homme, Fribourg 1998
- N. Quéloz/M. Borghi/M.L. Cesoni, Processus de corruption en Suisse, Bâle 2000