

**ADHESION A LA CONVENTION PENALE
DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR LA
CORRUPTION AINSI QU'AU PROTOCOLE
ADDITIONNEL Y RELATIF ET
MODIFICATION DU CODE PENAL ET DE
LA LOI FEDERALE CONTRE LA
CONCURRENCE DELOYALE**

Rapport et avant-projet

Berne, août 2003

Condensé

Deuxième étape en matière de prévention et de répression de la corruption, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption constitue une avancée importante. Elle vise à harmoniser les dispositions pénales pertinentes en vigueur dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et à renforcer la coopération internationale en matière de lutte contre cette infraction.

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

Le protocole additionnel complète la convention en étendant son champ d'application à la corruption de jurés et d'arbitres, appelés à trancher des litiges. Ce type de corruption, à vrai dire marginal, est, d'ores et déjà, sanctionné, dans tout son ampleur par le Code pénal suisse, de sorte que la ratification dudit protocole n'exigera pas de mesures supplémentaires au plan national.

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

concernées. Par ailleurs, l'avant-projet innove en prévoyant de ne plus sanctionner seulement la corruption active de fonctionnaires étrangers et internationaux, mais encore la corruption passive de ces agents. Enfin, il convient de compléter par la corruption active dans le secteur privé la liste des infractions (art. 100^{quater}, al. 2; CP) la liste des infractions pour lesquelles la responsabilité primaire de l'entreprise est engagée.

Table des matières

	Page
Condensé	2
Table des matières	4
1 Partie générale	6
11 Introduction	6
12 Les travaux du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre la corruption	7
13 Lignes de force de la Convention pénale sur la corruption et du protocole additionnel y relatif	8
14 Appréciation des deux instruments internationaux	9
2 Partie spéciale	11
21 Les dispositions de la convention et leur transposition dans le droit national	11
211 Terminologie (art. 1 de la convention)	11
212 Mesures à prendre sur le plan interne (art. 2 à 23 de la convention)	12
212.1 Corruption d'agents publics (art. 2 à 6 et 9 à 11 de la convention)	12
212.1.1 Corruption active d'agents publics nationaux (art. 2 de la convention)	12
212.1.2 Corruption passive d'agents publics nationaux (art. 3 de la convention)	14
212.1.3 Corruption de membres d'assemblées publiques nationales (art. 4 de la convention)	15
212.1.4 Corruption d'agents publics étrangers (art. 5 de la convention)	16
212.1.5 Corruption de membres d'assemblées publiques étrangères (art. 6 de la convention)	18
212.1.6 Corruption d'agents publics internationaux (art. 9 à 11 de la convention)	18
212.2 La nouvelle norme relative à la corruption passive d'agents publics étrangers (art. 322 ^{septies} , al. 2 AP-CP)	20
212.3 Corruption privée (art. 7 et 8 de la convention)	20
212.31 Introduction	20
212.32 Exigences des articles 7 et 8 de la convention	23
212.4 Nouvelle disposition pénale concernant la corruption privée active et passive (art. 4 ^{bis} et 23 AP-LCD)	24
212.41 Proposition de texte	24
212.42 Commentaire	24
212.5 Le trafic d'influence (art. 12 de la convention)	29
212.51 Exigences	29
212.52 Comparaison avec le droit suisse	30
212.53 Nécessité de légiférer ?	31
212.6 Blanchiment d'argent (art. 13 de la convention)	33
212.61 Exigences	33
212.62 Comparaison avec le droit suisse	33
212.7 Infractions comptables (art. 14 de la convention)	34
212.71 Exigences	34
212.72 Comparaison avec le droit suisse	34
212.8 Actes de participation (art. 15 de la convention)	35
212.9 L'immunité (art. 16 de la convention)	35
212.10 Compétence (art. 17 de la convention)	36

212.101	Exigences	36
212.102	Comparaison avec le droit suisse en vigueur	36
212.103	Conclusion	37
212.11	Responsabilité des personnes morales (art. 18 de la convention)	38
212.111	Principes devant être respectés par les législations nationales	38
212.112	Comparaison avec le droit suisse actuel et futur	38
212.113	Nécessité de compléter l'article 100 ^{quater} , alinéa 2, CP	39
212.12	Sanctions et mesures (art. 19 de la convention)	40
212.13	Autorités spécialisées (art. 20 de la convention)	40
212.14	Coopération entre autorités nationales (art. 21 de la convention)	41
212.141	Contenu et exigences	41
212.142	Situation en droit suisse	41
212.15	Protection des collaborateurs de justice et témoins (art. 22 de la convention)	42
212.151	Exigences	42
212.152	Situation en droit suisse	42
212.16	Mesures spéciales d'investigation (art. 23 de la convention)	43
212.161	Exigences	43
212.162	Situation en droit suisse	43
213	Coopération internationale (art. 15 à 31 de la convention)	44
213.1	Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale	44
213.2	Entraide (art. 26 de la convention)	45
213.21	Obligations imposées aux Parties	45
213.22	Compatibilité avec le droit suisse	46
213.3	Extradition (art. 27 de la convention)	47
213.4	Informations spontanées (art. 28 de la convention)	48
213.5	Autorité centrale (art. 29 de la convention)	49
213.6	Correspondance directe (art. 30 de la convention)	49
213.7	Information (art. 31 de la convention)	49
22	Suivi de la mise en œuvre de la convention (art. 24 de la convention)	50
23	Dispositions finales (art. 32 à 42 de la convention)	52
24	Protocole additionnel	53
241	Terminologie (art. 1 du protocole)	53
242	Mesures à prendre sur le plan national (art. 2 à 6 du protocole)	53
243	Autres dispositions du protocole additionnel	55
3	Conséquences	56
31	Conséquences pour les finances et le personnel	56
32	Conséquences économiques	56
33	Conséquences dans le secteur informatique	56
34	Conséquences pour les cantons	56
4	Programme de la législature	57
5	Rapports avec le droit européen	57
6	Constitutionnalité	58
Projet		59
Annexe (convention et protocole additionnel)		64

1 Partie générale

11 Introduction

Depuis quelques années, la corruption est l'un des thèmes majeurs de la politique en matière de criminalité. Les efforts engagés pour prévenir et réprimer la corruption ont débouché sur une série de conventions internationales: outre les conventions du Conseil de l'Europe¹, de l'Union européenne² et de l'Organisation des Etats américains³, il faut mentionner, en particulier, la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, que la Suisse a ratifiée le 31 mai 2000⁴. A l'heure actuelle, les travaux d'élaboration d'une convention globale contre la corruption sont en cours dans le cadre de l'ONU. Ces travaux devraient être terminés à la fin 2003.

En Suisse, ces dernières années, le Conseil fédéral et le Parlement ont arrêté diverses mesures visant à améliorer la prévention et la répression de la corruption. Le nouveau droit pénal de la corruption, entré en vigueur le 1^{er} mai 2000, est sans conteste la pièce maîtresse de ce dispositif⁵, que complète la loi fédérale sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes, entrée en vigueur au début de 2001⁶. Il convient également de mentionner l'analyse détaillée des risques de corruption et des mesures de sécurité au sein de l'administration fédérale, réalisée en 1998, ainsi que le Code de conduite des agents de la Confédération. Pour ce qui est de la procédure pénale, le rôle de la Confédération dans la poursuite du crime organisé et de la criminalité économique a été renforcé, au début de 2002, par le projet visant à améliorer l'efficacité des poursuites pénales⁷: en vertu de l'article 340^{bis} CP, la juridiction fédérale s'étend désormais également aux infractions de corruption.

Grâce à la révision, mentionnée ci-dessus, du droit pénal de la corruption, les normes pénales applicables à la corruption d'agents publics ont été entièrement revues et permettent de faire face au défi de la corruption systémique et transfrontière. Cependant, le Conseil fédéral avait déjà indiqué, dans son message⁸, que d'autres modifications seraient nécessaires, en particulier dans le domaine de la lutte contre la corruption dans le secteur privé, pour satisfaire aux exigences de la convention pénale du Conseil de l'Europe. Une procédure par étapes était nécessaire, notamment pour éviter que la ratification de la convention de l'OCDE, prioritaire, ne souffre d'un retard trop important.

¹ Cf. ch. 12 ci-après.

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

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

⁴ Cf. le message du Conseil fédéral, du 19 avril 1999, concernant la révision des dispositions pénales applicables à la corruption et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FFI 1999 5045 ss.

⁵ Article 322ter ss CP; cf. RO 2000 1121 ss et FF 1999 5496 ss.

⁶ RO 2000, 2148 s.

⁷ RO 2001, 3071 ss et FF 1998 1253 ss.

⁸ Message (note 4), p. 5060 s et 5070 s.

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

Dans le cadre des initiatives internationales de lutte contre la corruption, le Conseil de l'Europe a engagé des efforts substantiels. C'est la 19^e Conférence des ministres européens de la justice, en 1994, qui a marqué le point de départ de ses activités dans ce domaine. Un groupe de travail institué spécialement à cet effet par le Comité des ministres, le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC), auquel la Suisse a participé activement, a établi un programme d'action contre la corruption⁹ et s'est ensuite attelé à sa mise en œuvre. Les travaux du GMC, qui se sont achevés en octobre 2001, ont produit plusieurs instruments internationaux.

Les principaux résultats de ces travaux sont la Convention pénale sur la corruption, présentement soumise à ratification, et la Convention civile sur la corruption, du 4 novembre 1999¹⁰. Ce dernier instrument constitue la première tentative d'établir, sur la base d'un traité multilatéral, des normes minimales de droit civil concernant l'indemnisation des victimes de la corruption. En 1997 déjà, le Comité des ministres a adopté ses 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption¹¹. Il s'agit de principes généraux, juridiquement non contraignants, qui sont destinés, pour les uns, aux législateurs des différents Etats membres et, pour les autres, à leurs autorités de justice. En 1999, dans le cadre d'un accord partiel élargi du Conseil de l'Europe¹², un mécanisme de surveillance a été institué pour veiller à la mise en œuvre et à l'application des conventions et des autres instruments existants dans le domaine de la lutte contre la corruption. L'activité du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) ainsi créé a pour objet d'évaluer les mesures de lutte contre la corruption adoptées dans les Etats membres et, en particulier, de veiller à l'application des conventions européennes de lutte contre la corruption. A cet effet, le GRECO engage des procédures d'évaluation mutuelle de pays, à l'exemple de ce que fait le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). Le GRECO est ouvert à tous les membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'aux 8 Etats ayant participé, en tant qu'observateurs, à l'élaboration de son statut. L'appartenance au GRECO est fondée soit par la simple adhésion à son statut, soit par la ratification des conventions pénale ou civile sur la corruption, qui confère automatiquement la qualité de membre du GRECO. Le commentaire de l'article 24 de la convention pénale permettra de revenir sur les détails¹³. Par ailleurs, en mai 2000, le Comité des ministres a adopté une recommandation contenant un code modèle de conduite pour les agents publics¹⁴. Enfin, le GMC a élaboré une recommandation fixant des règles communes contre la corruption dans le financement des partis politiques et des campagnes électorales, ainsi que le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption. Ce dernier vise à étendre le champ d'application de la convention à la corruption d'arbitres et de jurés.

⁹ Programme d'action contre la corruption, Strasbourg 1996.

¹⁰ Convention N° 174 du Conseil de l'Europe; 21 Etats l'ont déjà signée et 14 l'ont ratifiée. Elle entre en vigueur le 1.11.2003.

¹¹ Résolution (97)24 du 6 novembre 1997.

¹² Résolutions (98)7, des 4 et 5 mai 1998, et (99)5, du 1^{er} mai 1999.

¹³ Cf. ch. 22 ci-après.

¹⁴ Recommandation (2000)10, du 11 mai 2000.

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

La **convention pénale** a été élaborée entre février 1996 et septembre 1998 par le GMC et son groupe de travail sur le droit pénal (GMPC). Quatorze sessions, au total, ont été nécessaires à la mise au point du texte. En novembre 1998, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a approuvé cet instrument, qui a ensuite été ouvert à la signature, le 27 janvier 1999. La convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. A ce jour (état : août 2003), 21 Etats l'ont ratifiée et 25 autres l'ont signée. La Suisse a signé la convention le 26 février 2001.

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

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

- Dans le chapitre consacré aux mesures à prendre au niveau national, les articles 2 à 14, qui constituent le cœur de la convention, énumèrent les comportements que les législateurs nationaux doivent ériger en infractions pénales: la corruption active et passive d'agents publics nationaux (art. 2 à 4), d'agents publics étrangers (art. 5 et 6), de fonctionnaires internationaux, de juges et d'agents de cours internationales (art. 9 à 11), la corruption active et passive dans le secteur privé (art. 7 et 8), le trafic d'influence (art. 12), qui constitue une sorte d'étape intermédiaire de la corruption au niveau national ou transfrontière, le blanchiment du produit des délits de la corruption (art. 13) et les manipulations comptables destinées à commettre ou à dissimuler des actes de corruption (art. 14). L'article 18 oblige les Etats parties à la convention à prendre les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables d'infractions de corruption.
- Le chapitre sur la coopération internationale commence par instituer comme principe que les Parties coopèrent dans la plus large mesure possible sur la base des accords multilatéraux et bilatéraux existants, ainsi que selon leurs droits nationaux respectifs (art. 25). Les dispositions particulières des articles 26 à 31 prévoient cependant des normes minimales de coopération qui, dans leurs effets, ne vont pas au-delà du droit suisse en vigueur en matière d'entraide judiciaire. C'est également le cas de l'article 26, paragraphe 3, qui pose que le secret bancaire ne saurait être invoqué pour refuser d'accorder l'entraide judiciaire.
- Dans les dispositions finales, l'article 32 prévoit que 14 ratifications sont nécessaires à l'entrée en vigueur de la convention. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, ce même article prévoit que l'adhésion à la convention entraîne automatiquement l'adhésion au GRECO, pour les Etats qui – comme la Suisse – n'en font pas encore partie. Dans l'intérêt d'une application

aussi uniforme que possible des obligations de la convention par les Etats parties, la possibilité de formuler des réserves à la convention a été assortie d'une double restriction : d'une part, seules certaines dispositions précises de la convention (art. 4 à 12, 17 et 26) peuvent faire l'objet de déclarations ou de réserves (art. 36 et 37) et, d'autre part, un Etat ne peut formuler plus de cinq réserves différentes concernant la convention (art. 37, par. 4).

Le **protocole additionnel** qui complète la convention sur des points connexes a été ouvert à la signature le 15 mai 2003 et a déjà été signé par 21 Etats.

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

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

Le fait que – à la différence de ce qui vaut en Suisse – les normes pénales nationales réprimant la corruption traitent les arbitres et les jurés quelque peu différemment des juges ou les ignorent totalement, explique que le protocole additionnel ait été élaboré séparément de la convention¹⁵.

14 Appréciation des deux instruments internationaux

Dans le cadre des efforts internationaux déployés pour combattre efficacement la corruption, la convention pénale du Conseil de l'Europe constitue une avancée importante. Son objectif principal, qui est de renforcer et d'harmoniser les normes pénales de lutte contre la corruption dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et, partant, de faciliter la coopération internationale dans ce domaine, est en phase avec la politique suisse en matière pénale. Le grand nombre d'Etats membres et signataires souligne l'importance de cette convention. L'adhésion de la Suisse s'impose, ne serait-ce que parce que notre pays a collaboré activement à l'élaboration de cette convention. Le droit suisse en vigueur correspond d'ailleurs déjà en grande partie aux exigences de la convention ; à certains égards, il va même plus loin que cette dernière. Mais l'adhésion à cette convention offre également

¹⁵ Cf. également le rapport explicatif concernant le protocole additionnel N 35.

l'occasion de combler certaines lacune de notre droit national, notamment en pénalisant la corruption passive d'agents publics étrangers et de fonctionnaires internationaux, ainsi qu'en renforçant les dispositions contenues dans la loi contre la concurrence déloyale, qui sont relatives à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

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

2 **Partie spéciale**
21 **Les dispositions de la convention et leur transposition**
dans le droit national
211 **Terminologie (art. 1 de la convention)**

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

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

La définition détaillée du terme de « fonctionnaire » donnée dans le droit pénal suisse, à l'article 110, chiffre 4, du code pénal (CP), ainsi que dans les dispositions en vigueur relatives à la corruption (art. 322^{ter} ss) répond parfaitement aux exigences de la convention. Les normes pénales sur la corruption mentionnent en effet – outre les fonctionnaires – les membres d'une autorité judiciaire ou autre comme pouvant être les auteurs ou les objets d'un acte de corruption. Cette formulation englobe toutes les personnes détenant un mandat exécutif ou législatif¹⁶. 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 **paragraphe b** de l'article 1 précise que le terme de « juge » employé au paragraphe a comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires. Cette précision ne pose pas de problème en droit suisse, où la distinction n'est pas véritablement faite entre la corruption d'un juge ou d'un agent public. Si, par exemple, un procureur général, qui agit selon les instructions qu'il reçoit, n'est pas considéré comme étant membre d'une « autorité judiciaire », il n'en sera pas moins soumis aux mêmes dispositions pénales sur la corruption, en qualité de fonctionnaire.

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

Enfin, le **paragraphe d** de l'article 1 définit le terme de « personne morale » utilisée à l'article 18 de la convention (responsabilité des personnes morales). Le terme de « personne morale » s'entend ainsi de toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable. Sur ce point également, la convention renonce à proposer sa propre définition, se contentant de renvoyer aux droits nationaux. Elle précise

¹⁶ Cf. Message (note 4), p. 5045 ss, 5073.

toutefois que les Etats, les autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et les organisations internationales publiques n'entrent pas dans cette définition. Mais sur ce point aussi, le droit national d'un Etat partie peut aller plus loin que la convention¹⁷.

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

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

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

Cette technique de réglementation découle de l'ordre juridique de certains pays dans lesquels une distinction est parfois établie selon que les actes de corruption concernent un fonctionnaire, un juge ou un parlementaire¹⁸. Le droit pénal suisse actuel, en revanche, ne constitue pas des infractions différentes en fonction des catégories d'agents publics et réunit, par ailleurs, dans une seule norme pénale (art. 322^{septies} CP) la corruption (active) des personnes agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale. Cependant, comme nous allons le montrer ci-après, la différence d'approche normative ne pose pas de problème particulier.

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

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

¹⁷ Cf. Convention, rapport explicatif N 31.

¹⁸ Cf. par ex. Code civil allemand, § 331 ss.

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

Comme nous l'avons déjà mentionné¹⁹, la définition très complète que le droit pénal suisse donne à la notion d'agent public répond parfaitement aux exigences de la convention; en particulier, le terme recouvre non seulement les fonctionnaires proprement dits, mais aussi les membres d'un exécutif ou les personnes exerçant des fonctions judiciaires, ce qui correspond à l'intention de la convention.

Concernant les différents éléments de l'acte, il convient tout d'abord de constater que l'article 2 de la convention et les infractions correspondantes du droit pénal suisse²⁰ mentionnent l'idée de proposer, d'offrir et de donner. Même si le code pénal ne le dit pas explicitement, la culpabilité de l'auteur est la même, qu'il ait transmis l'avantage indu lui-même ou par l'intermédiaire d'une tierce personne²¹.

Dans le droit pénal suisse de la corruption, la notion d'avantage comprend toutes les libéralités accordées à titre gracieux, de nature matérielle ou immatérielle, dans la mesure où elles sont objectivement mesurables²² et recouvre ainsi tous les avantages au sens de la convention. On constate, d'ailleurs, que tant la convention que le code pénal suisse utilise la même expression d'« avantage indu », qui doit être interprétée de la même manière. La convention prévoit donc également que ne sont pas punissables les avantages que la loi ou des dispositions administratives autorisent à accepter, ainsi que les avantages de faible importance ou considérés comme socialement acceptables²³. Enfin, la définition de la corruption que donne la convention, tout comme les normes pénales suisses, mentionnent explicitement l'octroi d'un avantage à un tiers. Le fait que l'avantage revienne ou soit censé revenir à un tiers ou à l'agent public lui-même ne joue en effet aucun rôle, dans la mesure où un lien suffisant existe entre cet avantage et l'acte administratif.

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

A une exception près, la définition de la contre-prestation dans l'infraction de corruption active selon l'article 322^{ter} CP est comparable à celle donnée à l'article 2 de la convention, voire plus étendue. Les deux définitions font ainsi mention explicite du fait que la contre-prestation peut consister, pour l'agent public, à s'abstenir d'agir ; l'on pense par exemple à un organe de poursuite pénale qui resterait inactif en dépit de soupçons fondés. Par ailleurs, les normes pénales suisses en matière de corruption recouvrent des actes de l'agent public pour lesquels ce dernier n'est pas compétent ou qui ne sont pas prévus par la loi, comme la divulgation de secrets de fonction²⁴. En d'autres termes, le rapport qui doit nécessairement être établi entre le

¹⁹ cf. **ch. 211** ci-dessus.

²⁰ Notamment article 322^{ter}, cf. aussi articles 322^{quinquies} et 322^{septies}.

²¹ Cf. message (note 4), p. 5075 et 5088.

²² Cf. message (note 4), p. 5074.

²³ Convention, rapport explicatif, N 38; cf. article 322^{octies}, chiffre 2, CP.

²⁴ Cf. message (note 4), p. 5078.

comportement de l'agent public obtenu par l'octroi de l'avantage indu et sa fonction est exprimé de manière moins restrictive dans le droit suisse que dans l'article 2 de la convention. De plus, les normes pénales suisses couvrent également, depuis leur révision, les libéralités octroyées a posteriori, à titre de récompense pour des actes ou des omissions de l'agent public.

Selon la convention, l'objet de la corruption est un acte administratif (quel qu'il soit). Il suffit donc, pour qu'il y ait matière à infraction pénale, que l'agent public ait reçu un avantage pour agir conformément aux devoirs de sa fonction. Il n'est donc pas nécessaire que l'acte pour lequel l'agent public a été sollicité soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation²⁵. Il faudrait donc couvrir le cas (peu vraisemblable) où une libéralité – qui doit être assez importante pour constituer un avantage indu – serait octroyée pour un acte administratif que l'agent public est de toute façon tenu d'accomplir.

Selon les dispositions pénales suisses en la matière, l'infraction de corruption active concerne les actes contraires aux devoirs de l'agent public ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. Ainsi, l'art. 322^{ter} CP couvre non seulement les cas dans lesquels l'agent public outrepassé ou abuse de son pouvoir d'appréciation, ce qui constitue de toute évidence une violation de ses devoirs de fonction, mais également les cas dans lesquels il agit dans la marge d'appréciation qui lui est conférée. Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption active selon la norme pénale suisse ne sont toutefois pas réunis pour les cas, couverts par la convention, où l'acte pour lequel l'agent public est sollicité est conforme à ses devoirs et ne dépend pas de son pouvoir d'appréciation. En droit pénal suisse, ces cas tombent cependant sous le coup de l'article 322^{quinquies} CP, qui va nettement plus loin que l'article 2 de la convention, puisqu'il réprime de manière générale l'octroi d'un avantage, même sans rapport avec un acte administratif concret, ce qui couvre également les cas dits d'alimentation progressive²⁶.

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

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

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

²⁵ Cf. Convention, rapport explicatif, N 39.

²⁶ Cf. message (note 4), p. 5084.

Les infractions de corruption active et de corruption passive étant construites de manière parallèle tant dans la convention que dans le droit pénal suisse, on se reportera aux explications données ci-dessus au sujet de l'article 2 de la convention pour tous les autres éléments constitutifs de l'infraction, notamment pour la définition des termes d'agent public et d'avantage, pour l'intention et pour la contrepartie attendue de l'agent public²⁷: à une exception près, la définition de la corruption passive selon l'article 322^{quater} CP est identique à celle de l'article 3 de la convention, ou va même plus loin que cette dernière. L'exception, ici aussi, concerne le cas où l'agent public se laisse corrompre pour accomplir un acte qu'il doit de toute façon accomplir. Dans le droit pénal suisse, ce comportement est réprimé non pas par l'article 322^{quater}, mais par l'article 322^{sexies} CP (acceptation d'un avantage). Tout comme l'article 322^{quinquies} CP, dont il est le pendant, cet article va d'ailleurs beaucoup plus loin que l'article 3 de la convention.

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

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

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

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

Les personnes visées à l'article 4 sont toutes incluses dans la notion d'agent public du droit pénal suisse. Comme elles ne sont en principe pas dans un rapport de dépendance vis-à-vis de la collectivité publique, elles sont considérées, au sens des articles 322^{ter} et suivants non pas comme des fonctionnaires, mais comme des « membres d'autres autorités »²⁸.

²⁷ Cf. ch. 212.1.1 ci-dessus.

²⁸ Cf. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 5. Aufl. Bern 2000, N 6 f. ad § 57.

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

Partant du principe que la corruption est un délit grave qui doit être poursuivi non seulement par l'Etat qui en est victime, mais par tous les Etats parties à la convention, l'article 5 de cette dernière étend les infractions de corruption active et passive d'agents publics, selon les articles 2 et 3, pour englober tous les cas où l'agent public corrompu est issu d'un autre pays, quel qu'il soit. A deux égards, la présente convention va ainsi plus loin que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers au sens de l'article 1 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, que la Suisse a également ratifié : d'abord parce que la présente convention couvre aussi la corruption passive d'agents publics étrangers, et ensuite parce qu'elle ne se limite pas aux transactions commerciales internationales.

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

Dans le droit pénal suisse, la **corruption active d'agents publics étrangers** est punissable depuis le 1^{er} mai 2000, aux termes de l'article 322^{septies} CP. Cette disposition, conçue explicitement en référence aux exigences de la convention du Conseil de l'Europe²⁹, est à l'article 322^{ter} CP (corruption active d'agents publics nationaux) ce que l'article 5 de la convention est à son article 2: à l'exception de la désignation de la personne corrompue, les éléments constitutifs de l'infraction sont identiques.

L'article 322^{septies} définit l'agent public comme une personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire. Cette définition très complète correspond parfaitement aux intentions de la convention. Il convient également de rappeler l'article 1, paragraphe c, de la convention, qui permet à l'Etat engageant des poursuites pour corruption contre un agent public d'un autre Etat de recourir à la définition d'agent public que donne son propre droit pénal³⁰.

Comme les autres éléments constitutifs de l'infraction aux articles 2 et 5 de la convention, d'une part, et aux articles 322^{ter} et 322^{septies} CP, d'autre part, sont identiques, on retombe, pour l'examen de la conformité de l'article 322^{septies} CP à la convention, sur le même cas de figure qu'au ch. 212.1.1 ci-dessus, lorsqu'il s'agissait de savoir si l'article 322^{ter} CP était conforme aux exigences de la convention: à une exception près, l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers selon l'article 322^{septies} CP a un champ d'application comparable à celui de la norme de corruption active d'agents publics étranger selon l'article 5 (en liaison avec l'art. 2) de la convention, voire plus large. Ici aussi, l'exception concerne le cas où l'avantage est octroyé en vue d'un acte administratif légal et obligatoire, en d'autres termes

²⁹ Cf. message (note 4), p. 5058. C'est notamment pour cette raison que l'on a renoncé à restreindre le champ d'application de la norme aux transactions commerciales internationales, au sens de la convention de l'OCDE, loc.cit., p. 5060.

³⁰ Cf. supra ch. 211.

lorsque le comportement que le corrupteur cherche à obtenir de l'agent public ne constitue pas une violation des devoirs de fonction de ce dernier et ne dépend pas de son pouvoir d'appréciation. Les libéralités de ce genre octroyées à des agents publics étrangers (on parle, en anglais, de « facilitation payments ») ne tombent pas sous le coup des dispositions pénales suisses, contrairement à celles versées agents publics suisses, puisque les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} (respectivement octroi et acceptation d'un avantage) ne font référence qu'aux agents publics suisses. La question se pose de savoir si cette différence est justifiée. Il serait évidemment erroné de conclure que le versement de pots-de-vin n'est pas condamnable tant que les bénéficiaires n'en sont que des agents publics étrangers. Il faut, en revanche, reconnaître que les dispositions du CP relatives à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage vont bien plus loin que ce qu'exige la convention, puisqu'elles renoncent à établir une équivalence, c'est-à-dire qu'aucun lien n'est exigé entre l'avantage octroyé et un acte particulier de l'agent sollicité, couvrant ainsi de fait les libéralités destinées simplement à « entretenir le climat ». Les normes pénales des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont conçues pour des standards suisses particulièrement stricts et ne peuvent être facilement transposées telles quelles dans d'autres contextes culturels.

L'essentiel est cependant que dans la pratique, les situations tombant sous le coup de l'article 5 (en liaison avec l'art. 2) de la convention mais non couvertes par l'article 322^{septies} CP devraient être plutôt rares. En effet, l'article 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 »³¹. 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'OCDE³², la présente convention admet explicitement que l'article 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'article 36 de la convention au moment de la ratification³³.

En revanche, à l'heure actuelle, la **corruption passive d'agents publics étrangers** n'est pas encore punissable en droit suisse. Le nouvel article 322^{septies}, alinéa 2, de l'avant-projet de modification du code pénal (AP-CP) est destiné à combler cette lacune³⁴. Cette nouvelle norme étant construite sur le modèle de la norme de corruption active de l'article 322^{septies}, et comme elle correspond par ailleurs en tout

³¹ Cf. Convention, rapport explicatif N 38.

³² L'article 1, paragraphe 1 de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales décrit l'influence exercée sur l'agent public de manière aussi ouverte que la présente convention ("pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles"). Selon le commentaire de la convention de l'OCDE, des normes pénales nationales subordonnant la réalisation de l'infraction à la condition que les devoirs de fonction aient été violés, peuvent, elles aussi, satisfaire aux exigences de cette convention. Cf. message (note 4), p. 5088.

³³ Cf. ch. 23 ci-après.

³⁴ Cf. infra ch. 212.2.

point – exception faite de la désignation de l'agent corrompu – à la disposition de l'article 322^{quater} concernant la corruption passive d'agents publics nationaux, il s'ensuit, compte tenu des explications présentées ci-dessus, qu'avec l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, le droit pénal suisse répondra entièrement aux exigences de la convention, même pour les aspects de corruption passive visés à l'article 5 de cette dernière.

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

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

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

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

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

puisqu'il vise aussi bien les fonctionnaires institutionnels que les personnes qui occupent une fonction d'agent de l'Etat³⁵.

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'article 322^{septies} CP (ainsi que dans la convention de l'OCDE), en ce qu'elle se limite aux organisations dont l'Etat partie est membre. Pour le reste, les dispositions concordent: tant la convention que le droit pénal suisse ne se réfèrent qu'aux agents publics des organisations intergouvernementales, excluant ainsi les employés d'organisations non gouvernementales (ONG)³⁶.

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

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

Tous les autres éléments constitutifs des infractions visées aux articles 9 à 11 sont identiques à ceux des infractions de corruption active et passive d'agents publics visées dans les dispositions précédentes de la convention. Concernant la conformité à la convention des dispositions pénales suisses, les explications données précédemment restent donc valables ici³⁷: l'article 322^{septies} CP et l'article 322^{septies}, alinéa 2 AP-CP satisfont également aux exigences des articles 9 à 11 de la convention. Pour les articles 9 et 11, la Suisse devra faire la déclaration prévue à l'article 36 (application du principe de violation des devoirs officiels)³⁸; dans le cadre de l'article 10, le versement de pots-de-vin, pour des actes administratifs obligatoires n'est pas pertinent, pour les mêmes raisons qu'à l'article 6³⁹.

³⁵ Cf. message (note 4), p. 5073 ss.

³⁶ Cf. Convention, rapport explicatif N 61 et message (note 4), p. 5087.

³⁷ Cf. notamment ch. **212.14** supra.

³⁸ Cf. ch. **212.14** supra et ch. **23** infra.

³⁹ Cf. cf. **212.15** supra.

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

Dans son message sur la révision des dispositions pénales applicables à la corruption⁴⁰, le Conseil fédéral avait déjà indiqué qu'il comptait ériger en infraction pénale la corruption passive d'agents publics étrangers, en exposant les raisons plaidant en faveur de cette mesure: contrairement à une opinion parfois exprimée, la poursuite pénale des fonctionnaires corrompus n'est pas l'affaire de la seule collectivité lésée. L'intervention des Etats est particulièrement nécessaire dans le cas des organisations internationales, ces dernières ne disposant pas de compétences pénales propres. La communauté des Etats est donc appelée à s'engager, une responsabilité particulière incombant aux Etats qui, comme la Suisse, accueillent sur leur territoire le siège de nombreuses organisations internationales. Mais des problèmes peuvent aussi survenir dans des cas de corruption impliquant plusieurs Etats: l'agent public d'un Etat étranger qui s'est laissé corrompre pourrait, par exemple, échapper à une sanction, parce que l'Etat victime n'est pas en mesure d'engager lui-même des poursuites ou ne souhaite pas le faire, ou encore parce qu'il est impossible d'extrader l'agent public vers son pays d'origine. C'est la raison pour laquelle la possibilité doit être prévue – ne serait-ce qu'à titre subsidiaire – de poursuivre pénalement l'infraction de corruption passive d'un fonctionnaire d'un autre Etat.

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

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

212.31 Introduction

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

⁴⁰ Loc.cit. (note 4)., p. 5060 s.

Droit suisse actuel

L'article 4, lettre b, de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD;RS 241), en relation avec l'article 23 punit, sur plainte, de l'emprisonnement ou d'une amende jusqu'à frs. 100'000.— le fait d'offrir ou d'accorder des avantages illégitimes à des travailleurs, des mandataires ou des auxiliaires d'un tiers qui sont de nature à inciter ces personnes à manquer à leurs devoirs dans l'accomplissement de leur travail, dans le dessein de se procurer ou de procurer à des tiers des profits.

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

Délimitation avec la corruption publique des fonctionnaires

Si la structure de la corruption privée et son mécanisme sont semblables à ceux de la corruption des fonctionnaires, les intérêts juridiquement protégés sont sensiblement différents: L'incrimination de la corruption privée, en protégeant un contrat avec tiers ou les devoirs professionnels⁴¹, garantit avant tout la libre concurrence et les lois du marché, alors que les dispositions pénales relatives à la corruption publique protègent de manière générale la confiance que chacun doit pouvoir placer en l'objectivité et l'impartialité des actes étatiques.

Toutefois, la privatisation et la délégation des tâches de l'Etat rendent parfois la délimitation entre corruption publique et privée plus délicate. Ainsi, est considéré comme fonctionnaire celui qui accomplit des tâches publiques dévolues à l'Etat⁴², et non seulement celui qui bénéficie formellement d'un tel statut. Il importe dans chaque cas de déterminer si le mandat confié relève d'une tâche de l'Etat ou non⁴³.

Punissabilité de la corruption privée selon d'autres dispositions pénales

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

L'article 168 CP qui réprime la subornation dans l'exécution forcée s'étend expressément à un accord de corruption privée par lequel un débiteur promet ou accorde des avantages spéciaux à un créancier afin d'acheter sa voix relative à un concordat judiciaire, ou à membre de l'administration de la faillite, à un commissaire

⁴¹ Nicolas Queloz, Processus de corruption en Suisse, Helbing & Lichtenhahn 2000, p. 352.

⁴² Voir message (note 4), p. 5074.

⁴³ Lire les exemples donnés par le message, p. 5074-5075.

ou au liquidateur afin d'influencer leurs décisions⁴⁴. Ainsi, cette disposition n'a qu'une fonction limitée au domaine de la faillite.

Nécessité de modifier le droit actuel

Le droit suisse en vigueur actuellement n'est pas entièrement satisfaisant en ce qui concerne la répression de la corruption privée. En effet, l'aspect passif de ce comportement n'est pas prévu par la LCD et n'est visé que de manière exceptionnelle par le code pénal, alors même qu'indiscutablement il se justifie de punir aussi le corrompu qui profite de sa situation auprès d'un tiers pour obtenir des avantages d'un concurrent. Un tel comportement répréhensible doit avoir des suites pénales. Par ailleurs le renforcement de la lutte contre la corruption privée répond à une demande importante du secteur privé. Selon un sondage publié par REVISUISSE en 1997, 67 % des entreprises interrogées indiquent avoir été victimes de corruption pour un montant déclaré de l'ordre de frs. 5'000'000.-- (selon REVISUISSE, il faut multiplier cette somme par 25 pour être proche de la réalité)⁴⁵.

Au vu de cette réalité, on peut s'étonner de l'absence quasi totale de décisions judiciaires portant sur l'article 4, lettre b, LCD⁴⁶. Cette situation est certainement due, outre le fait que la corruption privée passive est insuffisamment réprimée, au champ d'application plutôt restrictif de l'actuel article 4, lettre b, LCD. Il se justifie dès lors d'améliorer la portée de l'article 4, lettre b, LCD et de viser aussi la corruption passive dans le secteur privé. Pour atteindre cet objectif, il convient de reprendre la structure des infractions de corruption des fonctionnaires.

Evolution

L'avant-projet de révision du droit pénal de la corruption de juin 1998 avait proposé l'introduction d'un nouvel article 4^{bis} LCD prévoyant la poursuite d'office de la corruption privée active et passive dans les relations commerciales. Bien que la nécessité d'une révision des dispositions pénales relatives à la corruption privée ait été largement admise au cours de la procédure de consultation, le contenu des propositions a fait l'objet de prises de position controversées⁴⁷. Le Conseil fédéral a constaté qu'un tel projet n'était que difficilement réalisable dans le cadre de la révision des dispositions du code pénal visant la corruption. Il a estimé que ces questions devaient faire l'objet d'une réflexion approfondie impossible dans le cadre de la révision de 1999/2000 qui devait répondre à une certaine urgence. Pour cette raison, le Conseil fédéral a décidé de traiter la question de la corruption privée dans le cadre de la ratification de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe⁴⁸.

⁴⁴ Cité par Nicolas Queloz, *Processus de corruption en Suisse*, p. 46.

⁴⁵ Exemple cité par Nicolas Queloz, *Processus de corruption en Suisse*, p. 352, note 50.

⁴⁶ Lire Christof Müller, *Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG*, Diss. St-Gall 1996, p. 163.

⁴⁷ La procédure de consultation a permis de démontrer la quasi absence d'opposition quant à l'introduction de l'incrimination de la corruption passive et le refus marqué de supprimer l'exigence de la plainte. Si la révision était très largement approuvée par les cantons, les partis politiques et les milieux économiques ont plutôt adopté une position réservée (résumé de la procédure de consultation, novembre 1998, p. 14-15).

⁴⁸ Message, (note 4), p. 5072 ss.

212.32 Exigences des articles 7 et 8 de la convention

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

Ces deux dispositions de la convention étendent au secteur privé la responsabilité pénale du chef de corruption⁴⁹. Elles visent à protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles les relations privées ne peuvent exister. L'incrimination se rapproche de celle de la corruption des fonctionnaires prévue aux articles 2 ss notamment en ce qui concerne la description du comportement, de l'avantage et des éléments subjectifs. Elle s'en distingue quant à son champ d'application limité aux activités commerciales, quant à la qualité des destinataires éventuels de l'avantage, et quant à la nature des devoirs violés⁵⁰ qui sont de droit privé (contractuels).

⁴⁹ Voir rapport explicatif N° 52.

⁵⁰ Lire rapport explicatif N° 53, 54 et 55.

212.4 Nouvelle disposition pénale concernant la corruption privée active et passive (art. 4^a et 23 AP-LCD)

212.41 Proposition de texte

article 4^a 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 les avantages convenus par contrat ni ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux.*

Article 23 Concurrence déloyale

Celui qui, intentionnellement, se sera rendu coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6, sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 100 000 francs. Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10.

212.42 Commentaire

Systematique

Il faut tout d'abord examiner où doit être intégrée la disposition en cause. Le double bien juridique protégé (la concurrence et le patrimoine) pourrait justifier que ces dispositions soient transférées dans le code pénal. Toutefois, le bien juridiquement protégé reste avant tout la loyauté dans les relations commerciales plutôt que le patrimoine en tant que tel. Par ailleurs, le CP restreint le droit de porter plainte au seul lésé (art. 28 al.1 CP), à savoir à toute personne qui se trouve pratiquement lésée par l'infraction⁵¹. Il apparaît dès lors plus restrictif que la LCD. En effet, l'article 23 LCD étend la qualité pour porter plainte pénale à la qualité prévue aux articles 9 et 10 pour intenter une action civile. Celle-ci revient non seulement à celui qui subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques, mais également au client dont les intérêts sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale, les associations professionnelles et économiques autorisées par leurs statuts à défendre les intérêts

⁵¹ Voir ATF 121 IV 258, JT 1997 IV 99, cité par Martin Killias, Précis de droit pénal général, p. 129.

économiques de leurs membres, les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs et finalement 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. Par "celui qui subit une atteinte", il faut entendre tant celui qui est réellement lésé que celui qui est menacé.

Concrètement, cela signifie qu'en cas d'introduction de cette infraction dans le code pénal, seul le concurrent lésé ou l'employeur / associé / mandant du corrompu pourraient porter plainte pénale et permettre ainsi l'ouverture de la procédure pénale. L'extension du droit d'agir au client peut être utile dans les cas où il ne serait pas facile d'apporter la preuve d'un dommage⁵², il suffit qu'il soit menacé dans ses intérêts économiques. De même la possibilité est offerte aux organisations de défense des consommateurs, aux associations professionnelles ou économiques. Si les premières ne devraient certainement jouer qu'un petit rôle dans le cadre de la corruption privée, on peut penser que les associations ont intérêt à ce que les relations commerciales dans le secteur qui les préoccupe soit exemptes de corruption privée et qu'elles prendraient l'initiative de la procédure, si de tels faits parvenaient à leur connaissance.

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

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

Par ailleurs, contrairement au système des articles 322^{ter} ss CP, aucune différence n'est faite entre les actes de corruption qui se dirigent contre une entreprise suisse ou étrangère. Autrement dit, la nouvelle disposition couvre aussi la corruption privée transfrontalière, pour autant qu'il y ait un point de rattachement avec le droit suisse au sens des articles 3 ss CP.

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

Au vu de tous ces éléments, il est proposé de conserver le siège de la corruption privée au sein de la LCD. Dans ce cadre, il est expressément renoncé à introduire la répression de l'octroi ou de l'acceptation d'avantages au sens des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP. En effet, il ne paraît pas nécessaire ni même souhaitable de transposer cette notion d'alimentation progressive visant à influencer un fonctionnaire dans le secteur privé. La différence fondamentale qui oppose les biens juridiquement protégés par l'interdiction de la corruption du secteur public à ceux qui ont trait à la corruption privée justifie que l'on renonce à inclure ces notions dans la LCD. Il n'apparaît pas clairement comment les intérêts protégés par la LCD seraient menacés par le versement d'un avantage à l'employé d'un concurrent qui ne serait

⁵² Voir message du Conseil fédéral relatif une Loi fédérale contre la concurrence déloyale, FF 1983 II p. 1111.

pas lié à un acte ou à une omission en violation des devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. Si un tel comportement de la part d'un employé peut selon les circonstances ne pas être conforme aux dispositions relatives au droit du travail, il n'est pas encore suffisamment grave pour qu'il se justifie d'en faire une infraction à part entière.

Maintien de l'exigence de la plainte

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

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

Discussion du nouvel article 4a AP-LCD

Quant au champ d'application, l'article 2 LCD précise que cette loi s'applique aux comportements ou pratiques commerciales qui sont trompeurs ou qui contreviennent de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influent sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Il n'est pas nécessaire de se trouver dans un rapport de concurrence pour commettre un tel acte, un tiers étant susceptible d'influer sur les rapports de concurrence. Ainsi, il est envisageable que des associations de consommateurs puissent agir de manière déloyale en publiant par exemple des tests comparatifs⁵³.

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

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si les associations et ONG, par exemple sportives comme la FIFA (Fédération Internationale de Football

⁵³ Lire message du Conseil fédéral relatif à la LCD, FF 1983 II 1093.

Association) ou le CIO (Comité International Olympique) peuvent tomber sous le coup de la nouvelle infraction prévue par l'AP-LCD. Ceci n'est pas clair. Même si les membres d'une telle association touchaient par exemple des avantages financiers, en contrepartie de leur voix dans un vote, de la part d'une ville candidate pour l'organisation d'une manifestation, on peut discuter de savoir si l'on se trouve dans le cadre des relations commerciales exigées par la LCD et si les villes candidates se trouvent dans une relation de concurrence telle que l'entend la LCD.

Se pose alors la question de savoir s'il se justifie, dans ce cas particulier, de prévoir expressément l'application de l'article 4a AP-LCD. Même s'il s'agit avant tout d'organismes poursuivant un but idéal, on ne peut nier, que selon les circonstances, des intérêts financiers importants sont en jeu. D'un autre côté il faut reconnaître qu'il appartient avant tout aux associations concernées de faire en sorte de préserver leur mécanisme interne d'élection et de votation de toute influence néfaste. Par ailleurs, certains de ces organismes se sont dotés de procédures internes disciplinaires et d'autres mesures afin de garantir l'impartialité⁵⁴. D'une manière générale, il n'y a pas de raison de prévoir expressément, dans le cadre de cette révision, l'application de la LCD aux ONG. Ce d'autant plus que la convention exclut expressément de son champ d'application les ONG et organismes à but non lucratifs⁵⁵.

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

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

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

La notion **d'avantage indu** reprend aussi la même terminologie que celle utilisée par les articles 322^{ter} ss CP et remplace, sans pour autant en changer le sens, celle d'avantage illégitime de l'actuel article 4, lettre b, LCD. Il doit s'agir d'un avantage matériel ou immatériel auquel le corrompu n'a pas droit. Par exemple, le travailleur a l'obligation de remettre à son employeur tout ce qu'il a reçu de tiers dans le cadre de

⁵⁴ Lire par exemple la Charte olympique du 14.07.2001.

⁵⁵ Selon le rapport explicatif N° 53, est uniquement visé tout type d'activité marchande en particulier le commerce des biens et la fourniture de service.

l'exécution de son travail, sous réserve de pourboires (art. 321b CO), pour le mandant, la même obligation existe en vertu de l'article 400, alinéa 1, CO.

L'alinéa 2 du nouvel article 4a AP-LCD précise la portée de cette notion et exclut expressément du champ d'application de la LCD, les montants de faible importance, généralement admis, et ceux qui sont autorisés par le contrat. Il s'agit ici, de manière analogue à l'article 322^{octies}, chiffre 2, CP, de concrétiser dans la loi la limite inférieure de l'illicéité. La formulation est reprise de l'article 322^{octies}, chiffre 2, CP, tout en l'adaptant à des rapports de droit privé, raison pour laquelle on ne parle pas d'avantages autorisés par le règlement de service mais d'avantages autorisés contractuellement. Par avantages autorisés contractuellement, on entend tout ce qui peut être admis par les parties même implicitement, il n'est pas nécessaire que cela soit expressément prévu par une clause du contrat. Par exemple, les pourboires reçus par un employé.

Il est renoncé à introduire une clause instaurant un principe d'opportunité spécifique, selon le modèle de l'article 322^{octies}, chiffre 1, CP. En effet, le besoin d'une telle clause se fait moins sentir qu'en ce qui concerne la corruption des fonctionnaires, dans la mesure où les dispositions relatives à l'octroi et l'acceptation d'un avantage n'ont pas été reprises. Ce d'autant plus que la partie générale du CP révisée prévoit en l'article 52 l'adoption d'une clause d'opportunité générale.

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

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

Par un "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 employeur⁵⁶, l'obligation de diligence du mandataire⁵⁷ ou encore le devoir de diligence entre associés⁵⁸. La notion d'"actes dépendant du pouvoir d'appréciation" couvre les cas où, sans expressément violer un devoir contractuel, l'employé / associé / mandataire / 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 de même montant. Ce qui est relevant est que le choix n'ait pas été dicté par des critères objectifs mais au contraire ait été faussé par le versement d'une somme d'argent, lésant ainsi les intérêts des autres concurrents et d'une manière générale portant atteinte au marché. Sans mention des actes dépendant du

⁵⁶ Article 321a CO.

⁵⁷ Article 397 CO.

⁵⁸ Pour la société simple, article 538 CO.

pouvoir d'appréciation, de nombreux actes de corruption échapperaient à la sanction⁵⁹.

Pour ce qui est du **lien entre l'avantage perçu et l'acte**, à l'instar de ce qui est prévu dans les cas de corruption publique, il suffit que les actes du corrompu soient déterminables de manière générique. La preuve concrète d'un accord illicite n'est pas exigée, mais il faut qu'une relation d'adéquation entre l'acte contraire au devoir et l'avantage soit déterminable⁶⁰. Si l'équivalence entre l'avantage et l'acte / omission fait défaut, il n'y a pas d'infraction puisque contrairement au domaine de la corruption des fonctionnaires, l'octroi et l'acceptation d'avantages (art. 322^{quinquies} et art. 322^{sexies} CP) ne sont pas réprimés ici.

Finalement, il est nécessaire que l'acte ou l'omission en question soit en relation avec l'activité professionnelle du corrompu⁶¹. La corruption privée n'est punissable que si elle a été commise intentionnellement, comme prévu par la convention. La peine encourue reste la même que celle du droit en vigueur (emprisonnement ou amende jusqu'à Frs. 100'000.--) Le délai pour porter plainte est de 3 mois (art. 29 CP) et la prescription de 7 ans (art. 70 CP).

212.5 Le trafic d'influence (art. 12 convention)

212.51 Exigences

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

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

Par exemple, un parlementaire touche des avantages financiers de la part d'une entreprise pour qu'il use de son influence auprès de deux conseillers communaux, membres de son parti, afin qu'ils choisissent l'entreprise en question dans le cadre de l'adjudication d'un marché public⁶².

Selon le rapport explicatif de la convention, l'incrimination du trafic d'influence cherche à atteindre l'entourage de l'agent ou le parti politique auquel il appartient et à sanctionner le comportement des personnes qui, proches du pouvoir, tentent

⁵⁹ Hans Dubs, Strafbarkeit der Privatbestechung, FS Niklaus Schmid, Zurich 2001, p. 390.

⁶⁰ Voir message, (note 4), p. 5082.

⁶¹ ATF 118 IV 316.

⁶² Exemple cité par Nicolas Queloz, Processus de Corruption en Suisse, p. 375.

d'obtenir des avantages de leur situation, contribuant ainsi à instaurer un climat de corruption. Cette disposition ne concerne pas les formes de lobbying connues, l'influence abusive doit contenir une intention de corrompre de la part du trafiquant d'influence. Ce dernier n'a par ailleurs qu'une position d'outsider, il ne peut prendre de décisions lui-même, mais il abuse de son influence réelle ou supposée sur d'autres personnes. Comme dit plus haut, il est indifférent selon l'article 12 que l'influence soit ou non exercée ou qu'elle produise ou non le résultat recherché. Le bien juridiquement protégé est le même que pour la corruption proprement dite à savoir la transparence et l'impartialité dans le processus décisionnel des administrations publiques⁶³.

212.52 Comparaison avec le droit suisse

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

L'intermédiaire est un agent public

Dans la plupart des cas, le fonctionnaire qui accepte un avantage dans le but d'exercer son influence auprès d'un tiers qui exerce 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 verse l'avantage, elle serait 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 entre en relation avec la fonction et n'intervienne pas à titre privé. En d'autres termes, serait considéré comme un délit chaque cas où un agent public suisse sollicite ou se voit octroyer un avantage indu de la part d'un particulier dans le but d'abuser de son influence auprès d'un autre agent public, ou membre d'une autorité, si cette influence découle de sa fonction.

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

L'intermédiaire est une personne privée

Le particulier qui reçoit un avantage d'un tiers afin d'exercer son influence sur un agent public n'est pas punissable, à moins qu'il ne soit prévu d'inclure dans le marché le fonctionnaire à influencer. Si tel est le cas, notamment lorsque le

⁶³ Voir rapport explicatif N 64.

fonctionnaire entre dans le pacte de corruption et l'accepte, l'infraction de corruption sera dans la plupart des situations réalisée. Ainsi, selon le contenu de l'entente entre les différents protagonistes, le tiers se rend coupable de corruption active (voire d'instigation à corruption active); l'agent public de corruption passive et l'intermédiaire de corruption active (voire d'instigation ou de complicité).

Lorsque le débiteur de l'avantage convient avec l'intermédiaire que ce dernier corrompra directement un fonctionnaire, mais qu'il n'en fait rien, nous sommes en présence d'un cas de tentative d'instigation de corruption active, punissable en vertu de l'article 24 alinéa 2 CP.

Conclusion

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

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

212.53 Nécessité de légiférer ?

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

Selon certains, il est regrettable que le code pénal suisse ignore presque totalement le trafic d'influence⁶⁴ et, dans cette perspective, il serait souhaitable que la Suisse se dote, à l'instar de la France⁶⁵, de normes pénales complémentaires. Selon cette opinion, une nouvelle incrimination permettrait d'intervenir à la source des formes classiques de manifestation du clientélisme et de faire face à un type de relations pernicieux et subtil qui fait étroitement partie des relations helvétiques d'amitié, de soutien et d'interdépendance⁶⁶.

D'autres auteurs estiment au contraire qu'il n'est pas justifié d'élargir le droit pénal de la corruption à un nombre toujours plus important de comportements. Ils relèvent l'inefficacité avérée d'une telle norme pénale et donnent leur préférence, à la

⁶⁴ Voir Nicolas Queloz, *Processus de Corruption en Suisse*, p.377.

⁶⁵ Voir articles 432-11 à 432-13 du code pénal français (corruption et trafic d'influence d'agents publics) et l'article 433-2 (trafic d'influence de particuliers).

⁶⁶ Voir Nicolas Queloz, *op.cit.*, p.377.

prévention, à la mise en place de règles déontologiques et au recours à des sanctions civiles, administratives et politiques ⁶⁷.

Les relations personnelles et sociales existent partout et rien ne permet d'exclure que la proximité forte existant entre les mondes politique, économique et l'administration publique, telle que nous la connaissons aussi en Suisse, puisse conduire à une pratique de "copinage", et même parfois, dans des cas particuliers, à un certain trafic d'influence. Ces liens se tissent avant tout autour d'amitiés réciproques, d'une appartenance commune à des groupes d'intérêts, et paraissent constituer avant tout un phénomène de société, qui ne doit pas devenir l'objet d'une intervention du droit pénal.

Par ailleurs, l'influence de ces liens est à relativiser eu égard au système politique suisse. En effet, le mode collégial de gouvernement, le multipartisme et la démocratie directe sont autant de remparts à l'émergence d'un clientélisme généralisé. Il ne faut pas perdre de vue que l'activité politique est soumise à une certaine exigence de transparence. En effet, d'après l'article 161 alinéa 2 Cst, et les articles 3^{bis} à 3^{quinquies} de la loi fédérale sur la procédure de l'assemblée fédérale ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des textes législatifs⁶⁸, les parlementaires ont l'obligation de déclarer leurs liens d'intérêts, de manière à renseigner le corps électoral sur les motivations qui les gouvernent. Ces dispositions ont été reprises par la plupart des cantons⁶⁹. De plus l'arsenal législatif existant, que ce soit sous l'angle des marchés publics⁷⁰, du contrôle judiciaires des décisions administratives, des dispositions relatives à la fonction publique⁷¹, ou encore du contrôle interne de l'activité administrative⁷² permet d'empêcher que certaines situations dites de copinage dégénèrent et provoquent une recrudescence de la corruption.

Ainsi la nécessité d'introduire de nouvelles dispositions pénales visant à réprimer le trafic d'influence tel qu'il est prévu par la convention du Conseil de l'Europe ne s'impose pas. De plus, cette notion, telle qu'elle ressort du texte de la convention, ne semble pas suffisamment précise et risque de pénaliser le simple lobbying, tel qu'il est pratiqué dans le monde entier et également en Suisse. L'entreprise qui consisterait à délimiter les comportements licites de ceux qui ne devraient pas l'être s'avèrerait extrêmement périlleuse et complexe. De plus, d'importantes difficultés de preuve seraient prévisibles. Finalement, il paraît illusoire de vouloir mettre fin à ces enchevêtrements sociaux non désirés par l'introduction d'une nouvelle norme pénale qui se révélerait rapidement peu efficace. En effet, l'accumulation de nouvelles

⁶⁷ Voir Maria Luisa Cesoni, Corruption et trafic d'influence en Suisse, une Italie en puissance?, In criminalité économique, Groupe suisse de travail de criminologie, 1999, p. 184.

⁶⁸ RS **171.11**, de même que la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale, pas encore entrée en vigueur, FF 2002 p. 7577 ss.

⁶⁹ Voir par exemple Zurich : article 5, lettre a, Gesetz über die Organisation und die Geschäftsordnung des Kantonsrates du 01.07.02; Berne: article 7 de la loi sur le Grand Conseil du 1.11.1993; Neuchâtel: article 5, lettres c et d de la loi sur l'organisation du Grand Conseil du 22.03.93/151.10 .

⁷⁰ Voir par exemple la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS **172.056.1**) qui règle et assure la transparence des procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction, visant à assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

⁷¹ Voir l'Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération, qui impose l'obligation d'annoncer toute activité accessoire, l'obligation dans certains cas de reverser le revenu et bien entendu l'interdiction d'accepter des cadeaux.

⁷² Par exemple par le contrôle des finances.

normes pénales plutôt symboliques risque d'avoir pour conséquence d'affaiblir l'ensemble du système répressif.

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

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

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

212.61 Exigences

L'article 13 de la convention impose aux Etats membres l'incrimination du blanchiment d'argent telle que prévue par la convention n°141 du Conseil de l'Europe⁷³ lorsque l'infraction préalable est constituée par l'une des infractions établies en vertu des articles 2 à 12 de la présente convention, pour autant que la Partie n'ait pas formulé de réserve ou de déclaration à l'égard de ces infractions et les considère comme graves au regard de sa législation relative au blanchiment de l'argent.

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

212.62 Comparaison avec le droit suisse

L'article 305^{bis} CP, entré en vigueur le 1^{er} août 1990, réprime le blanchiment d'argent, c'est-à-dire, l'acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime⁷⁴. A teneur de l'article 305^{bis}, alinéa 3, CP, l'auteur est également punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger, si elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise. Cette disposition est par ailleurs tout à fait compatible avec la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE 141)⁷⁵.

⁷³ **RS 0.311.53.**

⁷⁴ Article 305 bis CP.

⁷⁵ Voir message du Conseil fédéral relatif à la ratification de la convention STE 141, FF 1992 VI 8ss, N° 2.2.

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

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

212.7 Infractions comptables (art. 14 de la convention)

212.71 Exigences

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

Selon le rapport explicatif de la convention, les infractions comptables peuvent soit constituer des actes préparatoires aux délits de corruption, soit constituer des actes visant à les masquer. L'article 14 vise ces deux sortes de lien et couvre toutes les infractions de corruption traitées par la convention⁷⁶. Le comportement incriminé peut se concrétiser de deux manières différentes, premièrement par une action positive qui consiste à fabriquer ou à utiliser des factures ou d'autres types de documents comptables ou registres contenant des informations fausses. Ce comportement vise à tromper une personne afin de cacher un délit de corruption. Deuxièmement le comportement visé peut aussi être passif, et consister en un acte d'omission illicite, lorsque les personnes en cause ont l'obligation légale d'enregistrer les paiements.

212.72 Comparaison avec le droit suisse

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

Sur le plan pénal, l'article 325 CP menace des arrêts ou de l'amende celui qui intentionnellement ou par négligence aura contrevenu à l'obligation légale de tenir une comptabilité. La comptabilité et les pièces qui la constituent – en dehors de

⁷⁶ Voir rapport explicatif à la convention n° 71.

l'obligation de tenir une comptabilité- sont protégées des falsifications par l'article 251 CP (faux dans les titres). Dans la mesure où les éléments de comptabilité sont destinés à tromper, les infractions contre le patrimoine peuvent entrer en ligne de compte. Finalement, le fait d'utiliser une fausse facture dans le but de dissimuler une infraction commise par un tiers pourrait aussi tomber sous l'article 305 CP (entrave à l'action pénale) ou constituer un acte de complicité de corruption.

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

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

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

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

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

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

212.10 Compétence (art. 17 de la convention)

212.101 Exigences

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

Le paragraphe 1 a, de l'article 17 consacre le principe de la territorialité, tout en proposant une interprétation large, selon laquelle, il suffit qu'une partie seulement de l'infraction (acceptation ou offre du pot de vin par exemple) soit commise sur le territoire de l'Etat pour fonder sa compétence⁷⁷.

Le paragraphe 1 b, pose le principe de la nationalité active. En outre, selon la convention, la compétence est également établie si les fonctionnaires ou les membres d'assemblées nationales du pays commettent une infraction de ce type, et ce même s'ils ne sont pas simultanément des ressortissants de ce pays⁷⁸.

Le paragraphe 1 c, consacre le principe de protection des intérêts nationaux et de la nationalité, selon lequel la compétence repose sur le statut de la personne qui s'est laissée corrompre, il s'agit soit d'un fonctionnaire soit d'un membre d'une assemblée nationale publique (et pas nécessairement d'un ressortissant), ou alors il s'agit d'un ressortissant qui est en même temps fonctionnaire international, membre d'une assemblée parlementaire internationale ou juge ou agent d'une cour internationale⁷⁹.

212.102 Comparaison avec le droit suisse en vigueur

L'application spatiale du code pénal suisse est régi par trois principes, celui de la territorialité⁸⁰, celui de la nationalité⁸¹ et celui de la compétence universelle⁸². Il convient d'examiner si le droit suisse permet de couvrir tous les cas de figure envisagés par l'article 17, paragraphe 1, de la convention:

- En vertu des articles 3 et 7 CP, la compétence suisse est reconnue pour tous les actes de corruption commis en tout ou en partie en Suisse. Sur ce point, les exigences de la convention sont totalement respectées.
- Infraction commise à l'étranger par un Suisse: Selon l'article 6 CP, la Suisse reconnaît sa compétence sous réserve de la double incrimination.

⁷⁷ Voir rapport explicatif N 79.

⁷⁸ Voir rapport explicatif N 80.

⁷⁹ Voir rapport explicatif N 81.

⁸⁰ Article 3 CP, complété par l'article 7 CP.

⁸¹ Articles 5 et 6 CP.

⁸² Article 6bis CP.

- Actes de corruption commis à l'étranger par un agent public suisse de nationalité étrangère: Beaucoup de fonctions n'impliquent pas forcément la nationalité suisse, ainsi, un agent public suisse peut être de nationalité étrangère et commettre une infraction à l'étranger. Par exemple, il pourrait s'agir d'un employé étranger d'une ambassade suisse⁸³. Dans ce cas, l'article 6^{bis} CP s'applique. Il exige la double incrimination et un engagement pris par la Suisse sur le plan international.
- Actes de corruption commis à l'étranger par un membre étranger d'une assemblée publique nationale: Dans le cadre de l'extension du droit d'éligibilité cantonal ou communal aux étrangers⁸⁴, il n'est pas absolument exclu qu'un tel cas puisse se présenter. L'article 6^{bis} CP s'applique également dans les mêmes conditions que celles énumérées ci-dessus.
- Actes de corruption commis à l'étranger impliquant un ressortissant suisse fonctionnaire international, membre d'une assemblée parlementaire internationale ou juge ou agent d'une cour internationale: Ici, l'article 6, voire 6^{bis} CP, s'appliquent.

La partie générale révisée du CP⁸⁵ prévoit un nouvel article 7 CP⁸⁶ qui étend le champ d'application aux cas où le délit a été commis à l'étranger, par un étranger et contre un étranger, si l'acte est aussi réprimé au lieu où il a été commis ou que ce lieu ne relève d'aucune juridiction pénale, si l'auteur se trouve en Suisse ou est remis à la Suisse pour cet acte et si l'acte peut donner suite à une extradition mais que l'auteur n'est pas extradé. L'alinéa 2 précise que lorsque l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que le crime ou le délit n'a pas été commis contre un ressortissant suisse, le 1er alinéa est applicable uniquement si la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte.

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

212.103 Conclusion

Ainsi, il apparaît que le code pénal ne va pas 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'article 17, paragraphe 1, 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

⁸³ Le territoire suisse comprend aussi les ambassades étrangères en Suisse (ATF 109 IV 156, JT 1984 IV 121, cité par Martin Killias, Précis de droit pénal général, Stämpfli 1998, p. 256, n° 1602).

⁸⁴ Comme le canton de Vaud.

⁸⁵ Ces dispositions révisées font une nouvelle distinction entre les crimes commis à l'encontre de l'Etat (art. 4), les délits commis à l'encontre de l'intégrité sexuelle des enfants (art. 5 CP), les infractions poursuivies en vertu d'un accord international (art. 6) et les autres crimes et délits commis à l'étranger (art. 7). Le nouvel article 6 reprend en substance le contenu de l'actuel article 6bis CP et n'abandonne pas le principe de la double incrimination.

⁸⁶ Voir FF 2002 7658ss.

que l'on renonce en l'espèce à l'exigence de double incrimination⁸⁷. Ainsi, dans la mesure permise par l'article 17, paragraphe 2, de la convention, il convient de rédiger une réserve sur ce point, à l'instar du Danemark, la Finlande, les Pays-Bas et le Portugal.

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

212.111 Principes devant être respectés par les législations nationales

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

Cette disposition s'inscrit dans une tendance actuelle qui consiste à inclure, dans les conventions internationales en matière pénale, des dispositions relatives à la responsabilité des entreprises. De telles dispositions figurent également, par exemple, dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions pénales internationales⁸⁸.

212.112 Comparaison avec le droit suisse actuel et futur

Si le droit suisse actuel ne connaît pas encore la responsabilité de l'entreprise au sens de la convention, les Chambres fédérales ont toutefois déjà adopté, dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal, les articles 102 et 102a nCP, qui instituent la responsabilité pénale de l'entreprise⁸⁹. Pour s'assurer que ces dispositions puissent entrer en vigueur à temps pour la mise en œuvre de la Convention de l'ONU pour la répression du financement du terrorisme, la norme relative à la responsabilité des entreprises (avec une liste d'infractions complétée) a été intégrée à ce projet⁹⁰ et adoptée par le Parlement au printemps 2003⁹¹. Après

⁸⁷ A la différence des infractions pour lesquelles le champ d'application a été étendu, comme par exemple la prise d'otage (art. 185 al. 5 CP).

⁸⁸ Tout comme, par exemple, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, FF 2002, p. 5462 ff., la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée et la Convention de lutte contre la cybercriminalité du Conseil de l'Europe.

⁸⁹ FF 2002, p. 7658 ss

⁹⁰ Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, FF 2002, p. 5014 ss

son entrée en vigueur en automne 2003, les dispositions relatives à la responsabilité pénale de l'entreprise seront insérées dans la partie générale existante du code pénal, dont elles deviendront les articles 100^{quater} et 100^{quinquies}.

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

Dans l'examen de la conformité du droit pénal suisse révisé avec la convention, il faut tout d'abord relever que le champ d'application de l'article 100^{quater} CP est plus étendu que celui de l'article 18 de la convention, puisque ce dernier se limite aux infractions commises pour le compte de la personne morale et qui implique des cadres de l'entreprise. Pour ce qui est des autres conditions, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise selon l'article 100^{quater}, alinéa 1, n'est certes pas entièrement conforme aux intentions de la convention, cet alinéa ne prévoyant pas la possibilité de poursuites parallèles contre les personnes morales et les personnes physiques. En revanche, les conditions posées pour engager la responsabilité primaire de l'entreprise selon l'alinéa 2 (reproche de n'avoir pas avoir pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction) couvrent les infractions visées à l'article 18 de la convention, aussi bien dans la variante du paragraphe 1 que dans celle du paragraphe 2.

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

212.113 Nécessité de compléter l'article 100^{quater}, alinéa 2, CP

La corruption active dans le secteur privé – qui doit à l'avenir être réglée à l'article 4a, alinéa 1, lettre a, LCD⁹² – n'est pas incluse dans la liste des infractions fondant la responsabilité primaire de l'entreprise. Or il est indiqué de prévoir que la responsabilité primaire de l'entreprise pourra être engagée en cas d'infraction de corruption active dans le secteur privé, non seulement pour satisfaire aux exigences de la convention, mais aussi pour des raisons de cohérence de la législation. En effet, la corruption active dans le secteur privé a pour but, dans une situation de concurrence économique, d'obtenir un avantage par un moyen déloyal. Il est évident que la personne qui va finalement profiter de l'infraction sera, en règle générale, une personne morale, pour le compte de laquelle le corrupteur actif agit. En d'autres termes, la question de la responsabilité de l'entreprise joue un rôle central dans les affaires de corruption, en particulier lorsqu'elles concernent le secteur privé. Cette

⁹¹ FF 2003, p. 2532 ss

⁹² Cf. ch. 212.4 ci-dessus

question revêt également une importance particulière dans l'optique de la prévention. Il est dès lors proposé d'inclure la corruption active dans le secteur privé selon l'article 4a, alinéa 1, lettre a, AP-LCD dans la liste des infractions énumérées à l'article 100^{quater}, alinéa 2, CP.

Par ailleurs, une modification d'ordre purement rédactionnel de la liste des infractions à l'article 100^{quater}, alinéa 2, CP concerne la corruption active d'agents publics étrangers, qui sera désormais réglée à l'article 322^{septies}, **alinéa 1**⁹³.

Puisqu'une réserve sera formulée concernant l'infraction de trafic d'influence visée à l'article 12 de la convention⁹⁴, cette norme, logiquement, n'est pas pertinente non plus dans le cadre de la responsabilité de l'entreprise.

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

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

Les peines prévues par le code pénal relatives aux infractions de corruption correspondent aux exigences de la convention et permettent l'extradition⁹⁵. S'agissant de la confiscation, les articles 58 ss du code pénal apportent les moyens adéquats pour satisfaire aux exigences de la convention⁹⁶.

212.13 Autorités spécialisées (art. 20 de la convention)

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

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

⁹³ A cause de la nouvelle norme de corruption passive d'agents publics étrangers, proposée comme nouvel al. 2 de l'art. 322^{septies}; cf. ch. 212.2 ci-dessus

⁹⁴ Vgl. oben 212.53.

⁹⁵ La corruption active et passive d'agents publics, de même que la corruption active d'agents étrangers sont considérées comme des crimes pouvant donner lieu à une peine maximale de cinq ans de réclusion. Le projet de révision de l'article 322^{septies} 2 prévoit de faire également de la corruption passive d'agents étrangers un crime. L'octroi et l'acceptation d'un avantage et la corruption privée constituent des délits pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement de trois jours au moins à trois ans au plus. Il s'agit donc d'infractions permettant l'extradition d'après l'article 35 de la loi sur l'entraide et l'extradition (**RS 351.1**). S'agissant des entreprises, elles s'exposent à une amende jusqu'à 5 millions de francs. Ainsi, les exigences de la Convention sont entièrement remplies.

⁹⁶ A ce propos, lire le message, (note 4), p. 5093.

La plupart des cantons sont dotés d'unités spécialisées dans la lutte contre la criminalité économique, qui sont chargées également de traiter des affaires de corruption. Ces unités spécialisées se retrouvent aux différents stades de la procédure, que ce soit à celui de l'instruction (brigade financière⁹⁷ et juge d'instruction spécialisé⁹⁸) ou à celui du jugement (tribunal pénal économique⁹⁹).

Au sein de l'Office fédéral de la police, une division appelée " Enquête Protection de l'Etat/délits spécifiques" a été créée, elle-même subdivisée en divers commissariats, dont un est destiné spécifiquement à la lutte contre la corruption. A ce jour, cette entité est constituée par cinq personnes.

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

212.141 Contenu et exigences

L'article 21 prévoit une obligation générale, sous réserve de l'application du droit national, d'assurer la collaboration de toutes les autorités publiques et les agents publics avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales. L'étendue du devoir de collaboration avec les autorités de la poursuite pénale doit être définie par le droit interne. Ainsi, il n'est pas exigé des Etats parties qu'ils instaurent l'obligation générale pour leurs agents publics de signaler les infractions¹⁰⁰. L'agent public peut remplir son obligation de collaborer soit en désignant de lui-même l'existence de motifs raisonnables de considérer qu'une infraction a été commise soit en fournissant aux autorités pénales les informations qu'elles demandent¹⁰¹. Finalement des exceptions à l'obligation de fournir des renseignements peuvent aussi être prévues¹⁰².

212.142 Situation en droit suisse

Si certains cantons connaissent l'obligation générale de dénoncer des fonctionnaires¹⁰³, tous prévoient la possibilité d'entendre les fonctionnaires en qualité de témoins sous réserve de la levée préalable du secret de fonction¹⁰⁴.

La procédure pénale fédérale ne contient pas d'obligation générale de dénoncer mais prévoit qu'après levée du secret de fonction tout fonctionnaire peut être appelé à témoigner¹⁰⁵. De même des documents officiels peuvent être séquestrés. Dans le cadre du projet d'unification de la procédure pénale, il est prévu que les fonctionnaires tenus par une obligation de dénoncer sont obligés de témoigner, les

⁹⁷ Notamment dans les cantons de Genève, Zürich et Neuchâtel.

⁹⁸ Voir par exemple l'article 47A de la loi sur l'organisation judiciaire genevoise (RSG E. 2 05), ou l'article 102 alinéa 2 du code de procédure pénale neuchâtelois (CPPN; RSN 322.0).

⁹⁹ Entre autres Neuchâtel (art. 33 CPPN; RSN 322.0).

¹⁰⁰ Rapport explicatif N 102.

¹⁰¹ Rapport explicatif N 103.

¹⁰² Rapport explicatif N 106.

¹⁰³ Voir par exemple l'article 6 du code de procédure pénale neuchâtelois et l'article 11 du code de procédure pénale genevois.

¹⁰⁴ Voir article 102 chiffre 8 et 115 du code de procédure pénale bernois.

¹⁰⁵ Article 78 de la loi sur la procédure pénale fédérale (RS 312.0).

autres ne peuvent le faire qu'avec l'accord de l'autorité supérieure. Cette dernière doit lever le secret de fonction lorsque l'intérêt à la recherche de la vérité prime l'intérêt au maintien du secret¹⁰⁶.

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

212.151 Exigences

Au terme de cette disposition formulée de manière générale, des mesures nécessaires doivent être prises pour assurer une protection effective et appropriée aux collaborateurs de justice et aux témoins, appelés à donner des informations dans le cadre d'une procédure concernant les infractions prévues par la convention. Selon le rapport explicatif¹⁰⁷, on entend par collaborateur de justice toute personne qui est elle-même mise en examen ou qui a été condamnée pour avoir participé à des infractions de corruption mais qui accepte de coopérer avec les autorités de répression, en particulier en les renseignant sur les infractions auxquelles elle a participé pour leur permettre de procéder aux investigations et poursuites.

212.152 Situation en droit suisse

On trouve des dispositions sur la protection des témoins et autres personnes tant dans les codes de procédure pénale cantonaux que dans la loi sur la procédure pénale fédérale. Des règles permettant aux témoins de refuser de témoigner lorsqu'un témoignage compromettrait leur honneur ou les exposerait à de graves inconvénients¹⁰⁸ sont très largement répandues et garantissent efficacement la protection des témoins mais compromettent parfois la recherche de la vérité. La jurisprudence du Tribunal fédéral s'est également prononcée à plusieurs reprises sur les conditions de l'admissibilité des témoignages anonymes¹⁰⁹. Par ailleurs des mesures matérielles de protection des témoins et de toute autre personne (protection policière) sont déjà possibles sans base légale expresse. Par contre la Suisse ne connaît pas de mesures extrajudiciaires de protection comme le changement d'identité¹¹⁰. Ces dernières paraissent a priori disproportionnées dans le cadre des infractions de corruption.

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

¹⁰⁶ Article 177 de l'avant-projet d'unification de la procédure pénale.

¹⁰⁷ N 110.

¹⁰⁸ Voir par exemple l'article 48 du code de procédure pénale genevois.

¹⁰⁹ ATF 118 IA 457, ATF 118 IA 327, ATF 125 I 127, le TF a admis qu'un agent infiltré pouvait être interrogé, pour autant qu'il ne soit ni vu, ni reconnaissable par sa voix.

¹¹⁰ Lire " De 29 à l'unité", rapport de la Commission d'experts "unification de la procédure pénale" DFJP 1997, p. 66.

d'identité en l'absence des parties, de mesures propres à garantir de l'anonymat, et à protéger la personne interrogée devant le tribunal¹¹¹.

212.16 Mesures spéciales d'investigation (art. 23 de la convention)

212.161 Exigences

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

Les Etats parties sont libres d'interdire le recours à de telles pratiques ou de les accompagner de mesures de protection¹¹².

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

212.162 Situation en droit suisse

Moyens de preuve

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

Finalement, l'article 47, alinéa 4, de la Loi fédérale sur les banques¹¹³ délie les établissements bancaires du secret bancaire en cas d'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Ainsi, le droit suisse remplit parfaitement les exigences de l'article 23 de la convention.

Mesures d'investigations spéciales

La Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT; RS 780.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, autorise notamment de telles mesures de surveillance en ce qui concerne la corruption active et passive des agents publics suisses. Le 21 mars 2003, une extension du catalogue des infractions a été votée dans le cadre du projet de loi

¹¹¹ Lire article 160 à 162 P-PP, de même que les dispositions proposées dans le message du 22 janvier 2003 relatif à la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins) FF 2003 p. 693ss.

¹¹² Rapport explicatif N 114.

¹¹³ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0).

"terrorisme"¹¹⁴, visant entre autres l'article 322^{septies} CP (corruption des agents étrangers). Ainsi, la corruption passive des agents étrangers proposée par le présent avant-projet¹¹⁵ serait directement englobée dans le champ d'application de la LSCPT, sans qu'une modification supplémentaire ne soit nécessaire.

La situation se présente de manière analogue en ce qui concerne l'investigation secrète: La loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS) adoptée par le parlement le 20 juin 2003 permet l'utilisation de ces méthodes d'investigation en cas d'infractions de corruption prévues aux articles 322^{ter} (corruption active), 322^{quater} (corruption passive) et 322^{septies} (corruption active d'agent étranger)¹¹⁶ CP.

Comme dit plus haut, l'article 23 de la convention n'impose pas l'introduction de mesures d'investigation spéciales. Le droit suisse va dès lors au-delà des exigences minimales de la convention.

213 Coopération internationale (art. 25 à 31 de la convention)

213.1 Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale

L'article 25 dispose que les Parties coopèrent dans la mesure la plus large possible au titre des engagements contractés sur le plan international dans le domaine relevant du champ d'application de la convention. En outre, il définit les relations entre la convention et les autres instruments internationaux pertinents qui contiennent des dispositions sur la coopération en matière pénale.

La coopération est régie au premier chef par les dispositions pertinentes des instruments multilatéraux ou bilatéraux conclus entre les Parties ainsi que par les normes de leur droit national¹¹⁷ (par. 1). Les articles 26 à 31 de la convention s'appliquent à titre subsidiaire, c'est à dire lorsque aucun instrument international n'est en vigueur entre les Parties (par. 2). L'application du principe de la subsidiarité vise à conférer une base légale aux Parties qui, faute d'avoir conclu un instrument international, ne seraient pas en mesure de coopérer¹¹⁸. Le paragraphe 2 n'a pas d'importance pour la Suisse lorsqu'elle est Partie requise. En effet, grâce à la loi sur l'entraide judiciaire internationale¹¹⁹, elle dispose d'une base légale suffisante pour pouvoir coopérer avec d'autres Etats en matière de lutte contre la corruption, cela même en l'absence d'instruments internationaux la liant à ces Etats.

¹¹⁴ FF 2003 p. 2532 ss et message du conseil fédéral, FF 2002, p. 5084 ss.

¹¹⁵ Infra 212.2.

¹¹⁶ Voir article 4 al. 2 lettre a, LFIS, FF 2003 4010.

¹¹⁷ Egalement mentionnés ici, "les arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques" désignent, pour l'essentiel, les systèmes de coopération mis en place entre les pays nordiques. Ils n'ont donc pas d'importance pour la Suisse.

¹¹⁸ Dans ce contexte, il convient de relever que la convention qui fait l'objet du présent rapport est un instrument dit "ouvert", ou, en d'autres termes, un instrument auquel peuvent adhérer des Etats qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe. Ces Etats ne sont pas forcément parties aux principales conventions du Conseil de l'Europe en matière d'entraide judiciaire, telles que la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1) ou la Convention européenne d'extradition (CEEExr; RS 0.353.1). A défaut d'une adhésion à la Convention pénale sur la corruption, ils seraient donc privés de toute base juridique leur permettant de coopérer.

¹¹⁹ Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1).

Aux fins de favoriser une coopération aussi large et efficace que possible, le paragraphe 3 prévoit une dérogation au principe de la subsidiarité. Il statue, en effet, que les articles 26 à 31 de la convention sont applicables nonobstant l'existence d'instruments internationaux, lorsqu'ils sont plus favorables que lesdits instruments, parce qu'ils sont de nature à faciliter la coopération, à en accélérer le processus voire parce qu'ils sont les seuls à permettre l'instauration d'une forme bien déterminée de coopération.

213.2 Entraide (art. 26 de la convention)

213.21 Obligations imposées aux Parties

L'article 26, paragraphe 1, reprend le principe statué à l'article 25 selon lequel les Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans le domaine couvert par la convention. Dans ce contexte, les Parties sont tenues de traiter dans les plus brefs délais les requêtes émanant des autorités compétentes. Il s'agit de parer au risque que des retards paralysent une enquête voire remette en cause l'objectif qu'elle poursuit. A noter que l'article 17a, EIMP¹²⁰ prévoit un devoir de célérité similaire.

Le paragraphe 2 énumère les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser d'accéder à la demande d'entraide. Ces motifs sont classiques: il faut qu'il y ait un risque d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Partie requise, à sa souveraineté nationale, à sa sécurité nationale ou à son *ordre public*. Si les motifs de refus n'ont pas été érigés en norme impérative, c'est par souci de favoriser une coopération aussi large que possible. Un motif de refus n'a cependant pas été mentionné: celui de l'infraction politique, ce motif devant faire l'objet d'une réserve spécifique de la part de l'Etat concerné¹²¹.

Ainsi que le prévoient déjà d'autres textes dans des termes similaires¹²², les Parties ne peuvent, selon le paragraphe 3, se prévaloir du secret bancaire pour justifier leur refus d'accorder l'entraide. Cette disposition n'induit donc pas d'obligation nouvelle pour la Suisse. En effet, si les requêtes dont elle est saisie portent sur des infractions pouvant donner lieu à l'entraide judiciaire, le secret bancaire qui ne représente pas un droit absolu ne saurait - pas plus aujourd'hui qu'à l'avenir - être un obstacle à la coopération¹²³. Lorsque son droit interne le prescrit, toute Partie peut exiger qu'une demande d'entraide judiciaire qui impliquerait la levée du secret bancaire soit agréée par une autorité de justice pénale.

¹²⁰ Aux termes de l'article 17a EIMP, l'autorité compétente traite les demandes avec célérité. Elle statue sans délai.

¹²¹ Conformément à l'article 37, par. 3 de la convention. Quant à la nécessité d'émettre formellement une réserve, cf. ch. **213.22**.

¹²² Cf., notamment, article 18, par. 7 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (RS 0.311.53) ou l'article 9, par. 3 de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (FF 1999 5108 ss.; en vigueur pour la Suisse depuis le 30 juillet 2000).

¹²³ Cf., dans ce contexte, l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques; RS 952.0), dont l'alinéa 4 réserve expressément les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice.

213.22 Compatibilité avec le droit suisse

L'article 26 de la convention est absolument compatible avec le droit suisse. Une seule question se pose: ce constat vaut-il également pour le paragraphe 2 de ladite disposition qui ignore le motif de l'infraction politique alors que l'EIMP pose expressément la règle générale selon laquelle une demande d'entraide judiciaire est irrecevable si elle vise un acte qui revêt un caractère politique¹²⁴.

Il n'en reste pas moins que, sur ce point également, la convention est compatible avec le droit interne de la Suisse puisque l'article 1 EIMP statue expressément une réserve en faveur d'accords internationaux "en disposant autrement". Ce n'est pas la première fois qu'une convention du Conseil de l'Europe restreint la possibilité d'alléguer l'infraction politique ou l'exclut totalement à certaines conditions¹²⁵.

Le fait de renoncer à formuler une réserve au sens de l'article 37, paragraphe 3 de la convention ne devrait avoir aucune incidence pratique. En effet, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la corruption active et passive n'est, d'ores et déjà, pas considérée comme une infraction politique, quand bien même elle est souvent commise dans un contexte politique¹²⁶. Aussi lorsqu'elle est saisie de demandes d'entraide judiciaire visant de telles infractions, la Suisse ne refuse-t-elle pas d'y faire droit. Cette attitude découle, du reste, de la conception suisse de l'infraction politique relative¹²⁷, conception qui peut être invoquée puisque la convention ne contient pas de définition de l'infraction politique. Toutefois, les critères qui doivent être remplis pour que l'on puisse admettre que l'on a affaire à une infraction politique relative sont si rigoureux, qu'en pratique, il est rare que l'entraide judiciaire soit refusée pour ce motif¹²⁸.

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

Par ailleurs, on ne saurait totalement exclure qu'une procédure engagée par un Etat étranger l'ait été pour des motifs politiques et ne soit menée qu'aux fins de poursuivre ou de sanctionner une personne pour ses opinions politiques. De même, n'est-il pas impossible que la situation de cette personne se détériore en raison desdites opinions. Pareils cas qui, aux termes de l'EIMP, rendent irrecevables les demandes de coopération¹²⁹, constituent, selon la jurisprudence en vigueur, des violations de *l'ordre public* suisse¹³⁰. Aussi, pour rejeter de telles demandes suffirait-il de se prévaloir de l'article 26, paragraphe 2 de la convention en invoquant l'atteinte à *l'ordre public*. De surcroît et ainsi que cela a été expressément admis dans le cadre

¹²⁴ Cf. article 3, alinéa 1, EIMP.

¹²⁵ Ainsi, la possibilité d'alléguer l'infraction politique dans le cadre d'une procédure d'extradition a été restreinte à l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (RS 0.353.11) et à l'article 1 et suivants de la Convention européenne pour la répression du terrorisme (RS 0.353.3).

¹²⁶ ATF 126 II 316 E. 4b, avec renvoi.

¹²⁷ Une infraction de droit commun, tel qu'un acte de corruption peut constituer une infraction politique relative, si, en l'espèce, l'auteur a obéi à des mobiles principalement politiques.

¹²⁸ Cf., dans ce contexte, ATF 128 II 355 E. 4.2, avec renvois.

¹²⁹ Article 2, let. b et c, EIMP

¹³⁰ Cf. ATF 126 II 324, cons. 4c.

de l'élaboration de cette convention, de tels cas sont également de nature à porter atteinte aux "intérêts fondamentaux" de la Partie requise¹³¹, ce qui, aux termes de l'article 26 de la convention, constitue un motif facultatif de ne pas accéder à la demande d'entraide.

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

213.3 Extradition (art. 27 de la convention)

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

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

Ainsi que nous l'avons déjà exposé dans le commentaire de l'article 19¹³², toutes les formes de corruption sanctionnées par le droit en vigueur de même que l'ensemble des nouvelles infractions réprimées par la convention donnent lieu, par principe, à l'extradition¹³³. Il n'en résulte donc aucune obligation nouvelle pour la Suisse.

Les Parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité peuvent considérer la convention comme base légale permettant d'accorder l'extradition, même en l'absence d'un traité (par. 2)¹³⁴. Cette disposition n'a pas d'importance pour la Suisse, lorsqu'elle est Partie requise.

Le fait que les infractions qui relèvent du champ d'application de la convention doivent être considérées comme donnant lieu à extradition ne signifie cependant pas que la Partie requise doit accorder l'extradition dans tous les cas. Il indique uniquement qu'une extradition est théoriquement possible. En effet, l'extradition elle-même est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie

¹³¹ Tel pourrait être le cas lorsque des considérations relevant des droits de l'homme devraient l'emporter ou qu'il y a des raisons d'admettre que sous couvert de la lutte contre la corruption un Etat a présenté une demande d'entraide judiciaire abusive en se prévalant de poursuites pénales qui visent en fait des buts autres que la lutte contre la corruption; cf. convention, rapport explicatif & 125. L'un de ces buts peut être, par exemple, de poursuivre ou de sanctionner une personne pour ses opinions politiques.

¹³² Cf. supra ch. 212.12.

¹³³ L'article 35, alinéa 1, lettre a, EIMP fait dépendre la possibilité d'accorder l'entraide de la condition que l'infraction soit frappée d'une sanction privative de liberté d'au moins un an.

¹³⁴ Ce principe vaut également dans le cas où il existe un traité qui ne prévoit pas que la corruption est une infraction donnant lieu à l'extradition.

requis peut refuser l'extradition (par. 4). Elle est fondée à refuser d'accéder à la demande si lesdites conditions ne sont pas remplies ou s'il existe un motif de refus. En Suisse, les conditions auxquelles l'EIMP subordonne la recevabilité d'une demande d'entraide sont, notamment la double punissabilité¹³⁵ ainsi que la conformité aux principes de procédure fixés, en particulier, par la Convention européenne des droits de l'homme ou par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁶.

Le paragraphe 5 est le corollaire du principe "aut dedere aut iudicare" qui s'est imposé au niveau international. Si la Partie requise refuse l'extradition uniquement en raison de la nationalité de la personne qui fait l'objet de la demande¹³⁷ ou parce qu'elle se considère compétente en l'espèce¹³⁸, elle est tenue, sauf convention différente avec la Partie requérante, d'intenter elle-même une procédure pénale. Par la suite, elle devra informer la partie requérante du résultat de cette procédure.

213.4 Informations spontanées (art. 28 de la convention)

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

Cette disposition inspirée de l'article 10 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime¹³⁹, est sous-tendue par la conviction selon laquelle un échange d'informations aussi précoce et rapide que possible contribue de manière éminente au succès de la lutte contre la criminalité. Un tel échange est rendu possible par le fait qu'à notre époque la criminalité, bien souvent, ne s'arrête pas aux frontières, de sorte que dans le cadre des investigations qu'elles mènent de leur côté, les autorités d'une Partie sont de plus en plus fréquemment amenées à avoir connaissance d'informations qui sont susceptibles d'intéresser les autorités d'une autre Partie.

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

¹³⁵ Cf. article 35, alinéa 1, lettre a, EIMP. L'infraction doit être frappée de la sanction minimale aux termes du droit des deux Etats.

¹³⁶ Cf. article 2, lettre a, EIMP (y compris les renvois aux instruments concernés).

¹³⁷ En vertu de l'article 25, alinéa 1, Cst., les Suisses et les Suissesses ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent. En conséquence, l'article 7, alinéa 1, EIMP subordonne la remise d'un ressortissant suisse à une autorité étrangère au consentement écrit de celui-ci.

¹³⁸ Même en l'absence d'une telle disposition et dans l'hypothèse où l'extradition ne peut pas être accordée, la Suisse est en mesure de poursuivre l'auteur d'une infraction, à la demande de l'Etat dans lequel elle a été commise ("délégation de la poursuite pénale" au sens de l'article 85 ss., EIMP).

¹³⁹ RS 0.311.53; on trouve de plus en plus souvent des dispositions similaires dans des instruments multilatéraux, par exemple, à l'article 11 du 2^{ème} Protocole additionnel à la CEEJ, qui prévoit une réglementation générale, applicable à toutes les infractions.

213.5 Autorité centrale (art. 29 de la convention)

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

213.6 Correspondance directe (art. 30 de la convention)

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

En règle générale, les autorités centrales communiquent directement entre elles. (par. 1). En cas d'urgence, cependant, les autorités judiciaires peuvent traiter directement l'une avec l'autre (par. 2)¹⁴⁰. Les demandes dont l'exécution n'implique pas de mesures coercitives peuvent être transmises directement par l'autorité compétente de la Partie requérante à l'autorité compétente de la Partie requise, même s'il n'y a pas urgence (par. 5)¹⁴¹. Il est également possible de transmettre les demandes par le canal d'Interpol (par. 3). Si une autorité saisie d'une demande en vertu du paragraphe 2 n'est pas compétente pour y donner suite, elle doit la transmettre à l'autorité compétente de son pays et en informer la Partie requérante dans les plus brefs délais (par. 4).

213.7 Information (art. 31 de la convention)

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

¹⁴⁰ En pareille occurrence, l'autorité centrale de la Partie requérante doit informer son homologue de la Partie requise en lui envoyant une copie de la demande ou de la communication y relative.

¹⁴¹ Cf. Convention, rapport explicatif N 134.

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

L'introduction d'un mécanisme efficace pour assurer le suivi de la mise en œuvre des instruments anti-corruption dans les Etats membres a été, dès le départ, un élément central des travaux du Conseil de l'Europe. Comme nous l'avons déjà mentionné en introduction¹⁴², les Etats membres ont ainsi créé une commission spéciale, baptisée **GRECO** (Groupe d'Etats contre la Corruption), qui est responsable, entre autres, du suivi de la mise en œuvre de la présente convention.

Une décision en deux étapes était nécessaire pour l'entrée en vigueur du statut du GRECO, qui est en fait un accord partiel élargi. La résolution (98)7 du Comité des Ministres, adoptée les 4/5 mai 1998, a ouvert le statut à l'adhésion. Pour que le GRECO soit constitué, il fallait encore qu'au moins 14 Etats fassent officiellement part de leur désir de participer à l'accord. Après réception de la 14^e notification, le GRECO a été institué le 1^{er} mai 1999, par la résolution (99)5. Il a entamé ses travaux en automne de la même année. Aujourd'hui, 33 pays membres du Conseil de l'Europe, ainsi que les Etats-Unis, en font partie. En ratifiant la Convention pénale sur la corruption, la Suisse deviendra automatiquement membre du GRECO (cf. art. 32, par. 4 de la convention).

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

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

¹⁴² Cf. supra ch. 12.

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

Conformément à l'article 17 de son Statut, le budget du GRECO est financé par des contributions annuelles des Etats membres. Le montant de ces contributions ainsi que le barème – qui est en principe conforme au barème général des contributions des Etats membres du Conseil de l'Europe – sont déterminés par le Comité statutaire (cf. art. 18 du Statut). Pour 2002, le budget global s'est élevé à 1,53 million d'euros. Sur cette base, l'on peut estimer que les cotisations annuelles de la Suisse se situeraient entre 50'000 et 100'000 francs.

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

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

La convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002, après notification des 14 ratifications nécessaires à cet effet (art. 32, par. 3, de la convention). La ratification de la convention entraîne automatiquement l'adhésion au Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO ; pour les détails, se reporter au ch. 22 ci-dessus).

Conformément à l'article 36, tout Etat peut, en adhérant à la convention, déclarer qu'il n'érigera en infraction pénale la corruption d'agents publics au sens des articles 5, 9 et 11 que si le comportement de l'agent corrompu constitue une violation de ses devoirs de fonction. Pour les motifs exposés aux ch. **212.1.4** et **212.1.6**, la Suisse devra faire cette déclaration en ratifiant la convention.

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

Comme nous l'avons déjà exposé¹⁴³, la Suisse devra faire deux réserves, concernant le trafic d'influence selon l'article 12 de la convention, qui ne sera pas érigé en infraction pénale, ainsi que certains aspects de la compétence juridictionnelle (art. 17, par. 2). Ces réserves, contenues dans le projet d'arrêté portant approbation de la convention, devront être communiquées au Secrétariat général du Conseil de l'Europe au moment du dépôt de l'instrument de ratification.

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

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

¹⁴³ Cf. supra ch. **212.5** et **212.10** .

24 Protocole additionnel

241 Terminologie (art. 1 du protocole)

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

Les normes pénales actuelles relatives à la corruption de même que les anciennes¹⁴⁴ 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 opposant¹⁴⁵. Ainsi donc, la définition de l'arbitre au sens pénal telle qu'elle ressort du droit suisse correspond parfaitement à celle qu'en donne le protocole additionnel.

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

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

Le **paragraphe 4** qui reprend la teneur de l'article 1 c de la convention (définition de l'agent public étranger)¹⁴⁶, vise à garantir que, dans les cas de corruption d'envergure internationale, l'Etat qui poursuit ne puisse appliquer la définition d'arbitre ou de juré que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national.

242 Mesures à prendre sur le plan national

(art. 2 à 6 du protocole)

Le protocole additionnel oblige les Etats parties à prendre les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre de sanctionner la corruption active et passive

¹⁴⁴ Les articles 288, 315 et 316 CP qui ont été abrogés avec effet au 1^{er} mai 2000.

¹⁴⁵ Cf, notamment, Rolf Kaiser, Die Bestechung von Beamten, Diss. Zurich 1999, p. 99 s. qui renvoient à d'autres ouvrages.

¹⁴⁶ Cf. supra ch. 211.

d'arbitres nationaux (art. 2 et 3), d'arbitres étrangers (art. 4)¹⁴⁷, de jurés nationaux (art. 5) et de jurés étrangers (art. 6). Les articles 4 à 6 renvoient à la définition des infractions qui figure aux articles 2 et 3, définition qui reprend mot à mot la teneur des articles 2 et 3 de la convention. Il en résulte que, hormis la qualité de la personne impliquée dans l'acte de corruption (arbitre ou juré), le protocole additionnel ne présente aucune différence par rapport à la convention, s'agissant des obligations imposées aux Etats parties.

Ainsi que nous l'avons déjà relevé à propos de l'article 2 de la convention¹⁴⁸, les exigences posées par le protocole additionnel sont identiques à celles du code pénal suisse, notamment en ce qui concerne la notion d'avantage, l'intention et les éléments constitutifs des infractions: la corruption active et passive d'arbitres et de jurés nationaux tombe sous le coup des articles 322^{ter}/322^{quinquies} CP, pour les premiers, et 322^{quater}/322^{sexies} CP, pour les seconds¹⁴⁹. La corruption active d'arbitres et de jurés étrangers est sanctionnée par l'actuel article 322^{septies} CP¹⁵⁰, alors que la corruption passive de ces mêmes personnes sera réprimée par l'article 322^{septies}, alinéa 2, telle qu'il figure dans l'avant-projet¹⁵¹.

A l'instar de ce qui vaut pour les normes pénales de la convention, qui répriment la corruption (art. 2 à 11), les dispositions actuelles du code pénal qui sanctionnent cette infraction de même que les nouvelles dispositions qui figurent dans l'avant-projet répondent presque totalement aux exigences posées aux articles 2 à 6 du protocole. Notre droit n'est lacunaire que sur un point marginal. Il s'agit du cas où un arbitre ou un juré étranger se verrait octroyer un avantage indu en échange d'un acte administratif légal et obligatoire¹⁵². Cependant, s'agissant de la corruption des juges au sens large, ce cas ne devrait avoir aucune importance pratique puisque tant les arbitres que les jurés sont sans cesse amenés à accomplir des actes officiels dont la caractéristique est de laisser une marge d'appréciation. L'article 9, paragraphe 1 du protocole additionnel dispose que si une Partie a fait, sur la base de l'article 36 de la convention, une déclaration selon laquelle elle n'érigera en infraction pénale la corruption d'agents publics au sens de l'article 5, 9 ou 11 de la convention que dans la mesure où le comportement de l'agent public corrompu constitue une violation de ses devoirs officiels, elle peut faire une déclaration similaire concernant la corruption d'arbitres étrangers et de jurés étrangers (art. 4 et 6 du protocole additionnel). En dépit de l'importance pratique insignifiante de ce cas de figure, il apparaît approprié que la Suisse ajoute à la déclaration qu'elle fera sur la base de l'article 36 de la convention¹⁵³ une déclaration concernant les articles 4 et 6 du protocole additionnel.

¹⁴⁷ Ce qui détermine si l'arbitre est étranger n'est pas la nationalité de l'intéressé pas plus que celle des parties au litige. L'élément décisif est bien plutôt que cet arbitre exerce sa fonction sous l'empire du droit national d'un Etat autre que celui qui mène les poursuites pénales; cf. Protocole additionnel, rapport explicatif N 33.

¹⁴⁸ Cf. supra ch. 212.1.1.

¹⁴⁹ Cf. supra ch. 212.1.1 et 212.1.2.

¹⁵⁰ Cf. supra ch. 212.1.4.

¹⁵¹ Cf. supra ch. 212.2.

¹⁵² Pour de plus amples détails, cf. supra ch. 212.1.1 et 212.1.4.

¹⁵³ Cf supra ch. 23.

243 **Autres dispositions du protocole additionnel**

Aux termes de **l'article 7**, il incombe au GRECO¹⁵⁴ d'assurer également le suivi de la mise en œuvre du protocole.

L'article 8 définit les relations entre le protocole et la convention. Il dispose que les articles 2 à 6 du protocole doivent être considérés comme des articles additionnels à la convention. Quant aux dispositions de la convention elles ne sont applicables aux matières réglées par le protocole que dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de celui-ci. Pratiquement, cela signifie que, par exemple, celles des dispositions de la convention qui concernent la compétence, la responsabilité des personnes morales ou encore la coopération internationale sont également applicables aux cas de corruption d'arbitres et de jurés. Aux termes de **l'article 9**, les déclarations et réserves émises à propos de la convention produisent également effet sur l'application du protocole additionnel: ainsi que nous l'avons déjà exposé dans les détails au chiffre **242**, la déclaration faite sur la base de l'article 36 de la convention peut être étendue également aux articles 4 et 6 du protocole additionnel. En revanche, à une exception¹⁵⁵ près – qui n'a pas d'importance pour la Suisse – les réserves faites à propos de la convention valent également pour le protocole à moins que l'Etat partie concerné n'exprime une intention contraire au moment de la ratification. S'agissant de la Suisse, cette disposition concerne l'exclusion du trafic d'influence au sens de l'article 12 de la convention de même que des points mineurs concernant la compétence, au sens de l'article 17, paragraphe 2 de la convention¹⁵⁶. Des réserves supplémentaires concernant le protocole additionnel ne sont pas admises.

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

¹⁵⁴ Au sujet du GRECO, cf. supra ch. 22.

¹⁵⁵ Les réserves ad article 5 concernant la répression de la corruption d'agents publics étrangers devront, au besoin, être étendues explicitement à la corruption passive d'arbitres et de jurés étrangers (art. 4 et 6 du protocole additionnel).

¹⁵⁶ Cf. supra ch. 212.5 et 212.10.

3 Conséquences

31 Conséquences pour les finances et le personnel

L'adhésion à la convention et au protocole additionnel de même que la mise en œuvre de ces instruments sur le plan national n'auront que des conséquences financières limitées. Comme nous l'avons déjà signalé, la Suisse, en adhérant à la convention, deviendra automatiquement membre du GRECO¹⁵⁷. Selon les barèmes applicables, la contribution de la Suisse au budget de cette commission devrait atteindre, au maximum, quelque 100'000 francs par année. La participation aux conférences, l'organisation des procédures d'évaluation en Suisse ainsi que la mise à disposition d'experts pour des missions d'évaluation dans d'autres pays constituent des tâches nouvelles qui nécessiteront la création d'un poste à mi-temps au DFJP (à l'Office fédéral de la justice).

Pour le reste, le projet n'a pas d'incidence directe sur le plan des finances ou du personnel. Le renforcement de la lutte contre la corruption pourrait se traduire par une sollicitation accrue des organes de poursuite pénale de la Confédération, mais les ressources actuelles devraient suffire, du moins dans un premier temps, à maîtriser ce surcroît d'activité.

32 Conséquences économiques

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

33 Conséquences dans le secteur informatique

La ratification et l'adaptation de la législation qu'elle entraîne ne devraient pas avoir de conséquence dans le secteur informatique.

34 Conséquences pour les cantons

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

¹⁵⁷ Cf. ch. 22 ci-dessus.

4 Programme de la législature

L'adhésion de la Suisse à la convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption ne figure pas encore dans le rapport sur le Programme de la législature pour la période de 1999 à 2003. La mise en consultation du projet de ratification de cette convention figure, en revanche, dans les objectifs du Conseil fédéral pour l'année 2003 (objectif 03-5).

5 Rapports avec le droit européen

A l'heure actuelle, 20 Etats membres du Conseil de l'Europe ont déjà adhéré à cette convention. L'harmonisation – initiée par la convention – des normes pénales relatives aux différentes formes de corruption d'agents publics ou de particuliers progresse ainsi à un rythme impressionnant. Sur la base des déclarations que les Etats contractants ont faites – ou pas – au moment de ratifier la convention, l'on constate que pas moins de 17 Etats parties sanctionnent désormais dans leur droit pénal interne la corruption passive d'agents publics agissant pour un Etat étranger ou pour une organisation internationale, ainsi que la corruption passive dans le secteur privé, autant d'innovations qu'il est proposé ici d'introduire dans le droit suisse.

Il faut relever que l'Union européenne a également contribué ces dernières années à élever le débat sur la lutte contre la corruption au niveau international. En effet, le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 27 septembre 1996, l'acte établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes¹⁵⁸ qui définit les infractions de la corruption passive et active commises au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes par des fonctionnaires communautaires ou d'Etats membres et prévoit des sanctions harmonisées. Un deuxième Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes a été adopté le 19 juin 1997¹⁵⁹ qui introduit la responsabilité pénale des entreprises en ce qui concerne notamment les infractions de corruption active. Cette question y est traitée dans les mêmes termes que l'article 18 de la convention pénale du conseil de l'Europe. Le 26 mai 1997, le même Conseil a adopté une convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne¹⁶⁰ qui invite les Etats membres à ériger en infractions pénales les actes de corruption passive et active impliquant des fonctionnaires nationaux, communautaires et des autres Etats membres et de s'assurer que ces dispositions sont aussi applicables aux membres des différentes instances européennes dans l'exercice de leurs fonctions. Cette convention contient aussi des règles de coopération et d'entraide. Finalement, le Conseil discute actuellement d'un projet de décision-cadre relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé qui obligerait les Etats membres à ériger en infraction pénale les actes de corruption privée active et passive dont la définition rejoint celle prévue par la Convention pénale du Conseil de l'Europe contre la corruption. Par contre ce projet de décision-cadre envisage un catalogue de sanctions plus étendu, dans lequel on trouve notamment l'interdiction temporaire

¹⁵⁸ JO C 313 du 23.10.1996, p. 1 ss.

¹⁵⁹ JO C 221 du 19.07.1997, p. 12-22.

¹⁶⁰ JO C 195 du 25.6.1997, p. 2 ss.

d'exercer une activité professionnelle ou commerciale, pouvant aller jusqu'à la dissolution de la personne morale.

6 Constitutionnalité

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

En vertu de l'article 141, alinéa 1, lettre d, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, lorsqu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou lorsqu'ils entraînent une unification multilatérale du droit. Tant la convention que le protocole additionnel sont dénonçables en tout temps, ne prévoient pas l'adhésion à une organisation internationale et n'entraînent pas une unification multilatérale du droit. Les Etats contractants s'engagent, certes, à ce que leur droit interne réponde aux exigences minimales fixées par les deux instruments, et s'engagent donc à prendre les mesures législatives et autres nécessaires à cette fin; les deux instruments ne contiennent cependant pas de normes destinées à remplacer ou à compléter le droit national et qui pourraient être appliquées directement par les autorités de l'Etat. L'arrêté fédéral susmentionné n'est donc pas sujet au référendum facultatif au sens de l'article 141, alinéa 1, lettre d, Cst.

Lorsque l'arrêté fédéral relatif à la révision des droits populaires¹⁶¹, que le peuple et les cantons ont approuvé le 9 février 2003, sera entré en vigueur, à une date que l'Assemblée fédérale doit encore déterminer, c'est la nouvelle version de l'article 141, alinéa 1, lettre d, chiffre 3, Cst., qui déterminera si l'arrêté fédéral doit, ou non, être soumis au référendum. Pour qu'un traité international soit soumis au référendum facultatif, il ne sera plus nécessaire qu'il entraîne une unification multilatérale du droit; il suffira qu'il contienne des dispositions importantes fixant des règles de droit ou que sa mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

L'adhésion à la convention et au protocole additionnel entraîne une modification du code pénal ainsi que de la loi contre la concurrence déloyale. L'arrêté fédéral portant approbation de cette convention devra donc être soumis au référendum facultatif si, au moment de son adoption, l'article 141 Cst. révisé est déjà en vigueur.

¹⁶¹ FF 2002 p. 6026 ss.

Loi fédérale portant modification du Code pénal suisse et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale

(Corruption passive d'agents publics étrangers et corruption dans le secteur privé)

Modification du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse
vu le message du Conseil fédéral du ...¹,

arrête:

I

Les actes législatifs ci-après sont modifiés comme il suit:

1. Code pénal suisse²

Art. 100^{quater}, alinéa 2

² En cas d'infraction prévue aux articles 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} alinéa 1 ou encore à l'article 4a, alinéa 1, lettre a de la loi fédérale du 19 décembre 1986³ contre la concurrence déloyale, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

Art. 322^{septies}, alinéa 2 (nouveau)

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, ...

¹ FF

² RS 311.0

³ RS 241

2. Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale⁴

Art. 4, let. b

Abrogée

Art. 4a Corruption active et passive (nouveau)

¹Agit 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.

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

Art. 23 Concurrence déloyale

Celui qui, intentionnellement, se sera rendu coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6, sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende jusqu'à 100 000 francs. Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10.

II

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Arrêté fédéral concernant la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et le Protocole additionnel à ladite convention

du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu les articles 54, alinéa 1 et 166, alinéa, 2 de la Constitution fédérale,
vu le message du Conseil fédéral du...¹

arrête:

Art. 1

¹ La Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption du 27 janvier 1999 et le Protocole additionnel du 15 mai 2003 sont approuvés.

² L'approbation de la convention est subordonnée à la condition que, lors de la ratification, le Conseil fédéral fasse la déclaration prévue à l'article 2 et formule les réserves prévues à l'article 3.

³ L'approbation du protocole additionnel est subordonnée à la condition que, lors de la ratification, le Conseil fédéral fasse la déclaration prévue à l'article 4.

Art. 2

La déclaration qui sera faite par la Suisse sur la base de l'article 36 de la convention a la teneur suivante:

La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera les infractions au sens des articles 5, 9 et 11 de la convention que dans la mesure où le comportement du corrupteur ou de la personne corrompue est contraire à ses devoirs ou constitue un acte ou l'omission d'un acte relevant de son pouvoir d'appréciation.

Art. 3

Les réserves qui seront formulées par la Suisse sur la base de l'article 37 de la convention ont la teneur suivante:

Ad article 12:

La Suisse se réserve le droit de n'appliquer l'article 12 de la convention que dans la mesure où les faits qu'il vise constituent une infraction selon le droit suisse.

Ad article 17:

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

¹ FF ...

Art. 4

La déclaration qui sera faite par la Suisse sur la base de l'article 9 du Protocole additionnel a la teneur suivante:

La Suisse déclare qu'elle ne sanctionnera les infractions au sens des articles 4 et 6 du protocole additionnel que dans la mesure où le comportement du corrupteur ou de la personne corrompue est contraire à ses devoirs ou constitue un acte ou l'omission d'un acte relevant de son pouvoir d'appréciation

Art. 5

Le Conseil fédéral est autorisé à ratifier la convention et le protocole additionnel en faisant les déclarations et en formulant les réserves prévues aux articles 2, 3 et 4.

Art. 6

Le présent arrêté n'est pas sujet au référendum en matière de traités internationaux

Annexe

Texte original français de la convention et du protocole additionnel



Série des traités européens - n° 173

CONVENTION PÉNALE
SUR LA CORRUPTION

Strasbourg, 27.I.1999

Préambule

Les Etats membres du Conseil de l'Europe et les autres Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres;

Reconnaissant l'importance de renforcer la coopération avec les autres Etats signataires de la présente Convention;

Convaincus de la nécessité de poursuivre, en tant que priorité, une politique pénale commune tendant à la protection de la société contre la corruption, y compris par l'adoption d'une législation appropriée et des mesures préventives adéquates;

Soulignant que la corruption constitue une menace pour la prééminence du droit, la démocratie et les droits de l'homme, sape les principes de bonne administration, d'équité et de justice sociale, fausse la concurrence, entrave le développement économique et met en danger la stabilité des institutions démocratiques et les fondements moraux de la société;

Convaincus que l'efficacité de la lutte contre la corruption passe par une coopération internationale pénale intensifiée, rapide et adaptée en matière pénale;

Se félicitant des développements récents qui contribuent à améliorer la prise de conscience et la coopération au niveau international dans la lutte contre la corruption, y compris des actions menées par les Nations Unies, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation des Etats américains, l'OCDE et l'Union européenne;

Eu égard au Programme d'action contre la corruption, adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en novembre 1996, à la suite des recommandations de la 19^e Conférence des ministres européens de la Justice (La Valette, 1994);

Rappelant dans ce contexte l'importance de la participation des Etats non membres aux activités du Conseil de l'Europe contre la corruption et se félicitant de leur contribution précieuse à la mise en œuvre du Programme d'action contre la corruption;

Rappelant en outre que la Résolution n° 1 adoptée par les ministres européens de la Justice lors de leur 21^e Conférence (Prague, 1997) appelle à la mise en œuvre rapide du Programme d'action contre la corruption et recommande, en particulier, l'élaboration d'une convention pénale sur la

corruption prévoyant l'incrimination coordonnée des infractions de corruption, une coopération renforcée dans la poursuite de telles infractions et un mécanisme de suivi efficace ouvert aux Etats membres et aux Etats non membres sur un pied d'égalité;

Gardant à l'esprit que les chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe ont décidé, lors de leur Deuxième Sommet qui s'est tenu à Strasbourg les 10 et 11 octobre 1997, de rechercher des réponses communes aux défis posés par l'extension de la corruption et ont adopté un Plan d'action qui, visant à promouvoir la coopération dans la lutte contre la corruption, y compris ses liens avec le crime organisé et le blanchiment de l'argent, charge le Comité des Ministres notamment de conclure rapidement les travaux d'élaboration d'instruments juridiques internationaux, conformément au Programme d'action contre la corruption;

Considérant de surcroît que la Résolution (97) 24 portant sur les 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption, adoptée le 6 novembre 1997 par le Comité des Ministres à l'occasion de sa 101e Session, souligne la nécessité de conclure rapidement l'élaboration d'instruments juridiques internationaux, en exécution du Programme d'action contre la corruption,

Eu égard à l'adoption lors de la 102ème session du Comité des Ministres, le 4 mai 1998, de la Résolution (98) 7 portant autorisation de créer l'Accord partiel élargi établissant le «Groupe d'Etats contre la Corruption - GRECO», institution qui a pour objet d'améliorer la capacité de ses membres à lutter contre la corruption en veillant à la mise en œuvre de leurs engagements dans ce domaine,

Sont convenus de ce qui suit:

Chapitre I - Terminologie

Article 1 - Terminologie

Aux fins de la présente Convention:

- a l'expression «agent public» est interprétée par référence à la définition de «fonctionnaire», «officier public», «maire», «ministre» ou «juge» dans le droit national de l'Etat dans lequel la personne en question exerce cette fonction et telle qu'elle est appliquée dans son droit pénal;
- b le terme «juge» qui figure à l'alinéa a ci-dessus comprend les membres du ministère public et les personnes exerçant des fonctions judiciaires;

- c dans le cas de poursuites impliquant un agent public d'un autre Etat, l'Etat qui poursuit ne peut appliquer la définition d'agent public que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national;
- d «personne morale» s'entend de toute entité ayant ce statut en vertu du droit national applicable, exception faite des Etats ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Article 2 – Corruption active d’agents publics nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l’acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d’offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à l’un de ses agents publics, pour lui-même ou pour quelqu’un d’autre, afin qu’il accomplisse ou s’abstienne d’accomplir un acte dans l’exercice de ses fonctions.

Article 3 – Corruption passive d’agents publics nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l’acte a été commis intentionnellement, le fait pour un de ses agents publics de solliciter ou de recevoir, directement ou indirectement, tout avantage indu pour lui-même ou quelqu’un d’autre ou d’en accepter l’offre ou la promesse afin d’accomplir ou de s’abstenir d’accomplir un acte dans l’exercice de ses fonctions.

Article 4 – Corruption de membres d’assemblées publiques nationales

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu’ils impliquent toute personne membre d’une quelconque assemblée publique nationale exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs.

Article 5 – Corruption d’agents publics étrangers

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu’ils impliquent un agent public de tout autre Etat.

Article 6 – Corruption de membres d’assemblées publiques étrangères

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés aux articles 2 et 3 lorsqu’ils impliquent toute personne membre d’une quelconque assemblée publique exerçant des pouvoirs législatifs ou administratifs de tout autre Etat.

Article 7 – Corruption active dans le secteur privé

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait de promettre d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.

Article 8 - Corruption passive dans le secteur privé

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait pour toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.

Article 9 - Corruption de fonctionnaires internationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent toute personne qui a la qualité de fonctionnaire ou d'agent contractuel, au sens du statut des agents, de toute organisation publique internationale ou supranationale dont la Partie est membre, ainsi que toute personne, qu'elle soit détachée ou non auprès d'une telle organisation, qui exerce des fonctions correspondant à celles desdits fonctionnaires ou agents.

Article 10 - Corruption de membres d'assemblées parlementaires internationales

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes visés à l'article 4 lorsqu'ils impliquent toute personne membre d'une assemblée parlementaire d'une organisation internationale ou supranationale dont la Partie est membre.

Article 11 - Corruption de juges et d'agents de cours internationales

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 lorsqu'ils impliquent toute personne exerçant des fonctions judiciaires au sein d'une cour

internationale dont la compétence est acceptée par la Partie ou tout fonctionnaire au greffe d'une telle cour.

Article 12 - Trafic d'influence

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à titre de rémunération à quiconque affirme ou confirme être capable d'exercer une influence sur la prise de décision de toute personne visée aux articles 2, 4 à 6 et 9 à 11, que l'avantage indu soit pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, ainsi que le fait de solliciter, de recevoir ou d'en accepter l'offre ou la promesse à titre de rémunération pour ladite influence, que l'influence soit ou non exercée ou que l'influence supposée produise ou non le résultat recherché.

Article 13 - Blanchiment du produit des délits de la corruption

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés dans la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), à l'article 6, paragraphes 1 et 2, dans les conditions y prévues, lorsque l'infraction principale est constituée par l'une des infractions établies en vertu des articles 2 à 12 de la présente Convention, dans la mesure où la Partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration à l'égard de ces infractions ou ne considère pas ces infractions comme des infractions graves au regard de la législation relative au blanchiment de l'argent.

Article 14 - Infractions comptables

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction passible de sanctions pénales ou autres types de sanctions, conformément à son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement, les actes ou omissions suivants, destinés à commettre, dissimuler ou déguiser des infractions visées par les articles 2 à 12, dans la mesure où la Partie n'a pas formulé de réserve ou de déclaration:

- a établir ou utiliser une facture ou tout autre document ou écriture comptable qui contient des informations fausses ou incomplètes;
- b omettre de manière illicite de comptabiliser un versement.

Article 15 - Actes de participation

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, tout acte de complicité d'une des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention.

Article 16 - Immunité

Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux dispositions de tout traité, protocole ou statut, ainsi que de leurs textes d'application, en ce qui concerne la levée de l'immunité.

Article 17 - Compétence

- 1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence relativement à une infraction pénale établie en vertu des articles 2 à 14 de la présente Convention, lorsque:
 - a l'infraction est commise en tout ou en partie sur son territoire;
 - b l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants, un de ses agents publics ou un de ses membres d'assemblées publiques nationales;
 - c l'infraction implique l'un de ses agents publics ou membres de ses assemblées publiques nationales ou toute personne visée aux articles 9 à 11, qui est en même temps un de ses ressortissants.
- 2 Chaque Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, dans une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, préciser qu'il se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux paragraphes 1 b et c du présent article ou une partie quelconque de ces paragraphes.
- 3 Lorsqu'une Partie a fait usage de la possibilité de réserve prévue au paragraphe 2 du présent article, elle adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence relativement aux infractions pénales, établies en vertu de la présente Convention, lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie au seul titre de sa nationalité, après une demande d'extradition.
- 4 La présente Convention n'exclut pas l'exercice par une Partie de toute compétence pénale établie conformément à son droit interne.

Article 18 - Responsabilité des personnes morales

- 1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour s'assurer que les personnes morales puissent être tenues pour responsables des infractions de corruption active, de trafic d'influence et de blanchiment de capitaux établies en vertu de la présente Convention, lorsqu'elles sont commises pour leur compte par toute personne physique, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur les bases suivantes:
 - un pouvoir de représentation de la personne morale; ou
 - une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale; ou
 - une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale;ainsi que de la participation d'une telle personne physique en qualité de complice ou d'instigatrice à la commission des infractions mentionnées ci-dessus.
- 2 Abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité.

- 3 La responsabilité de la personne morale en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigatrices ou complices des infractions mentionnées au paragraphe 1.

Article 19 - Sanctions et mesures

- 1 Compte tenu de la gravité des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention, chaque Partie prévoit, à l'égard des infractions établies conformément aux articles 2 à 14, des sanctions et des mesures effectives, proportionnées et dissuasives incluant, lorsqu'elles sont commises par des personnes physiques, des sanctions privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition.
- 2 Chaque Partie s'assure qu'en cas de responsabilité établie en vertu de l'article 18, paragraphes 1 et 2, les personnes morales soient passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris des sanctions pécuniaires.
- 3 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer ou de priver autrement des instruments et des produits des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention, ou des biens dont la valeur correspond à ces produits.

Article 20 - Autorités spécialisées

Chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour que des personnes ou des entités soient spécialisées dans la lutte contre la corruption. Elles disposeront de l'indépendance nécessaire, dans le cadre des principes fondamentaux du système juridique de la Partie, pour pouvoir exercer leurs fonctions efficacement et libres de toute pression illicite. Les Parties veillent à ce que le personnel desdites entités dispose d'une formation et des ressources financières adaptées aux fonctions qu'elles exercent.

Article 21 - Coopération entre autorités nationales

Chaque Partie adopte les mesures appropriées qui se révèlent nécessaires pour s'assurer que les autorités publiques, ainsi que tout agent public, coopèrent, en conformité avec le droit national, avec les autorités chargées des investigations et poursuites des infractions pénales:

- a en informant les autorités en question, de leur propre initiative, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de considérer que l'une des infractions pénales établies en vertu des articles 2 à 14 a été commise; ou

- b en fournissant, sur demande, aux autorités en question toutes les informations nécessaires.

Article 22 – Protection des collaborateurs de justice et des témoins

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour assurer une protection effective et appropriée:

- a aux personnes qui fournissent des informations concernant des infractions pénales établies en vertu des articles 2 à 14 ou qui collaborent d'une autre manière avec les autorités chargées des investigations ou des poursuites ;
- b aux témoins qui font une déposition concernant de telles infractions.

Article 23 – Mesures visant à faciliter la collecte de preuves et la confiscation des produits

- 1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres, y compris celles permettant l'utilisation de techniques d'investigation spéciales conformément à la législation nationale, qui se révèlent nécessaires pour faciliter la collecte de preuves relatives aux infractions pénales établies en vertu des articles 2 à 14 et pour lui permettre d'identifier, de rechercher, de geler et de saisir les instruments et les produits de la corruption ou des biens dont la valeur correspond à ces produits, susceptibles de faire l'objet de mesures aux termes du paragraphe 3 de l'article 19 de la présente Convention.
- 2 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour habilitier ses tribunaux ou ses autres autorités compétentes à ordonner la communication ou la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux afin de mettre en œuvre les mesures visées au paragraphe 1 du présent article.
- 3 Le secret bancaire ne constitue pas un obstacle aux mesures définies aux paragraphes 1 et 2 du présent article.

Chapitre III – Suivi de la mise en œuvre

Article 24 – Suivi

Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) assure le suivi de la mise en œuvre de la présente Convention par les Parties.

Chapitre IV – Coopération internationale

Article 25 – Principes généraux et mesures s'appliquant à la coopération internationale

- 1 Les Parties coopèrent, conformément aux dispositions des instruments internationaux pertinents sur la coopération internationale en matière pénale ou aux arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques et à leur droit national, dans la mesure la plus large possible les unes avec les autres, aux fins d'investigations et de procédures concernant les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente Convention.
- 2 Lorsque aucun instrument international ou arrangement parmi ceux visés au paragraphe 1 ci-dessus n'est en vigueur entre les Parties, les articles 26 à 31 du présent chapitre s'appliquent.
- 3 Les articles 26 à 31 du présent chapitre s'appliquent également lorsqu'ils sont plus favorables que les dispositions contenues dans les instruments internationaux ou arrangements visés au paragraphe 1 ci-dessus.

Article 26 - Entraide

- 1 Les Parties s'accordent l'entraide la plus large possible pour traiter sans délai des requêtes émanant des autorités qui sont habilitées, en vertu de leurs lois nationales, à enquêter sur ou à poursuivre les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente Convention.
- 2 L'entraide au sens du paragraphe 1 du présent article peut être refusée si la Partie requise considère que le fait d'accéder à la demande serait de nature à porter atteinte à ses intérêts fondamentaux, à la souveraineté nationale, à la sécurité nationale ou à l'ordre public.
- 3 Les Parties ne sauraient invoquer le secret bancaire pour justifier leur refus de coopérer en vertu du présent chapitre. Lorsque son droit interne l'exige, une Partie peut exiger qu'une demande de coopération qui impliquerait la levée du secret bancaire soit autorisée, soit par un juge, soit par une autre autorité judiciaire, y compris le ministère public, ces autorités agissant en matière d'infractions pénales.

Article 27 - Extradition

- 1 Les infractions pénales relevant du champ d'application de la présente Convention sont considérées comme incluses dans tout traité d'extradition en vigueur entre les Parties en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition. Les Parties s'engagent à inclure ces infractions dans tout traité d'extradition qu'elles concluront en tant qu'infractions donnant lieu à l'extradition.
- 2 Si une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition d'une Partie avec laquelle elle n'a pas conclu pareil traité, elle peut considérer la présente Convention comme base

légale de l'extradition pour toutes les infractions établies conformément à la présente Convention.

- 3 Les Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions établies conformément à la présente Convention en tant qu'infractions donnant lieu à extradition.
- 4 L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit de la Partie requise ou par les traités d'extradition applicables, y compris les motifs pour lesquels la Partie requise peut refuser l'extradition.
- 5 Si l'extradition demandée à raison d'une infraction établie conformément à la présente Convention est refusée uniquement sur la base de la nationalité de la personne qui fait l'objet de la requête, ou parce que la Partie requise se considère compétente en l'espèce, la Partie requise soumet l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites, sauf si d'autres dispositions ont été convenues avec la Partie requérante, et l'informe en temps opportun du résultat définitif.

Article 28 - Informations spontanées

Sans préjudice de ses propres investigations ou procédures, une Partie peut, sans demande préalable, communiquer à une autre Partie des informations factuelles lorsqu'elle considère que la divulgation desdites informations est susceptible d'aider la Partie bénéficiaire à entamer ou à effectuer des investigations ou des poursuites concernant les infractions établies en vertu de la présente Convention ou est susceptible d'entraîner une requête de cette Partie au sens du présent chapitre.

Article 29 - Autorité centrale

- 1 Les Parties désignent une autorité centrale ou, au besoin, plusieurs autorités centrales, chargée(s) d'envoyer les demandes formulées en vertu du présent chapitre, d'y répondre, de les exécuter ou de les transmettre aux autorités qui ont compétence pour les exécuter.
- 2 Chaque Partie communique au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la dénomination et l'adresse des autorités désignées en application du paragraphe 1 du présent article.

Article 30 - Correspondance directe

- 1 Les autorités centrales communiquent directement entre elles.
- 2 En cas d'urgence, les demandes d'entraide judiciaire ou communications y relatives peuvent être envoyées directement par les autorités judiciaires, y

compris le ministère public, de la Partie requérante à de telles autorités de la Partie requise. En pareil cas, une copie doit être envoyée simultanément à l'autorité centrale de la Partie requise par l'intermédiaire de l'autorité centrale de la Partie requérante.

- 3 Toute demande ou communication formulée en application des paragraphes 1 et 2 du présent article peut être présentée par l'intermédiaire de l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol).
- 4 Si une demande est présentée en vertu du paragraphe 2 du présent article et si l'autorité saisie n'est pas compétente pour y donner suite, elle la transmet à l'autorité compétente de son pays et en informe directement la Partie requérante.
- 5 Les demandes ou communications, présentées en vertu du paragraphe 2 du présent chapitre, qui n'impliquent pas de mesures coercitives, peuvent être transmises directement par l'autorité compétente de la Partie requérante à l'autorité compétente de la Partie requise.
- 6 Chaque Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe que, dans un souci d'efficacité, les demandes formulées en application de ce chapitre doivent être adressées à son autorité centrale.

Article 31 - Information

La Partie requise informe sans délai la Partie requérante de la suite donnée aussitôt à une demande formulée en vertu du présent chapitre et du résultat définitif de la suite donnée à la demande. La Partie requise informe également sans délai la Partie requérante de toutes circonstances rendant impossible l'exécution des mesures sollicitées ou risquant de la retarder considérablement.

Chapitre V - Dispositions finales

Article 32 - Signature et entrée en vigueur

- 1 La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe et des Etats non membres qui ont participé à son élaboration. Ces Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par:
 - a signature sans réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation; ou

- b signature sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, suivie de ratification, d'acceptation ou d'approbation.
- 2 Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.
 - 3 La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle quatorze Etats auront exprimé leur consentement à être liés par la Convention, conformément aux dispositions du paragraphe 1. Un tel Etat qui n'est pas membre du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) au moment de la ratification le deviendra automatiquement le jour de l'entrée en vigueur de la présente Convention.
 - 4 Pour tout Etat signataire qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par la Convention, celle-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de l'expression de son consentement à être lié par la Convention conformément aux dispositions du paragraphe 1. Un Etat signataire non membre du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) au moment de la ratification le deviendra automatiquement le jour de l'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard.

Article 33 - Adhésion à la Convention

- 1 Après l'entrée en vigueur de la présente Convention, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pourra, après avoir consulté les Etats contractants à la Convention, inviter la Communauté européenne ainsi que tout Etat non membre du Conseil n'ayant pas participé à son élaboration à adhérer à la présente Convention par une décision prise à la majorité prévue à l'article 20.d du Statut du Conseil de l'Europe et à l'unanimité des représentants des Etats contractants ayant le droit de siéger au Comité des Ministres.
- 2 Pour la Communauté européenne et pour tout Etat adhérent, la Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt de l'instrument d'adhésion près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. La Communauté européenne et tout Etat adhérent deviendront automatiquement membres du GRECO, s'ils ne le sont pas déjà au moment de l'adhésion, le jour de l'entrée en vigueur de la présente Convention à leur égard.

Article 34 - Application territoriale

- 1 Tout Etat pourra, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou

d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera la présente Convention.

- 2 Toute Partie pourra, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, étendre l'application de la présente Convention à tout autre territoire désigné dans la déclaration. La Convention entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite déclaration par le Secrétaire Général.
- 3 Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.

Article 35 - Relations avec d'autres conventions et accords

- 1 La présente Convention ne porte pas atteinte aux droits et obligations découlant de conventions internationales multilatérales concernant des questions particulières.
- 2 Les Parties à la Convention pourront conclure entre elles des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux questions réglées par la présente Convention, aux fins de compléter ou de renforcer les dispositions de celle-ci ou pour faciliter l'application des principes qu'elle consacre.
- 3 Lorsque deux ou plusieurs Parties ont déjà conclu un accord ou un traité sur un sujet couvert par la présente Convention, ou lorsqu'elles ont établi d'une autre manière leurs relations quant à ce sujet, elles auront la faculté d'appliquer ledit accord, traité ou arrangement au lieu de la présente Convention, dès lors qu'il facilite la coopération internationale.

Article 36 - Déclarations

Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il érigeria en infraction pénale la corruption active et passive d'agents publics étrangers au sens de l'article 5, de fonctionnaires internationaux au sens de l'article 9 ou de juges et d'agents de cours internationales au sens de l'article 11, uniquement dans la mesure où l'agent public ou le juge accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels.

Article 37 - Réserves

- 1 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il n'érigeria pas en infractions pénales conformément à son droit interne, en tout ou en partie, les actes visés aux articles 4, 6 à 8, 10 et 12 ou les infractions de corruption passive visées à l'article 5.
- 2 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il fait usage de la réserve figurant à l'article 17, paragraphe 2.
- 3 Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il peut refuser une demande d'entraide judiciaire en vertu de l'article 26, paragraphe 1, si la demande concerne une infraction que la Partie requise considère comme une infraction politique.
- 4 Un Etat ne peut pas, en application des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article, faire des réserves à plus de cinq des dispositions mentionnées auxdits paragraphes. Aucune autre réserve n'est admise. Les réserves de même nature relatives aux articles 4, 6 et 10 seront considérées comme une seule réserve.

Article 38 - Validité et examen des déclarations et réserves

- 1 Les déclarations prévues à l'article 36 et les réserves prévues à l'article 37 sont valables trois ans à compter du premier jour de l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat concerné. Toutefois, ces réserves peuvent être renouvelées pour des périodes de la même durée.
- 2 Douze mois avant l'expiration de la déclaration ou réserve, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe informe l'Etat concerné de cette expiration. Trois mois avant la date d'expiration, l'Etat notifie au Secrétaire Général son intention de maintenir, de modifier ou de retirer la déclaration ou la réserve. Dans le cas contraire, le Secrétaire Général

informe cet Etat que sa déclaration ou réserve est automatiquement prolongée pour une période de six mois. Si l'Etat concerné ne notifie pas sa décision de maintenir ou modifier ses réserves avant l'expiration de cette période, la ou les réserves tombent.

- 3 Lorsqu'une Partie formule une déclaration ou une réserve conformément aux articles 36 et 37, elle fournit, avant son renouvellement ou sur demande, des explications au GRECO quant aux motifs justifiant son maintien.

Article 39 - Amendements

- 1 Des amendements à la présente Convention peuvent être proposés par chaque Partie et toute proposition sera communiquée par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aux Etats membres du Conseil de l'Europe et à chaque Etat non membre qui a adhéré ou a été invité à adhérer à la présente Convention conformément aux dispositions de l'article 33.
- 2 Tout amendement proposé par une Partie est communiqué au Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) qui soumet au Comité des Ministres son avis sur l'amendement proposé.
- 3 Le Comité des Ministres examine l'amendement proposé et l'avis soumis par le CDPC et, après consultation des Etats non membres parties à la présente Convention, peut adopter l'amendement.
- 4 Le texte de tout amendement adopté par le Comité des Ministres conformément au paragraphe 3 du présent article est transmis aux Parties pour acceptation.
- 5 Tout amendement adopté conformément au paragraphe 3 du présent article entrera en vigueur le trentième jour après que toutes les Parties auront informé le Secrétaire Général qu'elles l'ont accepté.

Article 40 - Règlement des différends

- 1 Le Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe sera tenu informé de l'interprétation et de l'application de la présente Convention.
- 2 En cas de différend entre les Parties sur l'interprétation ou l'application de la présente Convention, les Parties s'efforceront de parvenir à un règlement du différend par la négociation ou tout autre moyen pacifique de leur choix, y compris la soumission du différend au Comité européen pour les problèmes criminels, à un tribunal arbitral qui prendra des décisions qui lieront les Parties au différend, ou à la Cour internationale de justice, selon un accord commun entre les Parties concernées.

Article 41 - Dénonciation

- 1 Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer la présente Convention en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.
- 2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

Article 42 - Notifications

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera aux Etats membres du Conseil de l'Europe et à tout Etat ayant adhéré à la présente Convention:

- a toute signature;
- b le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;
- c toute date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à ses articles 32 et 33;
- d toute déclaration ou réserve en vertu de l'article 36 ou de l'article 37;
- e tout autre acte, notification ou communication ayant trait à la présente Convention.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé la présente Convention.

Fait à Strasbourg, le 27 janvier 1999, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des Etats membres du Conseil de l'Europe, aux Etats non membres qui ont participé à l'élaboration de la Convention et à tout Etat invité à y adhérer.

Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption

[Strasbourg], [15.V.2003]

Les Etats membres du Conseil de l'Europe et les autres Etats signataires du présent Protocole,
 Considérant qu'il est opportun de compléter la Convention pénale sur la corruption (STE n° 173, dénommée ci-après «la Convention») afin de prévenir et de lutter contre la corruption;
 Considérant également que le présent Protocole permettra une mise en œuvre plus large du Programme d'action contre la corruption de 1996,
 Sont convenus de ce qui suit:

Chapitre I – Terminologie

Article 1 – Terminologie

Aux fins du présent Protocole:

1 Le terme «*arbitre*» doit être considéré par référence au droit national de l'Etat partie au présent Protocole, mais, en tout état de cause, doit inclure une personne qui, en raison d'un accord d'arbitrage, est appelée à rendre une décision juridiquement contraignante sur un litige qui lui est soumis par les parties à ce même accord.

2 Le terme «*accord d'arbitrage*» désigne un accord reconnu par le droit national et par lequel les parties conviennent de soumettre un litige à un arbitre pour décision.

3 Le terme «*juré*» doit être considéré par référence au droit national de l'Etat partie au présent Protocole, mais en tout état de cause, doit inclure une personne agissant en tant que membre non professionnel d'un organe collégial chargé de se prononcer dans le cadre d'un procès pénal sur la culpabilité d'un accusé.

4 Dans le cas de poursuites impliquant un arbitre ou un juré étranger, l'Etat qui poursuit ne peut appliquer la définition d'arbitre ou de juré que dans la mesure où cette définition est compatible avec son droit national.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

Article 2 – Corruption active d'arbitres nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à un arbitre exerçant ses fonctions sous l'empire du droit national sur l'arbitrage de cette Partie, pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions.

Article 3 – Corruption passive d’arbitres nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l’acte a été commis intentionnellement, le fait pour un arbitre exerçant ses fonctions sous l’empire du droit national sur l’arbitrage de cette Partie, de solliciter ou de recevoir, directement ou indirectement, tout avantage indu pour lui-même ou quelqu’un d’autre ou d’en accepter l’offre ou la promesse afin qu’il accomplisse ou s’abstienne d’accomplir un acte dans l’exercice de ses fonctions.

Article 4 – Corruption d’arbitres étrangers

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 du présent Protocole, lorsqu’ils impliquent un arbitre exerçant ses fonctions sous l’empire du droit national sur l’arbitrage de tout autre Etat.

Article 5 – Corruption de jurés nationaux

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 du présent Protocole, lorsqu’ils impliquent toute personne exerçant les fonctions de juré au sein de son système judiciaire.

Article 6 – Corruption de jurés étrangers

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les actes mentionnés aux articles 2 et 3 du présent Protocole, lorsqu’ils impliquent toute personne exerçant les fonctions de juré au sein du système judiciaire de tout autre Etat.

Chapitre III – Suivi de la mise en œuvre et dispositions finales

Article 7 – Suivi de la mise en œuvre

Le Groupe d’Etats contre la corruption (GRECO) assure le suivi de la mise en œuvre du présent Protocole par les Parties.

Article 8 – Relations avec la Convention

1 Les Etats parties considèrent les dispositions des articles 2 à 6 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention.

2 Les dispositions de la Convention sont applicables dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions du présent Protocole.

Article 9 – Déclarations et réserves

1 Si une Partie a fait une déclaration sur la base de l'article 36 de la Convention, elle peut faire une déclaration similaire concernant les articles 4 et 6 du présent Protocole au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2 Si une Partie a fait une réserve sur la base de l'article 37, paragraphe 1, de la Convention limitant l'application des infractions de corruption passive visées à l'article 5 de la Convention, elle peut faire une réserve similaire concernant les articles 4 et 6 du présent Protocole, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Toute autre réserve faite par une Partie sur la base de l'article 37 de la Convention s'applique également au présent Protocole, à moins que cette Partie n'exprime l'intention contraire au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

3 Aucune autre réserve n'est admise.

Article 10 – Signature et entrée en vigueur

1 Le présent Protocole est ouvert à la signature des Etats qui ont signé la Convention. Ces Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par:

a signature sans réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation; ou

b signature sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, suivie de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

2 Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

3 Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle cinq Etats auront exprimé leur consentement à être liés par le Protocole, conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus, et seulement après que la Convention elle-même soit entrée en vigueur.

4 Pour tout Etat signataire qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de l'expression de son consentement à être lié par le Protocole, conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus.

5 Un Etat signataire ne pourra ratifier, accepter ou approuver le présent Protocole sans avoir simultanément ou préalablement exprimé son consentement à être lié par la Convention.

Article 11 – Adhésion au Protocole

1 Tout Etat ou la Communauté européenne qui a adhéré à la Convention pourra adhérer au présent Protocole après que celui-ci soit entré en vigueur.

2 Pour tout Etat ou la Communauté européenne adhérent au présent Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt d'un instrument d'adhésion près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 12 – Application territoriale

1 Tout Etat ou la Communauté européenne peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole.

2 Toute Partie peut, à tout autre moment par la suite, étendre l'application du présent Protocole, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, à tout autre territoire désigné dans la déclaration et dont il assure les relations internationales ou pour lequel il est habilité à stipuler. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite déclaration par le Secrétaire Général.

3 Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.

Article 13 – Dénonciation

1 Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer le présent Protocole en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de ladite notification par le Secrétaire Général.

3 La dénonciation de la Convention entraînera automatiquement la dénonciation du présent Protocole.

Article 14 – Notification

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera aux Etats membres du Conseil de l'Europe et à tout Etat, ou à la Communauté européenne, ayant adhéré au présent Protocole:

a toute signature de ce Protocole;

b le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

c toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à ses articles 10, 11 et 12;

d toute déclaration ou réserve formulée en vertu des articles 9 et 12;

e tout autre acte, notification ou communication ayant trait au présent Protocole.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

Fait à [Strasbourg], le [15 mai 2003], en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacune des Parties signataires et adhérentes.