

**Rapport explicatif
concernant la modification du code pénal et du code pénal
militaire
(Dispositions pénales incriminant la corruption)**

du 15 mai 2013

Condensé

Dans l'ensemble, les normes pénales incriminant la corruption, introduites en 2000 et 2006, ont fait leurs preuves. Il est toutefois devenu nécessaire d'apporter certains correctifs, en particulier dans le domaine de la corruption privée, qui doit dorénavant être poursuivie d'office et incriminée dans le Code pénal, afin de clarifier sa portée et signaler que, à l'instar de la corruption d'agents publics, la corruption dans le secteur privé n'est pas acceptable.

Contexte

La Suisse appartient aux pays qui sont parmi les plus épargnés par le phénomène de la corruption et ses normes pénales réprimant la corruption sont adéquates dans l'ensemble. Ce constat global est confirmé par les institutions intergouvernementales spécialisées du Conseil de l'Europe, de l'OCDE et de l'ONU, dans le cadre de leurs évaluations mutuelles.

La Suisse possède toutefois aussi certaines caractéristiques qui exigent une attention particulière. Son économie est largement globalisée et très engagée sur les marchés internationaux, où les standards en matière de lutte contre la corruption sont parfois déficients. Par ailleurs, la Suisse abrite de nombreuses fédérations sportives internationales qui gèrent souvent des intérêts économiques et financiers très importants et dont les décisions sont parfois entachées par des scandales de corruption.

Dans ce contexte, certains points spécifiques des normes suisses incriminant la corruption font l'objet de critiques ponctuelles mais assez régulières, notamment au sein du Parlement ainsi que de la part d'instances internationales.

Si, dans l'ensemble, le dispositif général de lutte contre la corruption a fait ses preuves, il est devenu nécessaire d'apporter certains correctifs au vu des développements de ces dernières années et de l'évolution au niveau international.

Contenu du projet

En premier lieu, la corruption privée doit dorénavant être poursuivie d'office. Actuellement, la corruption privée est seulement poursuivie sur plainte. Il existe pourtant bien souvent un intérêt public prépondérant à poursuivre la corruption privée. Au-delà des intérêts financiers privés, la corruption privée peut par exemple porter atteinte à la santé et à la sécurité publiques si des activités commerciales dans ce domaine sont entachées de corruption. On peut également penser aux grands intérêts en jeu, y compris d'importants subventionnements publics, lorsque des événements sportifs de renommée planétaire sont attribués.

En deuxième lieu, la portée concrète de l'infraction de corruption privée doit être clarifiée. Une controverse a notamment surgi suite à des soupçons de corruption entachant la procédure d'attribution par la FIFA des Coupes du monde de football 2018 et 2022. Déjà en 2004, le Conseil fédéral considérait qu'il était douteux que le droit actuel couvre les actes de corruption dans le cadre de l'attribution de manifestations sportives.

Ce manque de clarté découle principalement de la systématique de l'infraction de corruption privée, qui est insérée dans le droit sur la concurrence déloyale, créant ainsi un lien entre cette infraction et la notion de concurrence déloyale. Or, ce lien est de moins en moins convaincant, car des comportements semblables sont punissables ou non suivant le contexte (situation de concurrence ou non). Par exemple, lorsque le comportement corruptif n'interfère pas dans le jeu de la concurrence, parce qu'il intervient dans un contexte de monopole ou parce que la corruption ne porte pas sur l'acquisition d'un marché, mais intervient après la conclusion du contrat, la corruption privée n'est pas punissable.

En conséquence, l'infraction de corruption privée doit être détachée de la notion de concurrence déloyale et constituer une infraction autonome dans le Code pénal. Cela permettra aussi de clarifier la position des fédérations sportives internationales.

En dernier lieu, la portée des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, incriminant l'octroi, respectivement l'acceptation d'un avantage indu par un agent public, doit être légèrement étendue. Cela permettra de couvrir également le fait d'accorder des avantages indus à un tiers avec l'intention d'influencer un agent public. Ce comportement nuit en effet aux exigences de transparence et d'intégrité de l'agent public concerné. Il est donc nécessaire d'étendre le champ d'application des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP au cas où l'avantage indu profite à un tiers et pas seulement à l'agent public concerné, comme c'est le cas actuellement. Cette extension s'impose également en vertu des obligations juridiquement contraignantes découlant de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe. Les dispositions correspondantes du Code pénal militaire (art. 141a, al. 1, et 143, al. 1, CPM) seront par ailleurs modifiées de manière semblable.

Table des matières

| | |
|--|------------|
| Condensé | 2 |
| 1 Présentation du projet | 5 |
| 1.1 Contexte | 5 |
| 1.1.1 La problématique de la corruption et son évolution | 5 |
| 1.1.2 Situation globale en Suisse | 5 |
| 1.1.3 Points spécifiques critiqués | 6 |
| 1.1.4 Démarche du Conseil fédéral | 7 |
| 1.2 Principaux points de la révision | 8 |
| 1.2.1 Corruption dans le secteur privé | 8 |
| 1.2.1.1 Suppression de la condition de la plainte | 8 |
| 1.2.1.2 Clarification du champ d'application de la norme | 9 |
| 1.2.2 Corruption d'agents publics | 12 |
| 1.3 Autres questions examinées | 12 |
| 1.3.1 Incrimination du trafic d'influence | 13 |
| 1.3.2 Extension des cas de corruption transfrontalière aux actes liés | 14 |
| 1.3.3 Suppression de l'exigence de la double incrimination | 16 |
| 1.3.4 Responsabilité des entreprises pour corruption passive | 17 |
| 2 Commentaires des dispositions | 18 |
| 2.1 Corruption dans le secteur privé | 18 |
| 2.1.1 Les nouvelles dispositions du Code pénal (art. 322 ^{octies} et 322 ^{novies} AP-CP) | 18 |
| 2.1.2 Le droit de la concurrence déloyale n'est pas modifié | 19 |
| 2.2 Corruption d'agents publics (art. 322 ^{quinquies} et 322 ^{sexies} AP-CP) | 20 |
| 2.3 Dispositions communes (art. 322 ^{decies} AP-CP) | 20 |
| 2.4 Adaptation de l'art. 102, al. 2, AP-CP | 20 |
| 2.5 Adaptation du Code pénal militaire (art. 141 ^a , al. 1, et 143, al. 1, CPM) | 21 |
| 3 Répercussions en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons | 21 |
| 4 Relation avec le programme de la législature | 21 |
| 5 Aspects juridiques | 21 |
| 5.1 Constitutionnalité | 21 |
| 5.2 Rapport avec le droit international | 22 |
| Code pénal et code pénal militaire (Dispositions pénales incriminant la corruption) (Avant-projet) | ... |

Rapport explicatif

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 La problématique de la corruption et son évolution

La lutte contre la corruption représente un domaine qui vit une évolution dynamique depuis de nombreuses années. La corruption constitue une atteinte grave aussi bien aux principes de base de l'Etat de droit et aux droits de l'homme qu'au bon fonctionnement de l'économie de marché et de la société. La globalisation a accentué encore l'importance de lutter contre la corruption, par exemple afin d'éviter d'importantes distorsions de la concurrence dans des marchés de plus en plus internationalisés.

Au niveau international, plusieurs instruments juridiques ont été mis sur pied afin de renforcer la lutte contre la corruption. La Suisse est partie aux principales conventions internationales dans ce domaine. Afin de suivre cette évolution globale et remplir ses obligations internationales, la Suisse a révisé ses dispositions pénales incriminant la corruption, tout d'abord de manière fondamentale en 2000, puis de manière plus spécifique en 2006. Elle a ainsi notamment introduit la criminalisation de la corruption d'agents publics étrangers et internationaux ainsi que la responsabilité pénale des entreprises¹.

1.1.2 Situation globale en Suisse

La Suisse appartient aux pays qui sont parmi les plus épargnés par le phénomène de la corruption et ses normes pénales réprimant la corruption sont adéquates dans l'ensemble. Ce constat global est confirmé par les institutions intergouvernementales du Conseil de l'Europe, de l'OCDE et de l'ONU, qui examinent régulièrement la situation dans les différents pays, publient des rapports et formulent des recommandations à leur égard.

Ainsi, les dispositions incriminant la corruption en Suisse ont notamment fait l'objet d'un rapport du GRECO en octobre 2011. Cette institution spécialisée du Conseil de l'Europe, dont la Suisse est membre, a pour tâche de s'assurer, par le biais d'un processus d'évaluation mutuelle, que ses Etats membres respectent les normes et les standards du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre la corruption. Dans son rapport², le GRECO reconnaît que la Suisse possède un solide droit pénal de la corruption, qui répond largement aux exigences de la Convention pénale sur la corruption³ (ci-après Convention pénale) et de son Protocole additionnel⁴. Une appréciation globalement positive des dispositions pénales incriminant la corruption

¹ La notion d'entreprises au sens de l'article 102 CP englobe toutes les personnes morales de droit privé, y compris les associations.

² GRECO, Troisième cycle d'évaluation: Rapport d'Evaluation sur la Suisse - Incriminations, du 21 octobre 2011, §93

³ Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la corruption, RS **0.311.55**

⁴ Protocole additionnel du 15 mai 2003 à la Convention pénale sur la corruption, RS **0.311.551**

ressort également du rapport sur la Suisse⁵ établi dans le cadre du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption⁶.

1.1.3 Points spécifiques critiqués

La Suisse possède toutefois aussi certaines caractéristiques qui exigent une attention particulière. Son économie est largement globalisée et très engagée sur les marchés internationaux, où les standards en matière de lutte contre la corruption sont parfois déficients. Par ailleurs, la Suisse abrite de nombreuses fédérations sportives internationales qui gèrent souvent des intérêts économiques et financiers très importants et dont les décisions, par exemple lorsqu'il s'agit d'attribuer l'organisation d'événements sportifs de renommée planétaire, sont parfois entachées par des scandales de corruption⁷.

Dans ce contexte, certains points spécifiques des normes suisses incriminant la corruption font l'objet de critiques assez régulières. Ainsi, les deux commissions des affaires juridiques du Parlement ont notamment décidé de donner suite à l'initiative parlementaire 10.516 (FIFA. Pour une poursuite d'office de cas de corruption dans le secteur privé), qui préconise que l'infraction de corruption dans le secteur privé, actuellement réprimée aux articles 4a et 23 LCD⁸, soit poursuivie d'office et transférée au titre 19 (Corruption) du Code pénal. Cette initiative vise notamment à ce que les fédérations sportives soient incluses sans ambiguïté dans le champ d'application de l'infraction de corruption privée. Cette demande est également formulée par Transparency International Suisse, dans son rapport *National Integrity System Bericht Schweiz*⁹.

La problématique de la corruption a par ailleurs aussi été abordée sous l'angle distinct du sport. Ce domaine est en effet confronté à certains problèmes spécifiques de corruption et de matches truqués. A la suite du postulat 11.3754 (Sport. Lutte contre la corruption et matches truqués), le Conseil fédéral a publié, en novembre 2012, un rapport "Lutte contre la corruption et les matches truqués dans le sport"¹⁰, qui examine de manière approfondie cette problématique et formule des propositions, y compris concernant les dispositions pénales incriminant la corruption.

De manière plus générale, les institutions internationales expriment, elles aussi, certaines préoccupations et recommandent des améliorations concrètes pour renforcer encore l'efficacité des dispositions pénales suisses. A cet égard, le GRECO adresse cinq recommandations à la Suisse. Certaines de ces préoccupations et recommandations sont également reprises dans le cadre du Mécanisme d'examen de la

⁵ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Rapport d'examen de la Suisse [application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, cycle 2010-2015], §16

⁶ Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption, RS **0.311.56**

⁷ Lutte contre la corruption et les matches truqués dans le sport - Rapport en réponse au postulat 11.3754 déposé le 28 juin 2011 par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des Etats, du 7 novembre 2012, p. 22

⁸ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS **241**

⁹ Transparency International Schweiz, National Integrity System Bericht Schweiz, publié le 7 février 2012, p. 40

¹⁰ Lutte contre la corruption et les matches truqués dans le sport - Rapport en réponse au postulat 11.3754 déposé le 28 juin 2011 par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des Etats, du 7 novembre 2012

Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi que cela ressort des observations émises par le Groupe d'examen de l'application de la Convention¹¹.

1.1.4 Démarche du Conseil fédéral

Au vu de ces différents éléments, le Conseil fédéral a dès lors décidé, en juin 2012, de réviser les normes pénales incriminant la corruption, notamment à la lumière des critiques émises jusqu'alors. Il ne s'agit pas d'une révision fondamentale du dispositif général de lutte contre la corruption, car celui-ci a, dans l'ensemble, fait ses preuves, comme l'ont rappelé, encore récemment, les rapports du GRECO et des Nations Unies. Il s'agit plutôt d'apporter les correctifs qui apparaissent comme nécessaires au vu des développements de ces dernières années et de l'évolution au niveau international. Une attention particulière a ainsi été portée aux points suivants:

- la condition de la plainte préalable en matière de corruption dans le secteur privé, prévue à l'article 4a et 23 LCD: cette exigence empêche les autorités de poursuite pénale d'enquêter sur des soupçons de corruption dans le secteur privé, tant qu'une plainte pénale n'a pas été déposée.
- la systématique de la corruption privée qui est incriminée dans la LCD et non dans le CP: l'insertion de l'infraction de corruption privée dans la LCD crée ainsi un lien entre cette infraction et la notion de concurrence déloyale.
- la portée des infractions d'octroi, respectivement d'acceptation, d'un avantage indu (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), qui constituent une forme atténuée de corruption d'agents publics: contrairement à la forme standard des articles 322^{ter} et 322^{quater} CP, ces infractions n'englobent pas les cas où l'avantage indu est destiné à un tiers.
- les trois réserves et déclarations faites par la Suisse lorsqu'elle a ratifié la Convention pénale et son Protocole additionnel, concernant:
 - la renonciation à incriminer la corruption d'agents publics étrangers et internationaux, lorsque celle-ci porte sur des actes que ces derniers sont de toute façon obligés d'accomplir,
 - la renonciation à incriminer le trafic d'influence,
 - l'exigence de la double incrimination prévue en droit suisse pour poursuivre les infractions commises à l'étranger.
- la punissabilité des entreprises au sens de l'article 102 CP pour les infractions de corruption privée passive.

¹¹ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Rapport d'examen de la Suisse [application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, cycle 2010-2015], §51-52.

1.2 Principaux points de la révision

1.2.1 Corruption dans le secteur privé

1.2.1.1 Suppression de la condition de la plainte

Actuellement, la corruption privée est poursuivie sur plainte (art. 4a et 23 LCD). Dans la pratique, il semblerait, selon toute vraisemblance, qu'aucune condamnation n'ait été prononcée en matière de corruption privée, alors que cette norme est entrée en vigueur il y a plus de six ans¹². Cette absence de condamnation et le très faible nombre de cas pendants laisse penser que la condition de la plainte constitue un obstacle excessif pour les autorités de poursuite pénale ou que les acteurs concernés du secteur privé (généralement des employeurs ou des mandants), lorsqu'ils découvrent l'infraction, s'arrangent à l'amiable avec l'auteur pour éviter toute publicité négative.

Il existe pourtant bien souvent un intérêt public prépondérant à poursuivre la corruption privée. La corruption est une infraction trop grave, qui nuit à différents intérêts publics et privés, pour pouvoir laisser sa poursuite à la libre disposition des particuliers, comme c'est le cas par exemple pour un dommage à la propriété ou pour un vol dans le cadre familial (poursuivis seulement sur plainte en vertu de l'art. 144 al. 1, resp. 139 ch. 4 CP).

Au-delà des intérêts financiers de l'employeur ou du mandant, la corruption privée peut par exemple porter atteinte à la santé et à la sécurité publiques si des activités commerciales dans ce domaine sont entachées de corruption.

Il s'agit aussi de signaler, en tant qu'élément de principe, que la corruption privée n'est pas acceptable et qu'elle concerne l'ensemble de la société, sa poursuite relevant ainsi de l'intérêt public.

Par ailleurs, le transfert de la corruption privée dans le CP, également préconisée ci-après, empêchera de continuer à recourir à la légitimation relativement large offerte par la LCD pour définir le cercle des plaignants. En effet, la LCD ne suit pas la même approche que le CP, car celui-ci restreint le droit de porter plainte au seul lésé. La LCD l'étend par contre à certaines associations professionnelles et à des organisations de protection des consommateurs. De plus, la Confédération est également légitimée à porter plainte si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public, notamment lorsque "la réputation de la Suisse à l'étranger est menacée ou subit une atteinte et que les personnes dont les intérêts économiques sont touchés résident à l'étranger" ou encore lorsque "les intérêts de plusieurs personnes, les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte" (art. 10 LCD). Dans son Message de 2009¹³, le Conseil fédéral précise néanmoins qu'il est important qu'il ne s'agisse pas d'un cas isolé. En fait, les explications révèlent qu'on vise surtout les pratiques commerciales déloyales ciblant un grand nombre de personnes telles que les pro-

¹² L'intégration de cette infraction dans la LCD empêche un relevé statistique précis. Un sondage effectué par l'Office fédéral de la justice en été 2012 auprès des Ministères publics cantonaux a révélé qu'aucun d'entre eux n'avait connaissance d'une condamnation pour corruption privée. Ils ont annoncé un total de huit cas, dont un a débouché sur une ordonnance de non entrée en matière, les sept autres étant encore pendants.

¹³ Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, FF 2009 5539, p. 5569.

messes de gains mensongères, les arnaques dans les transactions électroniques ou les offres ésotériques douteuses.

Enfin, la suppression de la condition de la plainte permet également de mettre en œuvre le premier volet de l'initiative parlementaire 10.516 et de répondre à la critique la plus sévère du GRECO envers les normes pénales incriminant la corruption en Suisse. Au vu de l'absence de condamnation pour corruption privée, le GRECO préconise en effet de renforcer l'effectivité des dispositions pénales concernées en supprimant l'exigence d'une plainte préalable prévue à l'article 23 LCD, en relation avec l'article 4a LCD.

Il est vrai que l'avant-projet de révision du droit de la corruption de 1998 avait déjà proposé de renoncer à l'exigence de la plainte et que cette proposition avait été plutôt mal accueillie en consultation. Une telle proposition formulée dans l'initiative 10.516 a toutefois maintenant été approuvée par les deux Commissions des affaires juridiques et elle est également recommandée par le GRECO. De plus, l'absence de condamnation dans la pratique laisse à penser que la définition large du cercle des plaignants que permet la LCD n'a pas eu l'effet correcteur escompté en matière de poursuite de la corruption privée.

Il se justifie donc de chercher à renforcer la portée de la norme incriminant la corruption dans le secteur privé en supprimant l'exigence de la plainte.

1.2.1.2 Clarification du champ d'application de la norme

Même si l'infraction de corruption privée n'est guère appliquée en pratique, son champ d'application fait l'objet de controverses, déjà au niveau théorique. Ce flou cause des problèmes d'interprétation quant aux situations concrètes dans lesquelles un comportement est punissable ou non. Une controverse a notamment surgi suite à des soupçons de corruption entachant la procédure d'attribution par la FIFA des Coupes du monde de football 2018 et 2022¹⁴. Déjà dans son Message de 2004¹⁵, le Conseil fédéral considérait qu'il était douteux que le droit actuel couvre les actes de corruption dans le cadre de l'attribution de manifestations sportives.

Or, en raison du principe de légalité, la portée des normes légales réprimant une infraction doit être définie de manière claire et précise. Il s'avère que le manque de clarté quant à la portée de l'infraction de corruption privée peut provenir de deux facteurs. Il s'agit dès lors de revenir sur ces deux éléments et d'examiner, d'une part, si la restriction de l'infraction aux domaines commercial et professionnel est problématique et, d'autre part, si le lien entre corruption privée et concurrence déloyale est adéquat.

¹⁴ Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport - Rapport en réponse au postulat 11.3754 déposé le 28 juin 2011 par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des Etats, du 7 novembre 2012, p. 22

¹⁵ Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), du 10 novembre 2004, FF 2004 6549, p. 6575.

La restriction de l'infraction aux activités commerciales ou professionnelles n'est pas problématique

Le champ d'application de la norme se restreint à l'heure actuelle aux activités commerciales ou professionnelles. Cette restriction, qui exclut fondamentalement les activités non professionnelles du champ d'application de l'infraction, n'est pas contestée en tant que tel. Le recours à la sanction par le droit pénal, en tant qu'instrument *d'ultima ratio*, doit être limité autant que nécessaire. La Convention pénale n'exige d'ailleurs pas que d'autres activités soient couvertes¹⁶. Il s'agit néanmoins encore de s'assurer que cet élément constitutif ne joue pas un rôle dans le flou qui entoure les fédérations sportives internationales.

S'agissant des employés des fédérations sportives internationales, ils sont couverts, sans problèmes particuliers, car ils agissent dans le cadre de leurs activités professionnelles. Quant aux fonctions dirigeantes exercées à titre accessoire dans les fédérations internationales, la notion d'activité commerciale ou professionnelle doit être comprise au sens large, en incluant une activité professionnelle accessoire, afin de couvrir aussi les fonctions qui ne seraient pas exercées à plein temps tout en étant rémunérées comme une activité professionnelle.

Dans la pratique, il faudra en effet recourir, notamment, au critère de la rémunération pour différencier, d'une part, une activité professionnelle, même exercée à titre accessoire, par exemple, par les membres du comité exécutif de la FIFA et, d'autre part, une activité non professionnelle, comme celle de président de l'association locale des apiculteurs ou celle de caissier de la société de gymnastique ou encore de membre du comité local d'un parti politique. La norme ne devrait en effet pas être étendue aux activités exercées à titre honorifique dans la société civile, comme par exemple, si le président d'une association de quartier reçoit un pot-de-vin pour militer en faveur d'un projet routier ou immobilier.

Parmi les autres critères possibles, la nature de la fonction exercée et l'étendue des responsabilités endossées ou encore l'importance et le fonctionnement de l'entité en cause peuvent également entrer en ligne de compte pour déterminer s'il s'agit d'une activité professionnelle ou commerciale.

Il n'est par conséquent pas nécessaire de modifier la restriction actuelle de l'infraction de corruption privée aux activités commerciales ou professionnelles. Le libellé de la norme peut être maintenu sur ce point.

Suppression du lien entre corruption privée et concurrence déloyale

La systématique de l'infraction de corruption privée, qui est insérée dans la LCD (art. 4a), crée un lien entre cette infraction et la notion de concurrence déloyale. A l'heure actuelle, la corruption privée est donc seulement réprimée lorsqu'elle entre dans le champ d'application de la LCD. L'article 2 LCD précise que cette loi s'applique aux comportements ou pratiques commerciaux 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. La corruption privée au sens de la LCD fausse donc le fonctionnement du marché et influence de manière inadmissible le jeu de la concurrence. Selon la jurisprudence, "l'acte doit être objec-

¹⁶ Convention pénale sur la corruption - Rapport explicatif, § 53

tivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché"¹⁷.

Par exemple, lors de l'attribution d'un contrat de sous-traitance, un producteur de freins corrompt le responsable des achats d'un constructeur automobile pour obtenir le contrat de sous-traitance, alors que son produit n'offre pas le meilleur rapport qualité-prix. Il interfère ainsi de manière déloyale dans le libre jeu du marché, en faussant la concurrence. Son comportement est punissable en vertu de la LCD.

Par contre, lorsque le comportement corruptif n'interfère pas dans le jeu de la concurrence, par exemple, parce qu'il intervient dans un contexte de monopole ou parce que la corruption ne porte pas sur l'acquisition d'un marché, mais intervient après la conclusion du contrat, la corruption privée n'est pas punissable.

Par exemple, si un sous-traitant qui fournit des pièces de freins corrompt le responsable du contrôle qualité d'un constructeur automobile pour qu'il ferme les yeux sur la qualité déficiente de son produit à la livraison, ce comportement n'interfère pas dans le jeu de la concurrence car le contrat est déjà conclu. Un tel comportement ne serait donc pas punissable en vertu de la LCD, même si les éléments de l'article 4a LCD, en soi, sont remplis. En effet, la loi n'est pas applicable, dans son ensemble, à cette situation en raison de la définition de son champ d'application à l'article 2 LCD.

A l'heure actuelle, la corruption privée reste donc dépendante de la notion de concurrence déloyale au sens de la LCD. Or, ce lien apparaît de plus en plus comme artificiel, voire incohérent, car des comportements semblables sont punissables ou non suivant le contexte (situation de concurrence ou non).

De plus, il est douteux que ce rattachement à la LCD couvre les actes de corruption concernant l'attribution de grandes manifestations sportives comme les Jeux Olympiques ou la Coupe du monde de football¹⁸. En effet, la concurrence entre villes candidates, à l'instar des procédures internes d'élection pour des fonctions dirigeantes au sein de ces organisations, ne relèvent en principe pas de la notion de concurrence au sens de la LCD. Le lien créé entre l'infraction de corruption privée et la concurrence déloyale peut ainsi poser des problèmes concrets pour déterminer si certaines organisations privées, spécialement les fédérations sportives internationales, sont soumises aux règles pénales en matière de corruption. Au vu des enjeux financiers importants que recèlent l'attribution des Jeux Olympiques ou de la Coupe du Monde de football, par exemple, il faut pourtant considérer qu'il existe un intérêt public suffisant à ce que ce genre de procédures ne soient pas entachées par des comportements corrompus. Or, les développements récents ont montré que les mécanismes internes de ces organismes peuvent se révéler insuffisants.

En conclusion, l'infraction de corruption privée doit être détachée de la notion de concurrence déloyale et constituer une infraction autonome dans le Code pénal. Cela permettra aussi de clarifier la position des fédérations sportives internationales, une des principales motivations pour renforcer les dispositions réprimant la corruption privée, cette question étant même une des raisons principales à l'origine de l'initiative parlementaire 10.516.

¹⁷ ATF 126 III 198, c. 2c, p. 202

¹⁸ Message précité (note 15), FF 2004 6549, p. 6575

1.2.2 Corruption d'agents publics

Les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP incriminent une forme atténuée de corruption d'agents publics. Contrairement à la forme standard des articles 322^{ter} et 322^{quater} CP, ces infractions n'englobent pas les cas où l'avantage indu est destiné à un tiers.

En effet, dans leur formulation actuelle, ces deux articles ne couvrent pas les cas où un avantage indu est octroyé à *un tiers* pour qu'un agent public accomplisse un acte qu'il est de toute façon obligé d'accomplir. Or, cette hypothèse doit également être couverte en droit suisse en vertu des obligations juridiquement contraignantes découlant de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe¹⁹. Sur ce point précis, les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP n'étaient pas, selon l'évaluation du GRECO, en pleine conformité avec les engagements internationaux de la Suisse. Il est vrai que si le tiers est un proche de l'agent public, comme l'épouse, par exemple, on considère que l'agent public peut aussi en bénéficier indirectement. Par contre, le droit actuel ne couvre pas d'autres hypothèses où l'agent public n'a pas de liens patrimoniaux directs avec le tiers, comme par exemple, lorsque le tiers est un parti politique ou un club sportif.

Or, dans différentes constellations, le fait d'accorder des avantages indus à un tiers avec l'intention d'influencer un agent public peut aussi nuire aux exigences de transparence et d'intégrité de l'agent public concerné. Il est donc nécessaire d'étendre le champ d'application des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP au cas où l'avantage indu profite à un tiers et pas seulement à l'agent public concerné, comme c'est le cas actuellement. Le GRECO aussi recommande que, à l'instar des articles 322^{ter} et 322^{quater} CP, ces infractions couvrent tous les cas d'avantages indus, y compris lorsque l'avantage indu est destiné à un tiers.

Une telle extension est en outre soutenue par une partie de la doctrine²⁰.

Les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP doivent donc être modifiés pour couvrir aussi les cas où l'avantage indu profite à un tiers. Cet avantage indu doit toutefois, comme actuellement, être lié à l'accomplissement par l'agent public des devoirs de sa charge et l'auteur doit agir, également sur ce point, avec conscience et volonté.

1.3 Autres questions examinées

Certaines autres propositions et critiques ont également été examinées. Le GRECO a par exemple préconisé d'examiner l'opportunité de retirer les réserves formulées par la Suisse lors de la ratification de la Convention pénale et d'entreprendre, le cas échéant, les modifications législatives nécessaires.

Matériellement, ces réserves et déclarations concernent :

- le trafic d'influence, qui n'est que très partiellement incriminé en droit suisse,
- la renonciation à incriminer la corruption d'agents publics étrangers, lorsque celle-ci porte sur des actes que ces derniers sont de toute façon obligés d'accomplir,

¹⁹ RS 0.311.55

²⁰ Voir Queloz/Borghgi/Cesoni, *Processus de corruption en Suisse*, p. 373 et Jositsch, *Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht*, p. 370-372.

-l'exigence de la double incrimination prévue par le droit suisse pour poursuivre les infractions commises à l'étranger.

Dans son rapport "Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport"²¹, le Conseil fédéral est par ailleurs arrivé à la conclusion que l'instauration d'une responsabilité pénale cumulative de l'entreprise (art. 102, al. 2, CP) pour les actes de corruption passive devait aussi être examinée.

1.3.1 Incrimination du trafic d'influence

L'article 12 de la Convention pénale 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, un avantage indu à titre de rémunération à quiconque affirme ou confirme être capable d'exercer une influence sur la prise de décision d'un agent public. Du côté passif, cela vise le fait de solliciter, de recevoir ou d'en accepter l'offre ou la promesse à titre de rémunération pour ladite influence. Les comportements visés par cet article sont punissables, que l'influence soit ou non exercée et 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'un entrepreneur 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 public.

Cette infraction est connue dans plusieurs législations étrangères. Le Code pénal suisse ne contient, quant à lui, pas d'infraction intitulée «trafic d'influence» même si certains cas graves de trafic d'influence sont néanmoins réprimés par les articles 322^{ter} à 322^{septies} CP.

Plus précisément, lorsque l'intermédiaire est un agent public, celui-ci, s'il accepte un avantage dans le but d'exercer son influence auprès d'un tiers qui assume aussi une charge publique, se rend coupable de corruption passive (art. 322^{quater} CP), voire d'acceptation d'un avantage indu (art. 322^{sexies} CP). Quant à la personne qui octroie l'avantage, elle est punissable en vertu de l'article 322^{ter} CP (corruption active) ou de l'article 322^{quinquies} CP (octroi d'un avantage indu). Toutefois, pour cela, il faut que l'avantage versé ou envisagé soit en relation avec la fonction de l'intermédiaire. En d'autres termes, est considéré comme une infraction en droit suisse tout cas où un agent public sollicite ou se voit octroyer un avantage indu de la part d'un particulier dans le but d'abuser de son influence auprès d'un autre agent public ou membre d'une autorité, si cette influence découle de sa fonction.

Lorsque l'intermédiaire est un privé, l'infraction de corruption sera réalisée dans certains cas seulement. Si l'agent public à influencer participe au « marché » et l'accepte, l'infraction de corruption sera réalisée dans la plupart des cas. Ainsi, selon

²¹ Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport - Rapport en réponse au postulat 11.3754 déposé le 28 juin 2011 par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des Etats, du 7 novembre 2012, chap. 4.3.5, p. 46

le contenu de l'entente entre les différents protagonistes, le tiers se rend coupable de corruption active (voire d'instigation à corruption active), l'agent public de corruption passive et l'intermédiaire de corruption active (voire d'instigation ou de complicité). Lorsque la personne promettant l'avantage convient avec l'intermédiaire que ce dernier corrompra directement un fonctionnaire, mais que l'intermédiaire ne le fait pas, nous sommes en présence d'un cas de tentative d'instigation à corruption active, punissable en vertu de l'article 24, al. 2, CP.

Dans son Message de 2004²² déjà, le Conseil fédéral avait examiné l'opportunité de légiférer en matière de trafic d'influence. Il était arrivé à la conclusion que l'introduction d'une norme pénale incriminant le trafic d'influence se révélerait peu efficace, soulevant notamment des difficultés quant à l'administration des preuves. De plus, la délimitation entre les comportements licites, tels que le lobbying, et les comportements réprimés serait périlleuse et complexe. Le législateur a ainsi souhaité se concentrer sur l'intégrité des agents publics, dont les actes en matière de corruption peuvent saper la confiance des citoyens dans l'administration publique, dans la justice et dans les autorités en général, plutôt que de chercher à incriminer le comportement de certaines personnes privées qui gravitent en dehors du cercle de la fonction publique.

Ainsi, le droit suisse en vigueur se focalise sur le comportement du dernier maillon de la chaîne, à savoir l'agent public, en incriminant non seulement la corruption au sens étroit (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP), mais aussi les cas d'acceptation ou d'octroi d'avantages (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP). Ces infractions subsidiaires ont une portée bien plus large que les exigences découlant des conventions internationales, en ce qu'elles n'exigent aucun lien entre l'avantage indu et un acte déterminé ou, au moins, déterminable de l'agent public.

En résumé, les formes les plus graves du trafic d'influence sont déjà répréhensibles en droit suisse et les dispositions pénales suisses couvrent les phases préalables de la corruption par une approche différente, mais également appropriée, à savoir celle des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP. En outre, plusieurs autres pays européens²³ ont également renoncé à incriminer le trafic d'influence et ont effectué la même réserve à la Convention pénale.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'incriminer spécifiquement le trafic d'influence.

1.3.2 Extension des cas de corruption transfrontalière aux actes liés

L'article 5 de la Convention pénale demande aux Etats parties de réprimer aussi les actes de corruption au sens des articles 2 et 3 (corruption active et passive d'agents publics nationaux) lorsqu'ils impliquent un agent public d'un autre Etat (agent public étranger). La Convention pénale prévoit toutefois la faculté pour un Etat de formuler une déclaration lorsque ce dernier souhaite incriminer un tel acte uniquement dans la mesure où l'agent public accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels (art. 36). La même obligation et la même possibilité de déclara-

²² Message précité (note 15), FF 2004 6549, p. 6578ss

²³ Par exemple, le Danemark, la Finlande, les Pays-Bas et la Suède. L'Allemagne n'a pas non plus incriminé le trafic d'influence.

tion existe aussi pour la corruption des divers agents internationaux au sens des articles 9 et 11 de la Convention. Les articles 2 et 3 de la Convention pénale ne prévoient par contre pas cette restriction à la violation des devoirs officiels.

En ce qui concerne la corruption d'agents publics suisses (corruption nationale), la Suisse a adopté deux types d'infractions distinctes. Le premier (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) s'applique aux cas d'avantages indus destinés à l'agent pour un acte qui "soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation". Le deuxième (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) s'applique aux paiements à l'agent "pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge", ce qui couvre également les actes liés, à savoir lorsque l'agent public n'a aucun pouvoir d'appréciation. En droit suisse, les premières sont généralement qualifiées de corruption active ou passive alors que les secondes sont appelées octroi ou acceptation d'un avantage. Les quatre articles répondent pleinement aux exigences des articles 2 et 3 de la Convention pénale relatifs à la corruption nationale. Comme déjà mentionné au chap. 1.3.1, les articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP ont une portée plus large que celle exigée par les conventions internationales, car ils renoncent à la condition d'un lien entre l'avantage indu et un acte déterminé ou déterminable de l'agent public.

L'infraction de l'article 322^{septies} applicable aux agents publics étrangers ne couvre, lui, que la corruption active et passive au sens des articles 322^{ter} et 322^{quater} CP (corruption nationale), dont il est le pendant pour la corruption transnationale. Plus précisément, il ne s'applique qu'aux seuls cas de paiements à un agent pour un acte qui soit "contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation". Le cas où l'agent étranger reçoit un paiement pour accomplir un acte conforme à ses devoirs et qui ne dépende pas de son pouvoir d'appréciation n'est donc pas couvert par l'article 322^{septies} CP.

Comme cela a été évoqué ci-dessus, la Convention pénale (à l'instar de la Convention de l'OCDE²⁴) admet que l'incrimination de la corruption d'agent public étranger puisse être mise en œuvre en droit national par des dispositions pénales restreintes aux cas dans lesquels l'acte est contraire aux devoirs ou dépend du pouvoir d'appréciation de l'agent public étranger²⁵. L'article 322^{septies} CP étant précisément restreint à ces hypothèses, la Suisse a formulé une déclaration dans le sens précité lors de la ratification²⁶ de la Convention. Le GRECO invite maintenant la Suisse à renoncer à cette restriction. Cela vise principalement les libéralités appelées « petits paiements de facilitation » destinés à inciter l'agent public à exécuter ses fonctions. Il peut s'agir par exemple de l'apposition d'un cachet que l'agent doit de toute façon délivrer ou de l'octroi d'un permis lorsque toutes les conditions sont remplies.

En tous les cas, de telles situations non couvertes par l'article 322^{septies} CP ne concernent en principe que de très faibles montants. Si la législation suisse ne connaît pas la notion de « petits paiements de facilitation », elle réprime néanmoins en grande partie l'octroi de tels paiements. Si, par l'octroi de l'avantage, le corrupteur cherche à obtenir de l'agent public un comportement qui constitue une violation des devoirs de fonction de ce dernier ou qui dépende de son pouvoir d'appréciation,

²⁴ Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Convention de l'OCDE, RS **0.311.21**)

²⁵ Art. 36 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS **0.311.55**, STE 173) et commentaire 9 ad article 1 para 1 de la Convention OCDE

²⁶ Message précité (note 15), FF **2004** 6549, p. 6565ss

un tel comportement est réprimé par l'article 322^{septies} CP, et ce, indépendamment du montant de l'avantage indu. Ainsi en va-t-il de l'acte destiné à accélérer l'exécution d'un acte administratif. Ce comportement constitue aussi une violation des devoirs du fonctionnaire et de son pouvoir d'appréciation. Il tombe sous le coup de l'article 322^{septies} CP, même s'il s'agit d'un petit paiement de facilitation.

Par ailleurs, lors de l'adoption de l'article 322^{septies} CP, cette approche différente de la corruption d'agents publics étrangers par rapport aux articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP a été justifiée par le fait que les dispositions relatives à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP) vont bien plus loin que les exigences de la Convention pénale (et de celle de l'OCDE), puisqu'elles renoncent à établir une équivalence, à savoir 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 un climat. Les normes 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont conçues pour des standards suisses particulièrement élevés et ne peuvent être transposées telles quelles dans d'autres contextes. Finalement, il revient en premier lieu à l'Etat étranger de prendre des mesures répressives et préventives contre de tels comportements.

Un cas récent de corruption nationale a d'ailleurs démontré que l'attribution d'avantages de très faible valeur (« von wenigen Franken », de quelques francs) est punissable. Un arrêt du Tribunal zurichois du 16 novembre 2010²⁷ a confirmé qu'un avantage de faible importance n'est ni permis ni conforme aux usages sociaux (art. 322^{octies} CP) dès l'instant qu'il incite l'agent public à un comportement contraire aux devoirs de sa charge ou est susceptible d'influencer son pouvoir d'appréciation. Il s'agissait dans ce cas de corruption active nationale (art. 322^{ter} CP) mais cette affirmation est aussi applicable à l'article 322^{septies} CP dans le sens où les éléments constitutifs des deux infractions précitées quant à cette problématique sont identiques. Le Tribunal a considéré que l'acte avait pour but d'inciter l'agent public à l'omission d'un acte qui se trouve en relation avec son activité officielle et qui s'avère contraire à ses devoirs. L'application de l'article 322^{octies} CP a été niée, aucun paiement, même de faible importance, ne pouvant être considéré comme un usage social s'il constitue une violation des devoirs de l'agent ou dépend de son pouvoir discrétionnaire.

Il n'existe pas non plus d'éléments nouveaux qui justifieraient de s'écarter de ces considérations. Par conséquent, il faut renoncer à étendre l'article 322^{septies} aux actes de l'administration liée et la déclaration relative aux articles 5, 9 et 11 de la Convention telle que formulée par la Suisse doit être maintenue.

1.3.3 Suppression de l'exigence de la double incrimination

La Convention pénale (art. 17 para. 1 let b et c) ne permet pas *a priori* que le principe de la double incrimination soit une condition préalable à la poursuite des actes de corruption commis à l'étranger. Mais elle permet de formuler une réserve à cet égard, ce que la Suisse a fait²⁸.

²⁷ Obergericht Zürich, II. Strafkammer, Urteil vom 16. November 2010 i. S.A. gegen Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat - SB 100547

²⁸ Message précité (note 15), FF 2004 6549, p. 6584ss

La condition de la double incrimination représente, en effet, un principe fondamental du droit pénal suisse. L'idée sous-jacente est d'appliquer le code pénal aux actes commis à l'étranger seulement si ces actes sont aussi punissables à l'endroit où ils sont commis. Cette règle est une émanation du principe de la légalité, qui est de rang constitutionnel. En d'autres termes, seuls des motifs exceptionnels permettent de punir quelqu'un qui se comporte de manière conforme aux règles du lieu où il se trouve. Le droit suisse prévoit ainsi certaines exceptions restrictives, par exemple, lorsque la protection de l'Etat suisse et de la défense nationale est en jeu (art. 4 CP) ou l'intégrité sexuelle des mineurs (art. 5 CP). Il existe également des exceptions pour certaines infractions spécifiques très graves, comme par exemple la prise d'otage (art. 185 al. 5 CP), le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (art. 264^m CP).

L'exigence de la double incrimination est toutefois interprétée de telle manière qu'il suffit que l'acte en question soit également punissable à l'endroit où il a été commis, sans qu'il soit nécessaire que la définition de l'acte ou la sanction prévue soient identiques (double incrimination abstraite). De plus, il faut rappeler que la corruption d'agents publics est une infraction usuelle, incriminée probablement par quasiment tous les Etats du monde. Au surplus, l'incrimination de la corruption est érigée en obligation internationale dans différents instruments juridiques, y compris la Convention de l'ONU, ratifiée par 164 Etats. L'obstacle qu'aurait pu constituer la condition de la double incrimination semble ainsi être négligeable sur le plan théorique. En pratique, il n'existe d'ailleurs pas de cas concret connu, où l'exigence de la double incrimination aurait constitué un obstacle.

A titre de comparaison, d'autres pays européens, comme la France, le Danemark, la Suède, les Pays-Bas et le Portugal, connaissent également le principe de la double incrimination et ont formulé une réserve similaire à celle de la Suisse.

Au vu de ce qui précède, ni la gravité, ni les caractéristiques des infractions de corruption ne justifient que la Suisse renonce au principe de la double incrimination et la réserve formulée par la Suisse doit être maintenue.

1.3.4 Responsabilité des entreprises pour corruption passive

Dans le cadre du rapport "Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport", la proposition a été formulée d'examiner une éventuelle extension de la responsabilité pénale cumulative des entreprises (notion qui inclut les personnes morales de droit privé, notamment les associations) à la corruption passive, alors qu'actuellement cette responsabilité est limitée à la corruption active (voir art. 102, al. 2, CP).

Cette différence s'explique par des raisons conceptuelles fondamentales. La responsabilité pénale cumulative des entreprises est conçue pour incriminer un comportement répréhensible de leur part. Dans le cas de la corruption active, on part de l'idée que l'entreprise va profiter du crime de corruption active commis en son sein. Par contre, la corruption passive nuit généralement à l'entreprise au sein de laquelle elle a lieu. Le comportement répréhensible du corrompu porte en effet atteinte à son obligation juridique de loyauté envers elle. Par exemple, si, dans le cadre de la négociation d'un contrat entre deux entreprises, le négociateur de la première entre-

prise soudoie son partenaire de la deuxième entreprise pour obtenir un contrat excessivement favorable, la première entreprise bénéficiera d'un contrat très favorable, alors que le comportement du collaborateur de la deuxième entreprise nuit très clairement aux intérêts commerciaux de cette dernière.

S'il est possible que la responsabilité pénale cumulative des entreprises pour la corruption passive ait éventuellement un effet préventif supplémentaire en obligeant celles-ci à prendre les mesures nécessaires pour empêcher une telle infraction en leur sein, l'introduction d'une telle responsabilité va à l'encontre de la systématique et des principes sous-jacents à la responsabilité pénale des entreprises. De plus, une telle responsabilité pénale cumulative pour la corruption passive n'est pas exigée par les standards internationaux²⁹.

Une telle proposition, qui viserait l'ensemble des entreprises, doit dès lors être rejetée. Par ailleurs, il n'y a pas lieu, dans le cadre du présent rapport, d'examiner la question spécifique d'une responsabilité pénale cumulative qui serait restreinte aux organisations sportives (et qui pourrait aussi couvrir d'autres comportements répréhensibles comme, par exemple, la manipulation de résultats sportifs). Ce point devra être traité ultérieurement dans le cadre des travaux de mise en œuvre du rapport "Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport", entrepris sous la houlette de l'Office fédéral du sport.

2 Commentaires des dispositions

2.1 Corruption dans le secteur privé

2.1.1 Les nouvelles dispositions du Code pénal (art. 322^{octies} et 322^{novies} AP-CP)

Dorénavant, la corruption dans le secteur privé sera poursuivie d'office, comme c'est déjà le cas pour la corruption d'agents publics.

De plus, le libellé de l'infraction reprend de manière presque identique celui de l'article 4a, al. 1, LCD. Les éléments constitutifs de l'infraction ne changent pas. La peine encourue ne change pas non plus (peine maximale de 3 ans de privation de liberté)³⁰. Seul le transfert de l'infraction de corruption privée dans le CP influence le champ d'application de la norme, en supprimant le lien avec la notion de concurrence déloyale. Cela permet une clarification de son champ d'application.

Il n'est dorénavant plus nécessaire que la corruption privée fausse le fonctionnement du marché ou influence de manière inadmissible le jeu de la concurrence³¹ pour qu'elle soit punissable.

²⁹ Art. 18 Convention pénale et art. 2 en lien avec l'art. 1 de la Convention OCDE

³⁰ La peine encourue tient ainsi compte du degré de gravité moindre de l'infraction par rapport à la corruption d'agents publics (crime passible d'une peine maximale de 5 ans). La transformation de l'infraction de corruption privée en crime punissable d'une peine de 5 ans au maximum, afin de l'ériger en infraction préalable au blanchiment d'argent, irait à l'encontre de cette pondération.

³¹ Selon la jurisprudence actuelle, "l'acte doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché", ATF **126** III 198, c. 2c, p. 202.

La corruption privée sera en effet aussi punissable, lorsque le comportement corruptif n'interfère pas dans le jeu de la concurrence, par exemple, parce qu'il intervient dans un contexte de monopole ou parce que la corruption ne porte pas sur l'acquisition d'un marché, mais intervient après la conclusion du contrat. Tel est par exemple le cas si, comme déjà mentionné, un sous-traitant qui fournit des pièces de freins corrompt le responsable du contrôle qualité d'un constructeur automobile pour qu'il ferme les yeux sur la qualité déficiente de son produit à la livraison. Ce comportement n'était jusqu'à maintenant pas punissable car il n'interfère pas dans le jeu de la concurrence vu que le contrat est déjà conclu. A l'avenir, il sera punissable. Il en découle ainsi une légère extension du champ d'application, qui reste néanmoins limité aux activités commerciales et professionnelles.

Par ailleurs, cette modification permet de se libérer des doutes sur la notion de concurrence déloyale en matière d'attribution de grandes manifestations sportives comme les Jeux Olympiques ou la Coupe du monde de football. Seul le critère de l'activité commerciale ou professionnelle reste pertinent à cet égard. Or, il a été exposé ci-dessus (chap. 1.2.1.2) en quoi cet élément constitutif couvre l'activité des grandes organisations sportives.

Outre le critère de l'activité commerciale ou professionnelle, un autre critère important continue d'encadrer la définition de la corruption privée. Il doit exister une relation tripartite. La corruption privée doit porter atteinte aux intérêts juridiques d'un tiers, en droit d'attendre, le plus souvent de son collaborateur ou de son mandataire, que ce dernier respecte, envers lui, son obligation de loyauté découlant de la loi ou d'un contrat. L'infraction de corruption privée n'interdit donc pas le comportement "véral" d'un particulier, s'il ne viole pas une obligation juridique de loyauté qu'il a envers un tiers. La corruption n'englobe par exemple pas l'hypothèse du chef d'entreprise qui en est son unique propriétaire et qui reçoit des avantages indus pour conclure un contrat avec un fournisseur alors que ce choix n'est pas économiquement rationnel.

2.1.2 Le droit de la concurrence déloyale n'est pas modifié

Même si l'infraction de corruption privée est transférée dans le code pénal, il n'y a pas lieu de modifier la définition actuelle des comportements déloyaux dans la LCD. Une disposition spécifique, à savoir l'article 4a LCD actuel, doit continuer de préciser que la corruption privée peut constituer un comportement déloyal. L'article 4a LCD doit ainsi être maintenu dans la LCD, tout en supprimant sa mention à l'article 23 qui définit quels comportements déloyaux entraînent des conséquences pénales. Or, ces conséquences pénales seront dorénavant régies par le code pénal (art. 322^{octies} et 322^{novies} AP-CP).

Le maintien de l'article 4a LCD en tant que disposition spécifique dans la LCD permet de manière significative aux personnes atteintes dans leurs intérêts économiques par un comportement déloyal de faire valoir les droits qui découlent de l'art. 9 LCD, notamment pour démontrer qu'un dommage a été causé de manière illicite. Pour ce faire, il suffira de démontrer que les conditions de l'article 4a LCD sont remplies³². Cela permet notamment à toute personne qui subit une atteinte dans ses

³² Philippe Spitz in P. Jung/P. Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar, Berne 2010, n° 156, art. 9

intérêts économiques par un acte de corruption privée de déposer une action en cessation de troubles et en dommages-intérêts (art. 9 al. 1 et al. 3 LCD).

En l'absence d'une disposition spécifique sur la corruption privée dans la LCD, il ne resterait plus que la clause générale (art. 2 LCD) pour faire valoir les droits qui découlent de l'art. 9 LCD, ce qui serait un désavantage considérable.

2.2 Corruption d'agents publics (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} AP-CP)

Suite à la révision des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, seront dorénavant aussi couverts tous les cas où un avantage indu est octroyé à *un tiers* pour qu'un agent public accomplisse les devoirs de sa charge, y compris lorsque l'agent public n'a pas de liens patrimoniaux directs avec le tiers, comme par exemple, lorsque le tiers est un parti politique ou un club sportif. Il n'est donc plus nécessaire que l'agent public bénéficie, ne serait-ce qu'indirectement, de l'avantage indu.

La condition du comportement intentionnel, par contre, demeure, également dans cette nouvelle hypothèse. Ceci implique que l'agent public devra, d'une manière ou d'une autre, avoir connaissance de l'avantage indu, afin que le lien avec l'accomplissement des devoirs de sa charge, tel qu'exigé par ces deux articles soit donné.

Pour le surplus, les dispositions pénales incriminant la corruption d'agents publics ne sont pas modifiées. Le libellé français des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP subit néanmoins encore une adaptation formelle, afin d'employer la formulation épïcène habituelle.

2.3 Dispositions communes (art. 322^{decies} AP-CP)

L'alinéa 1 de l'avant-projet combine deux dispositions. D'une part, il reprend le sens de l'article 322^{octies}, ch. 2, qui définit l'avantage indu en matière de corruption d'agents publics. D'autre part, il reprend le sens de l'article 4a, al. 2, LCD, qui définit l'avantage indu en matière de corruption privée. La portée matérielle de ces deux normes n'est pas modifiée.

L'alinéa 2 de l'avant-projet reprend, sans en modifier la portée, le libellé de l'article 322^{octies}, ch. 3, relatif aux particuliers accomplissant des tâches publiques.

2.4 Adaptation de l'art. 102, al. 2, AP-CP

Comme la corruption privée active sera dorénavant incriminée dans le CP et non plus dans la LCD, le libellé de l'article 102, al. 2, CP doit être adapté en remplaçant la référence à l'article 4a, al. 1, let. a, LCD par la mention de l'article 322^{octies} AP-CP.

2.5 Adaptation du Code pénal militaire (art. 141a, al. 1, et 143, al. 1, CPM)

Les articles 141a, al. 1, et 143, al. 1, CPM (octroi, respectivement acceptation d'un avantage) doivent être adaptés afin de reprendre la modification des dispositions pendantes du CP (voir le commentaire des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, ci-dessus, chap. 2.2).

De plus, le libellé français des articles 141a, al. 1, et 143, al. 1, CPM subit également une adaptation formelle, afin d'employer la formulation épïcène habituelle.

Il n'est, par contre, pas nécessaire d'introduire les infractions de corruption privée active et passive dans le CPM, les militaires étant considérés comme des agents publics. Au surplus, les personnes soumises au droit pénal militaire sont subsidiairement soumises au droit pénal ordinaire (art. 8 CPM).

3 Répercussions en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons

La suppression de la condition de la plainte en matière de corruption privée pourrait entraîner une augmentation du nombre de poursuites pénales concernant la corruption privée, qui est quasi nulle pour l'instant. Il pourrait donc s'ensuivre un léger surplus de travail pour les autorités de poursuite pénale cantonales. Les ressources actuelles à disposition suffiront certainement à gérer cette charge supplémentaire, limitée à un domaine très spécifique de la criminalité. Pour la Confédération, le projet n'a pas de conséquences en matière de finances ou de personnel.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé, ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015³³, ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015³⁴. Cela provient du fait que, au moment de l'élaboration du message relatif au programme de la législature précitée, le Parlement n'avait pas encore décidé de la suite à donner à l'initiative parlementaire 10.516 et que le Conseil fédéral ne s'était pas encore saisi du rapport du GRECO.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Les modifications proposées relèvent de la compétence législative générale de la Confédération en matière de droit pénal et de procédure pénale (art. 123, al. 1, Cst.).

³³ FF 2012 349

³⁴ FF 2012 6667

5.2

Rapport avec le droit international

L'avant-projet concorde avec les standards internationaux en matière de lutte contre la corruption. Il assure la pleine conformité du droit suisse avec la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et de son Protocole additionnel (RS 0.311.55 et 0.311.551), également à l'aune de leur interprétation par le GRECO.