

Le nouveau droit pénal de la corruption



Le nouveau droit pénal de la corruption est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Cette révision découle notamment des recommandations du Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO), un organisme spécialisé du Conseil de l'Europe, concernant la Suisse.¹ Le GRECO, qui émet régulièrement des recommandations sur la conformité du droit suisse avec les normes internationales, a conclu en juin 2014 que les recommandations dans le domaine du droit pénal de la corruption n'avaient été que partiellement mises en œuvre par la Suisse.² Les critiques portaient essentiellement sur la condition de la plainte préalable à l'exercice des poursuites pour corruption dans le secteur privé.³ Outre les adaptations exigées par le GRECO, des débats intenses concernant la suppression du délit poursuivi sur plainte concernant la corruption privée ont eu lieu au niveau national.⁴ Ces débats ont été déclenchés entre autres par les actes de corruption récurrents au sein des associations sportives lors de l'attribution de l'organisation des grands événements sportifs.⁵ Le projet qui a ensuite été mis en consultation par le Conseil fédéral a finalement été approuvé par l'Assemblée fédérale le 25 septembre 2015.⁶

Principaux aspects de la révision

Transfert des dispositions concernant la corruption privée de la LCD vers le CP

Auparavant, la corruption de particuliers était régie par la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).⁷ La corruption privée n'était punissable que si une plainte pénale était déposée et si la corruption créait une distorsion du marché au sens de la LCD.⁸ Désormais, la corruption de particuliers est également punissable lorsque l'acte de corruption n'influence pas la concurrence. Elle ne dépend donc plus d'une situation de concurrence.⁹ Selon l'ancien droit, les associations sportives internationales ne tombaient toutefois pas sous le coup de la LCD, car les procédures de vote internes relatives aux fonctions dirigeantes de ces organisations ne faussaient pas la concurrence au sens de la LCD. La corruption privée étant désormais ancrée dans le Code pénal (CP), la position des différentes organisations à but non lucratif (p. ex. associations sportives internationales) a été clarifiée. Il

sied de préciser que le champ d'application des dispositions pénales reste toutefois limité aux activités commerciales et professionnelles. En dehors de ces domaines, la corruption de particuliers reste non punissable. Enfin, le critère de ladite relation tripartite reste applicable, à savoir que la corruption privée doit porter atteinte aux intérêts d'un tiers. On pense en particulier à un employeur qui devrait être en droit d'attendre de son collaborateur que celui-ci respecte son devoir de loyauté découlant de la loi ou du contrat.¹⁰

Qualification de la corruption privée comme délit poursuivi d'office

Avant la révision, la corruption privée était poursuivie sur plainte.¹¹ Or le faible nombre de procès en justice et l'absence de condamnations laissaient penser que la condition de la plainte constituait un obstacle excessif dans la pratique.¹² La corruption privée est désormais réglée à l'art. 322octies CP (corruption privée active) et à l'art. 322novies CP (corruption privée passive) en tant que délit poursuivi d'office. Les éléments constitutifs de l'infraction et les peines encourues restent toutefois inchangés.¹³ L'infraction n'est poursuivie sur plainte que dans les cas de peu de gravité.¹⁴ La loi ne précise pas ce qui constitue un cas de peu de gravité, mais il faut partir du principe que, pour l'évaluation, les tribunaux appliqueront les critères utilisés habituellement dans le droit pénal. Les critères suivants sont donc déterminants pour qualifier un cas en tant que cas de peu de gravité: faible montant du délit, pas d'infraction multiple, répétée ou en bande, pas d'impact sur la sécurité et la santé de tiers et pas de fraude documentaire en relation avec la corruption.¹⁵

Extension de la corruption aux agents publics

Désormais, l'octroi d'un avantage (art. 322quinquies CP) et l'acceptation d'un avantage (art. 322sexies CP) ne couvrent pas uniquement les cas dans lesquels un avantage indu est octroyé à un agent public, mais également ceux où un avantage indu est octroyé à un tiers.¹⁶ Il n'est pas nécessaire que l'agent public ait des liens patrimoniaux directs avec le tiers, comme par exemple lorsque le tiers est un parti politique ou un club sportif.¹⁷ Comme par le passé, l'avantage indu doit être lié à l'accomplissement des devoirs de sa charge par l'agent public et l'auteur doit avoir agi de manière intentionnelle, c'est-à-dire avec conscience et volonté.¹⁸

Responsabilité pénale de l'entreprise

La corruption privée active (art. 322octies CP) fait désormais partie des infractions visées à l'art. 102 al. 2 CP.¹⁹ L'entreprise, et non plus uniquement la personne physique ayant

¹ Daniel Jositsch/Jana Drzalic, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, AJP 2016, p. 351 (cit. Jositsch/Drzalic).
² Troisième cycle d'évaluation, rapport intérimaire de conformité sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 64^{ème} réunion plénière des 16 – 20 juin 2014, 1 et 3, disponible à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/kriminalitaet/korruption/greco-berichte/ber-iii-2014-14-f.pdf> (dernière consultation le 2 février 2017).
³ Markus R. Frick, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 4a N 10.
⁴ Voir la motion de Roland Rino Büchel 10.3919 «Sport. Accusations de corruption et matchs truqués» du 2 octobre 2011 (voir également BO CN 2011, 528 et BO CE 2011, 924), l'initiative parlementaire de Carlo Sommaruga 10.516 «FIFA. Pour une poursuite d'office en cas de corruption dans le secteur privé» du 8 décembre 2010 (voir aussi BO CN 2014, 1255 et 1272) et le postulat 11.3754 «Lutte contre la corruption et les matchs truqués dans le sport» déposé par la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil des Etats en date du 28 juin 2011 (voir aussi BO CE 2011, 924).
⁵ Message concernant la modification du code pénal (dispositions pénales incriminant la corruption) du 30 avril 2014, FF 2014 3433 ss, 3438 (cit. FF 2014 3433).
⁶ Code pénal suisse (dispositions pénales incriminant la corruption), modification du 25 septembre 2015, FF 2015 6551.
⁷ Art. 4a en relation avec l'art. 23 LCD.
⁸ FF 2014 3433, 3443.
⁹ Daniel Jositsch/Madeleine von Rotz, Das Finanzmarktstrafrecht der Schweiz – Status quo unter Einbezug der neuesten Gesetzesänderungen, des internationalen Einflusses sowie der anstehenden Neuerungen, SZW 2016, p. 605 (cit. Jositsch/von Rotz).

¹⁰ FF 2014 3433, 3441-3450.
¹¹ Art. 4a et art. 23 LCD.
¹² FF 2014 3433, 3439.
¹³ FF 2014 3433, 3449.
¹⁴ Art. 322octies al. 2 et art. 322novies al. 2 CP.
¹⁵ Jositsch/Drzalic, p. 355.
¹⁶ FF 2014 3433, 3451.
¹⁷ FF 2014 3433, 3451.
¹⁸ FF 2014 3433, 3444.
¹⁹ FF 2014 3433, 3452.

commis l'infraction, peut également être punie directement s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.²⁰ En cas de corruption passive au sens de l'art. 322novies CP, l'entreprise ne peut être poursuivie qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire si l'infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée.²¹

Mesures à prendre par les entreprises

Face au durcissement du droit pénal, les entreprises doivent prendre des mesures pour empêcher les actes de corruption en leur sein.²² Dans l'idéal, ces mesures doivent revêtir la forme d'un système de conformité («compliance») complet, adapté aux risques de l'entreprise en matière de corruption et actualisé en permanence. Il s'agit, d'une part, d'édicter des règles de comportement, d'adapter le code de conduite et d'organiser éventuellement des formations internes et, d'autre part, de mettre en place des mécanismes de contrôle spécifiques.²³ La norme ISO 37001 «Systèmes de management anti-corruption – Exigences et recommandations de mise en œuvre», publiée en octobre 2016 et applicable en Suisse, devrait se révéler utile lors de l'application de ces mesures. Elle concerne en particulier la mise en œuvre, l'élargissement et l'amélioration des systèmes anti-corruption.²⁴ Cette norme n'offre certes pas une protection absolue, mais elle devrait mieux protéger les entreprises contre les actions en responsabilité civile et pénale.

²⁰ Art. 102 al. 2 CP.

²¹ Lucius Richard Blattner, Die Privatbestechung – eine Herausforderung für fast jede Unternehmung, *forumpoenale* 2/2015, p. 97. (cit. Blattner).

²² Blattner, p. 98.

²³ Blattner, p. 98.

²⁴ Voir le site Internet de l'Organisation internationale de normalisation, disponible à l'adresse <http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso37001.htm> (dernière consultation le 13 février 2017). Vous trouverez également des informations complémentaires concernant la norme ISO 37001 dans l'article de Marvin Schilling.

Conclusion et perspectives

La question de savoir si le nombre d'enquêtes pénales et de condamnations pour corruption privée augmentera en raison de l'introduction du délit poursuivi d'office reste incertaine. Etant donné que les autorités de poursuite pénale font face à une charge de travail élevée et qu'il sera difficile, malgré la modification de la loi, d'avoir connaissance des éventuels actes de corruption, une telle augmentation semble plutôt improbable.²⁵

Du point de vue des entreprises, il faut s'attendre à des coûts plus élevés en plus des changements organisationnels. En particulier, les petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas encore de structures de «compliance» appropriées doivent procéder à une analyse complète des risques et, le cas échéant, prendre les mesures nécessaires.²⁶ Etant donné que l'impact de la révision sur la punissabilité des entreprises peut difficilement être évalué à ce stade, il est également recommandé aux grandes entreprises d'examiner leurs règles de «compliance» sous l'angle des risques potentiels.

²⁵ Jositsch/von Rotz, p. 358.

²⁶ Blattner, p. 98.



Jörg Kilchmann
Legal, KPMG AG
jkilchmann@kpmg.com