

SUISSE

EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

La Convention a été signée le 17 décembre 1997. Le projet de loi sur la ratification et l'application de la convention de l'OCDE a été approuvé par le Conseil des Etats et le Conseil national dans un vote final le 22 décembre 1999. La loi a été publiée dans la Feuille Officielle le 11 janvier 2000 et est entrée en vigueur le 1er mai 2000. La Suisse a déposé son instrument de ratification auprès du Secrétaire général de l'OCDE le 31 mai 2000.

Les dispositions du Code pénal¹ (CP) sur la corruption ont été revues et regroupées sous un nouveau titre dix-neuvième intitulé « corruption » qui comprend les nouveaux articles 322^{ter} à 322^{octies}. Les principales modifications sont l'élévation de la corruption active au rang de crime, à l'instar de la corruption passive, cette modification entraînant la prolongation du délai de prescription de l'action pénale et l'application de la norme sur le blanchiment d'argent, et l'introduction d'une nouvelle infraction de corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP), dont la structure correspond à la corruption d'agents publics suisses (art. 322^{ter} CP). Finalement, dans le cadre de la révision totale de la partie générale du CP, le Conseil fédéral avait déjà soumis au parlement une nouvelle disposition concernant la responsabilité pénale de l'entreprise (art. 102 Projet-CP). Cette disposition a été adoptée avec la révision totale de la partie générale du code pénal par le Conseil des États en décembre 1999, et est actuellement pendante devant la commission des affaires juridiques du Conseil national. Cette disposition est donc susceptible de recevoir encore des modifications².

La Convention et le système juridique suisse

A l'article 5 de la nouvelle constitution est inscrit comme principe de l'activité de l'Etat régi par le droit, le respect du droit international public par la Confédération et les cantons. Selon le droit constitutionnel non écrit de la Confédération, la Suisse appartient au *système de l'adoption et de l'incorporation*. Dès lors, les principes, les règles et les normes de droit international public obligatoires pour la Suisse acquièrent une *validité* interne, sans qu'il soit nécessaire pour déployer des effets internes que l'on ait à opérer une transposition en droit national ou que l'organe législatif étatique compétent rende une décision d'applicabilité. Comme les normes de la Convention ne sont pas *self-executing*, elles doivent être transposées en droit national pour être applicables.

Selon la doctrine et la jurisprudence suisses, le droit international public a la priorité sur l'ensemble du droit cantonal (à l'exception des traités internationaux conclu par les cantons), sur les ordonnances de la Confédération, ainsi que sur les lois et arrêtés fédéraux de portée générale antérieurs. Dans tous les cas le droit national sera interprété conformément au droit international.

¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0

2. Le présent rapport se base sur les dispositions actuellement en vigueur de la partie générale du code pénal suisse, et ne préjuge pas des modifications qui pourraient y être apportées.

1. ARTICLE 1. L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS

Afin de satisfaire les exigences de l'article 1 de la Convention, la Suisse a introduit par la loi de révision du code pénal suisse de la corruption (CP) un article 322^{septies} CP s'appliquant à la corruption d'agents publics étrangers ou d'organisations de droit international public. Cet article prévoit que « Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à une personne agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement ». L'infraction de corruption active, toujours constitutive de délit sous le régime de la loi ancienne, a été élevée au rang de crime³, à l'instar de la corruption passive.

1.1 Eléments de l'infraction

Les éléments spécifiques de l'infraction prévue à l'article 1 de la Convention sont couverts de la manière suivante :

1.1.1 Toute personne

Selon les autorités suisses, la disposition concernant la corruption d'un agent public étranger est applicable à *toute personne* lorsque les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction et les règles générales sur l'application du CP sont remplies (art. 1 à 8 du code pénal sur les conditions de temps et de lieu). La loi s'applique d'ores et déjà aux personnes physiques, et dans le cadre de la révision des dispositions générales du CP⁴, il est proposé d'introduire une nouvelle disposition concernant la responsabilité pénale de l'entreprise (voir *infra* 2).

1.1.2 Le fait intentionnel

En droit suisse, la corruption d'un agent public étranger est un fait intentionnel, car « sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable celui qui commet intentionnellement un crime ou un délit. Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté. » (art. 18 CP). Selon les autorités suisses, le dol éventuel est suffisant. La loi nouvelle ne comportant aucune disposition relative à l'intention, le droit général est applicable.

1.1.3 D'offrir, de promettre ou de donner

Selon l'article 322^{septies} est poursuivi « celui qui a offert, promis ou octroyé ». La législation suisse d'application de la Convention reprend ainsi les termes de la Convention. Il n'est pas nécessaire que l'agent public ait accepté l'offre pour que l'infraction soit constituée. Par contre il est nécessaire que l'offre, la promesse ou la prestation parvienne à l'agent, faute de quoi la personne ne sera punie que de tentative de corruption.

3. Art. 9 CP : « Sont réputées crimes les infractions passibles de la réclusion. Sont réputées délits les infractions passibles de l'emprisonnement comme peine la plus grave ».

4 Message du 21 septembre 1998 n° 98.038 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs.

1.1.4 Un avantage indu pécuniaire ou autre

L'article 322^{septies} nouveau (agent étranger) ainsi que l'article 322^{ter} nouveau (agent suisse) du code pénal disposent qu'est constitutif de corruption active le fait d'offrir, promettre ou octroyé « un avantage indu »⁵. L'expression "avantage indu" est précisée par l'art. 322^{octies} ch. 2 CP qui dispose que "ne constituent pas des avantages indus les avantages autorisés par le règlement de service et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux".

Ainsi, en application de l'article 322^{octies} ch. 2 CP, les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux ne sont pas considérés comme des avantages indus. Les autorités suisses précisent qu'il s'agit d'avantages considérés comme insignifiants et ne représentant aucun risque d'incitation envers l'agent public pour qu'il agisse d'une façon qui ne corresponde pas à ses devoirs. Les autorités suisses précisent également que les avantages de faible importance ne sont ni permis, ni conformes aux usages sociaux, dès l'instant qu'ils incitent l'agent public à un comportement contraire aux devoirs de sa charge ou sont susceptibles d'influencer son pouvoir d'appréciation. Cet argument sera satisfaisant si les juges suisses adoptent systématiquement cette conception, et ne se réfèrent pas aux usages sociaux en vigueur dans le pays de l'agent public étranger.

1.1.5 Directement ou par des intermédiaires

Les termes «directement ou par des intermédiaires» de l'article 1, paragraphe 1, de la Convention n'ont pas été repris expressément dans le nouveau droit helvétique. Selon les autorités suisses, c'est parce que déjà sous le droit actuel⁶ les promesses d'avantages indirectes tombent sous le coup de la loi sans mention expresse. Une simple assimilation au droit de corruption des fonctionnaires nationaux était donc possible sur ce point.

Selon les autorités suisses, l'avantage sera indirect lorsqu'il n'est pas remis au destinataire par l'auteur, mais par un tiers qui agit comme un auxiliaire d'exécution. Le droit actuel ne traite pas des modalités de la prestation, car il suffit qu'un avantage ait été promis. Pour la punissabilité du promettant et du destinataire, il est sans intérêt de savoir qui a remis l'avantage ou qui devait le remettre. Le tiers pourra, selon les situations, être soit un co-auteur ou un participant, soit être utilisé comme instrument de commission de l'infraction.

Pour que l'acte de corruption soit constitué, il n'est pas nécessaire, selon les autorités suisses, que l'agent public connaisse le rôle de l'intermédiaire. En revanche, l'auteur qui a la maîtrise des opérations doit être informé sur les moyens et personnes utilisées par lui et connaître leurs rôles.

5. Selon la doctrine dominante, constituent des avantages indus toutes les prestations gratuites, matérielles ou immatérielles. Toutes les améliorations juridiques, économiques et personnelles, objectivement mesurables pour le bénéficiaire représentent un avantage. L'exemple classique est l'attribution d'argent liquide. Est également considérée comme un avantage matériel l'attribution d'objets ou de leur jouissance comme le don d'objets de valeur, la mise à disposition d'une voiture de location, l'octroi de rabais ou l'offre d'un voyage ainsi que la renonciation à des prestations pécuniaires (comme la remise ou la reconnaissance de dette négative). Dans la pratique, une série d'opérations fictives qui confèrent une teinte légale à la participation délictueuse des parties peuvent donner lieu à discussion. Des honoraires sont versés pour des conseils qui ne se justifient pas du point de vue économique; des factures excessives sont établies dans des affaires commerciales; des prêts sont accordés à des conditions inhabituelles. De telles affaires doivent être qualifiées d'avantages matériels lorsque la prestation et la contre-prestation ne sont économiquement pas équivalentes et que, partant, l'avantage apparaît de manière mesurable. Voir Stratenwerth, *Schweiz. Strafrecht*, Besonderer Teil II, 4e éd., Berne 1995 §57 N. 5 ; Trechsler N. 3 ad art. 315. Voir aussi Balmelli *Die Bestechungstatbestände des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berne 1996 p. 131s.

6. Dans l'arrêt ATF 100 IV 58 le Tribunal considère qu'est punissable pour corruption non seulement celui qui octroie lui-même un avantage indu, mais aussi celui qui le fait remettre à l'agent public par un tiers.

1.1.6 A un agent public étranger

Selon les autorités suisses, les différentes catégories d'agents publics étrangers envisagées par la Convention sont couvertes par le droit suisse de la corruption active :

Agents publics formels

Dans la Convention, sont des agents publics au sens formel toutes les personnes qui détiennent un mandat législatif, administratif ou judiciaire, qu'elles aient été nommées ou élues. Selon les autorités suisses, ces trois catégories de personnes sont couvertes :

- Les parlementaires⁷ et autres personnes détenant un mandat législatif, aux termes de l'article 322^{septies} CP qui incrimine la corruption active des « personnes agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une (...) autre autorité⁸ », les autorités suisses précisant que tous les niveaux d'exercice, national ou locaux, sont couverts ;
- Les personnes détenant un mandat judiciaire, aux termes du même article 322^{septies} CP qui incrimine la corruption active des « personnes agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire (...), arbitre » ;
- Les personnes détenant un mandat administratif, aux termes du même article 322^{septies} CP qui incrimine la corruption active des « personnes agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une (...) autre autorité, en tant que fonctionnaire⁹, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité ».

Agents publics au sens matériel

Dans la Convention, sont des agents publics matériels « toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ». Selon les autorités suisses, ces différentes catégories de tâches publiques exercées par des personnes, sans égard à la nature juridique des relations contractuelles entre la collectivité publique et le mandaté, sont couvertes :

- "Les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics" aux termes de l'article 322^{octies}, alinéa 3 ;
- Les personnes exerçant une fonction dans les organes d'entreprises dominées ou contrôlées par l'État, ces organes étant qualifiés de fonctionnaire selon la jurisprudence dominante¹⁰ ;

7. Trechsel, op. cit., no 3 ad art. 285.

8. Les personnes agissant en tant que membre d'une (...) autre autorité sont membres d'une autorité non judiciaire. Les membres d'une autorité exercent aussi une fonction officielle ; toutefois la dépendance caractéristique des fonctionnaires leur fait défaut (Cf. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Berne 1994, § 57, no 7). Les autorités sont des organismes publics tels que les parlements et les organes de l'exécutif au plan national et local, les commissions (par ex. scolaires), etc. Entrent également dans la notion d'autorités la faculté de droit et des sciences économiques de l'université de Berne (ATF 107 IV 118) ou le chef d'Etat-Major général (ATF 114 IV 36).

9. La définition légale du fonctionnaire se trouve à l'art. 110 ch. 4 CP : " Le terme fonctionnaire s'applique au fonctionnaire et à l'employé d'une administration publique ou de la justice. Sont aussi considérés comme fonctionnaires les personnes qui occupent une fonction ou un emploi à titre provisoire, ou qui exercent une fonction publique temporaire".

¹⁰ ATF 121 IV 216ss : cas de la personne engagée par l'administration sous contrat de droit privé mais se trouve soumise à la surveillance et au pouvoir d'instruction de l'Etat. En revanche n'entrent pas dans cette catégorie, selon les autorités suisses, les cas de contrôle purement fiscal de l'Etat, ni les reprises limitées dans le temps faisant suite à un assainissement. Cf. Message 99.026 §221.21.

- Les agents publics d'organisations internationales sont expressément mentionnés à l'art. 322^{septies} CP qui s'applique aux personnes « agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale ». Les autorités suisses précisent que par organisation internationale, il faut entendre toutes les organisations internationales intergouvernementales ou constituées par d'autres collectivités de droit public, y compris les organisations pour la promotion de l'intégration économique régionale, telle l'Union européenne.

1.1.7 A son profit ou au profit d'un tiers

Jusqu'à présent, le droit suisse ne couvrait pas formellement tous les cas où l'avantage octroyé à l'agent public l'avait été au profit d'un tiers. Désormais le code pénal le prévoit dans ses articles 322^{ter} et 322^{septies}.

1.1.8 Pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles

L'article 322^{septies} du code pénal envisage la corruption « pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec [l']activité officielle [de l'agent] et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation ». En vertu de cette disposition, il semble que la loi de mise en œuvre de la Convention ne s'applique pas à tous les cas où l'offre, la promesse, l'octroi d'un avantage indu sont faits à un agent public étranger afin qu'il exécute les obligations de sa fonction. Selon les autorités suisses, l'incrimination de corruption d'agents publics étrangers en droit suisse couvre tous les cas pour lesquels l'agent public à quelque pouvoir d'appréciation que ce soit ; à ce titre, l'article 322^{septies} du code pénal est conforme aux Commentaires 3 (qui exige que tout agent a le devoir d'exercer son jugement ou sa marge d'appréciation de façon impartiale) et 9 (relatif aux petits paiements dits de "facilitation") de la Convention. De plus, les autorités suisses estiment qu'il est peu probable qu'en pratique il soit offert quoi que ce soit d'autre que des petits paiements de facilitation pour des actes ne contenant pas d'élément de pouvoir discrétionnaire.

1.1.9/ 1.1.10 En vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international

Les dispositions législatives suisses relatives à la corruption ne mentionnent pas spécifiquement les buts de la corruption : quel que soit l'objectif poursuivi, y compris celui d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu, celui-ci est couvert par la loi. De même, l'infraction de corruption d'un agent public étranger n'est pas limitée à l'obtention d'avantages dans la sphère du commerce international.

1.2 Complicité

L'article 1(2) de la Convention oblige les parties contractantes à prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption envers un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation.

Le CP traite de l'instigateur et du complice aux articles 24 et 25, qui s'appliquent aussi bien à la corruption d'agents publics nationaux qu'à la corruption d'agents publics étrangers.

- L'instigateur est défini comme une personne qui a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit. Il encourt, si l'infraction a été commise, la peine applicable à l'auteur de cette infraction (art. 24 al. 1 CP).

- Le complice est quant à lui celui qui intentionnellement prête assistance pour commettre un crime ou un délit (l'élément de subordination le distingue du coauteur¹¹). Le tribunal a la possibilité (mais pas l'obligation) d'atténuer la peine à l'égard du complice (art. 25 CP)¹².

Les autorités suisses précisent que s'applique le principe de l'accessoriété selon le degré de consommation, ce qui signifie que l'instigation ou la complicité sont consommées lorsque l'infraction en est au moins au stade de la tentative (l'infraction n'a ainsi pas besoin d'être consommée pour qu'un participant puisse être puni). Si l'acte principal en reste au stade de la tentative, l'instigateur ou le complice encourra la peine prévue pour la tentative. Cependant il n'est pas nécessaire que l'auteur principal soit effectivement poursuivi.

Le fait de donner l'autorisation de commettre une infraction n'est pas prévu par une disposition spécifique du Code pénal. Toutefois, les autorités suisses précisent que celui qui donne à autrui l'autorisation de corrompre un agent public est punissable de façon différenciée suivant les cas : en tant qu'instigateur lorsque, par son autorisation, il provoque chez l'auteur la décision de commettre l'acte de corruption ; en tant que complice lorsqu'il appuie ou renforce l'auteur dans sa décision de commettre l'acte de corruption ; en tant que coauteur lorsqu'il commet l'acte de corruption en collaborant intentionnellement et de manière déterminante avec la personne à qui il donne l'autorisation ; en tant qu'auteur principal (auteur médiateur) lorsqu'il trompe celui à qui il donne l'autorisation sur la véritable nature de l'affaire et qu'il l'utilise ainsi comme un instrument. Il en sera de même pour la personne qui encourage autrui à la corruption et qui sera punissable tant lorsqu'il encourage activement le tiers que lorsqu'il renforce quelqu'un, par simple omission (silence, non-intervention), dans sa décision de commettre un acte de corruption.

1.3 Tentative et complot

L'article 1(2) de la Convention demande à chaque Partie de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale la tentative ou le complot en vue de corrompre un agent public étranger dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public dans cette Partie constitue une telle infraction.

Tentative

Les articles 21, 22 et 23 du CP en vigueur distinguent la tentative inachevée, le délit manqué (ou tentative achevée)¹³ et le délit impossible. Les articles 21 et 23 s'appliquent aux délits formels, et les articles 22 et 23 s'appliquent aux délits matériels. La corruption d'un agent public étranger selon l'article 322^{septies} CP étant un délit formel, lui sont applicables les articles 21 et 23 CP.

Dans la tentative inachevée, l'auteur ne poursuit pas jusqu'au bout son activité coupable. Ainsi l'article 21 prévoit que la peine pourra être atténuée à l'égard de celui qui aura commencé l'exécution d'un crime ou d'un délit, sans toutefois poursuivre jusqu'au bout son activité coupable. Celui qui, de son propre mouvement, aura renoncé à poursuivre jusqu'au bout son activité coupable pourra être exempté de toute peine pour sa tentative (art. 21, ch. 2).

-
- 11 . Le coauteur est celui qui collabore intentionnellement et de manière déterminante avec d'autres personnes dans la décision de commettre une infraction, dans son organisation ou son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux, ce qui justifie qu'il soit puni comme tel.
 - 12 . Article 65 CP "Si le juge estime que la peine doit être atténuée, il prononcera: (...) au lieu de la réclusion, l'emprisonnement de six mois à cinq ans; (...) au lieu de l'emprisonnement, les arrêts ou l'amende." Le projet de révision du code pénal prévoit que la peine sera toujours atténuée pour le complice.
 - 13 . Il y a délit manqué selon l'article 22 CP quand l'auteur a achevé son activité coupable, mais sans atteindre le résultat nécessaire pour que le crime ou le délit soit consommé.

On parle ensuite de délit impossible (art. 23 CP) lorsque l'auteur a tenté de commettre une infraction par un moyen ou contre un objet de nature telle que la perpétration de cette infraction était absolument impossible. Dans ce cas, le juge pourra atténuer librement la peine.

Selon les autorités suisses, il convient d'observer que la tentative de corruption devrait se présenter plutôt rarement, car la loi déclare déjà punissable comme délit consommé l'offre d'un avantage. Il y aura par exemple tentative lorsque l'offre de corruption ne parvient pas à l'agent public¹⁴.

Complot

Le complot au sens anglo-saxon de *conspiracy* n'existe pas en droit suisse. Par contre est punissable la participation à une organisation criminelle et le soutien à une telle organisation¹⁵. L'un des éléments constitutifs de cette infraction est l'intention de se procurer des revenus par des moyens criminels, ce qui peut être le cas de la corruption d'agents publics étrangers.

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

En vertu de l'article 2 de la Convention, chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger.

Jusqu'à présent, le droit pénal suisse ne prévoit que des sanctions pénales très limitées contre les personnes morales, à savoir la confiscation des biens patrimoniaux détenus par une personne tiers. Le droit suisse ne prévoit également que des sanctions de nature civile et administrative indirectes contre des actes connectés à un versement ou une offre de pot-de-vin. De plus, il n'existe pas de possibilité pour imposer une amende pénale à une personne morale. La responsabilité pénale de l'entreprise devrait cependant être introduite dans le cadre de la révision des dispositions générales du CP¹⁶ présentée devant le Parlement. Les autorités suisses s'attendent à ce que les lois établissant la responsabilité pénale des entreprises en conformité avec les exigences de la Convention soient mises en place d'ici 2000/2003.

2.1. Responsabilité pénale des personnes morales

Le projet d'article 102 du code pénal intitulé « responsabilité de l'entreprise » dispose que :

- « 1. L'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus si un crime ou un délit est commis en son sein dans l'exercice d'activités commerciales conformes au but de l'entreprise et que cet acte ne peut être imputé à aucune personne déterminée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise.
- 1bis. En cas d'infractions selon les articles 260^{ter}, 305^{bis}, 305^{ter}, 322^{ter} (P), 322^{quinquies} (P), 322^{septies} (P) du présent code, 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.
2. Le tribunal fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, d'après la gravité du manque d'organisation, d'après la gravité du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

14. Le projet de révision des dispositions générales du code pénal vise à simplifier ces dispositions en ne distinguant plus que la tentative punissable et le désistement.

15. art. 260^{ter} paragraphe 1 CP : « Celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels, celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. »

16. Message du 21 septembre 1998 précité.

3. Sont des entreprises au sens de cet article les personnes morales, les sociétés et les entreprises individuelles. »

Entités juridiques sujets à la responsabilité pénale

L'alinéa 3 de la disposition proposée donne une définition juridique de l'entreprise et donc le champ d'application de l'article, qui couvre les personnes morales¹⁷, les sociétés et les entreprises individuelles. Selon les autorités suisses, elle englobe non seulement les entreprises de droit privé mais aussi celles de droit public (par ex. les régies des collectivités publiques). Cependant le terme même d'entreprise exclut l'application de la responsabilité pénale pour l'Etat, ainsi que pour les autres collectivités publiques (cantons, communes, etc.).

Signification de la responsabilité pénale

Selon les autorités suisses, en vertu du projet d'article 102 P-CP, alinéas 1 et 1bis, l'entreprise ne pourrait être sanctionnée que si l'infraction prend place « dans l'exercice d'activités commerciales conformes au but de l'entreprise ». Par cette disposition, transparaît l'exigence d'un lien intrinsèque entre la personne morale et le fait infractionnel.

Mise en jeu de la responsabilité pénale

Selon le projet du Conseil fédéral, article 102 P-CP alinéa 1er, l'entreprise ne sera punissable que si une infraction est commise dans le cadre de l'exploitation de celle-ci et que son véritable auteur ne peut être identifié en raison d'une organisation déficiente. Pour l'entreprise, il résulte de cette réglementation une responsabilité pénale subsidiaire. Sa responsabilité n'est donc engagée (dans la mesure où les autres conditions sont remplies) que si aucune personne physique ne peut être identifiée et accusée¹⁸. Le principe retenu ici est l'exclusion du cumul des responsabilités.

Si le Conseil des États, lors de la discussion du projet, a maintenu la responsabilité subsidiaire de l'entreprise comme principe, il a également institué une responsabilité primaire de l'entreprise, d'application limitée à certaines infractions, dont la corruption d'agents publics étrangers¹⁹ (art. 102 P-CP alinéa 1bis). Primaire signifie que la responsabilité entre en jeu indépendamment de la punissabilité d'une personne physique et de sa qualité (la fonction que les corrupteurs occupent dans l'entreprise ne joue aucun rôle : ce peut être n'importe quel employé de l'entreprise, une intention ou un acte d'un organe n'étant pas nécessaire). Si les actes de corruption peuvent être imputés à une personne physique, celle-ci est punissable en sus de l'entreprise si elle remplit les conditions générales de punissabilité prévues par l'article 322septies, et il y aura alors cumul possible de responsabilités. La personne physique pourra être

17 Art 52 du Code Civil : « 1) Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité [morale] en se faisant inscrire au registre du commerce. 2) Sont dispensés de cette formalité les corporations et les établissements de droit public, les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille. » Art. 60 CC : « Les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement ».

18. Le fait que le manque d'organisation tient le plus souvent à un comportement négligent ne doit pas cacher que les structures organisationnelles d'une entreprise peuvent aussi être établies en vue d'empêcher l'imputation de la responsabilité pénale à des particuliers, par exemple pour causer des dommages à l'environnement ou verser des pots-de-vin. Selon les autorités suisses, il va de soi que de telles formes d'irresponsabilité organisée tomberont sous le coup de l'article nouveau 102 P-CP.

19. Les infractions visées sont la participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), le blanchiment d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{bis} et 305^{ter} CP), et les infractions de corruption d'agents publics suisses et étrangers (art. 322^{ter}, 322^{quinquies} et 322^{septies} CP).

poursuivie indépendamment de la poursuite de la personne morale, et quand bien même aucun défaut d'organisation ne serait constaté au sein de la personne morale²⁰.

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

La Convention exige des Parties qu'elles établissent des «sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives» comparables aux sanctions applicables à la corruption des agents publics de la Partie en question. La Convention exige également que, pour les personnes physiques, les sanctions pénales incluent des «peines privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition». Dans tous les cas, la Convention exige que chaque Partie prenne les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits pourront faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires «d'un effet comparable» soient prévues. Finalement, la Convention demande à chaque Partie d'envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

Les nouvelles dispositions du code pénal relatives à la corruption élèvent la corruption active au rang de crime, et prévoient des peines privatives de liberté pour les personnes physiques. Les peines encourues sont identiques en cas d'actes de corruption d'agents publics étrangers ou d'agents publics nationaux.

3.1 / Sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers

3.2

Personnes physiques

Comme la corruption active d'agents publics nationaux, la corruption d'agents publics étrangers est frappée d'une peine privative de liberté d'un maximum de cinq ans²¹. Pour ce qui est de la détermination de la peine dans les limites fixées par la loi, le code pénal suisse prévoit que «le juge fixera la peine d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier» (art. 63). La loi suisse ne prévoit pas de peine d'amende pour les infractions de corruption, sauf dans les cas où existe la circonstance aggravante de cupidité²².

Le code pénal suisse prévoit également des peines accessoires applicables en plus de la peine privative de liberté, comme l'incapacité temporaire de revêtir une charge ou une fonction officielle, si l'infraction dénote que le délinquant est indigne de confiance (art. 51) ; l'interdiction temporaire pour le condamné d'exercer sa profession, son industrie ou son commerce, lorsqu'un crime ou un délit a été commis dans l'exercice, subordonné à une autorisation officielle, de cette activité, et lorsque le délinquant a été condamné à une peine privative de liberté supérieure à trois mois, si le juge a lieu de craindre de nouveaux abus (art. 54) ; et enfin l'expulsion pour les étrangers (art. 55). Une autre mesure possible est la publication du jugement (art. 61).

Personnes morales

Le projet de texte prévoit une amende d'un montant maximum de cinq millions de francs (art. 102 P-CP chiffre 1). Il n'est pas fixé de limite inférieure. Selon le projet de texte, il reviendra au tribunal de fixer le

20 . Les autorités suisses précisent que si la responsabilité de l'entreprise ne peut être engagée en vertu de l'alinéa 1bis, aucune poursuite ne pourra subsidiairement être intentée en vertu de l'alinéa 1.

21 . La corruption d'agents publics étrangers est punie de la réclusion jusqu'à cinq ans ou de l'emprisonnement. Selon l'article 35 du code pénal « La réclusion est (...) est d'un an au moins et de vingt ans au plus. (...) » Et selon l'article 36, La durée de l'emprisonnement est de trois jours au moins et (...) de trois ans au plus.

22 . Si le délinquant a agi par cupidité, l'article 50 alinéa 1 CP prévoit que le juge pourra de plus le condamner à une amende, sans être lié par le montant maximum légal de 400.000 francs suisses (art. 48 CP). De plus, l'article 68 §1 CP relatif aux concours d'infractions peut s'appliquer.

montant de l'amende en tenant compte de quatre critères cumulatifs : la gravité de l'infraction, la gravité du manque d'organisation, la gravité du dommage causé, et la capacité économique de l'entreprise. Les autorités suisses précisent que l'amende, dans le contexte de la punissabilité de l'entreprise, est une peine visant le plus souvent à sanctionner une négligence. De plus l'amende, en droit suisse, n'a pas de fonction confiscatoire. Par contre la confiscation des valeurs patrimoniales résultant de l'infraction est possible sans limite quantitative : elle porte sur la totalité des valeurs acquises.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

La condition permettant l'entraide judiciaire incluant des mesures coercitives est la double incrimination. Cette condition pourra pleinement être remplie une fois que l'article 322^{septies} prévoyant la punissabilité de la corruption d'un agent public étranger sera entré en vigueur.

La Suisse est actuellement déjà en mesure d'aider l'Etat lésé lors d'une procédure pénale par la voie de l'entraide judiciaire. La capacité de fournir une aide rapide a été renforcée par la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)²³.

3.4 Sanctions pénales et extradition

Selon l'article 35 alinéa 1 EIMP, « l'extradition peut être accordée s'il ressort des pièces jointes à la demande que l'infraction: a) est frappée d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère, aux termes du droit suisse et du droit de l'Etat requérant, et b) ne relève pas de la juridiction suisse ». L'article 322^{septies} CP prévoit que la corruption d'agents publics étrangers sera frappée de la réclusion jusqu'à cinq ans ou de l'emprisonnement. Cette peine est donc suffisante pour permettre l'extradition. Il faut noter la réserve des dispositions de la loi étrangère. Par ailleurs, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 prévoit en son article 2 les mêmes conditions de mise en œuvre. 38 États, dont la Suisse, ont ratifié cette Convention.

3.5 Sanctions si la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales

La responsabilité pénale des entreprises étant à l'état de projet de loi, le droit suisse prévoit indirectement des sanctions civiles et administratives, et une sanction pénale qui vise l'entreprise non comme auteur de l'infraction, mais en tant que tiers :

- *Droit civil*: Selon l'article 52 du code civil suisse (CC), les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ne peuvent acquérir la personnalité. Par conséquent elles doivent être dissoutes, et leur fortune est dévolue à la collectivité (art 57, al. 3; CC).

- *Droit administratif*: Des sanctions existent à l'égard des entreprises soumises à la surveillance de l'Etat et qui se livrent à la corruption (p. ex. les banques), ainsi qu'à l'égard d'entreprises qui ne se soumettent pas à l'ordre administratif (art. 39ss de la loi sur la procédure administrative). De plus, les autorisations qui sont liées à des charges peuvent être temporairement retirées; les contingents peuvent, lors d'un usage illicite, être limités ou retirés. Il existe également des sanctions relatives à l'accès aux marchés publics : un soumissionnaire peut être exclu de la procédure conformément à l'article 11 lettre b (exclusion en cas de faux renseignements) et lettre e (exclusion en cas d'accords contraires à la concurrence) de la loi fédérale

²³ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP), révisée le 4 octobre 1996, entrée en vigueur le 1^{er} février 1997, RO 1997, p. 114 ss; Message du Conseil fédéral, dans la FF 1995 III 1 ss.

sur les marchés publics²⁴. Les autorités suisses indiquent qu'à ce jour aucun cas de corruption n'a entraîné l'exclusion des marchés publics.

- *Droit pénal*: La confiscation de valeurs patrimoniales à l'encontre d'un tiers est possible également à l'égard d'une entreprise (cf. *infra* 3.6.).

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption

Selon l'article 3, § 3, de la Convention, « chaque Partie prend les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues ». En droit suisse, il n'existe pas de dispositions spécifiques relatives à la confiscation et à la saisie des instruments et produits de la corruption. Les dispositions du droit commun s'appliquent.

Confiscation

Selon l'article 59 CP, « le juge prononcera la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits ». Partant, la somme ou la prestation offerte versée en vue de corrompre pourra être confisquée avant ou après son transfert, soit auprès du corrupteur, soit auprès du corrompu, de même que le produit d'un négoce conclu par corruption, pour autant que la corruption ait été causale dans la conclusion du contrat. Le chiffre 2 dispose que « lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, le juge ordonnera leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent ».

S'agissant de la confiscation des produits du crime auprès des personnes morales, un problème se pose lorsque les actes de corruption sont commis en son sein et que le produit de l'affaire lui échoit directement. La personne morale ne peut être considérée comme auteur de l'infraction, mais elle entre en revanche en ligne de compte en tant que « tiers » au sens de l'article 59, chiffre 1, alinéa 2 CP, qui précise les conditions de la confiscation auprès des tiers. Le tiers échappera à toute confiscation seulement lorsqu'il aura acquis les valeurs dans l'ignorance des faits justifiant la confiscation et aura fourni une contre-prestation appropriée. Directement touché, il est partie à la procédure et peut faire l'objet de mesures coercitives en vue de confiscation. Selon les autorités suisses, par l'introduction de l'art. 102 CP la personne morale pourra être auteur de l'infraction, et donc sujet à la confiscation directe selon l'art. 59, chiffre 1, alinéa 1 CP.

Saisie

Selon les autorités suisses, « les larges possibilités de confiscation prévues par le droit suisse peuvent être garanties selon les codes de procédure par des mesures conservatoires (en particulier, la saisie) ». La saisie est prévue dans les codes de procédure de la Confédération et des cantons²⁵. En matière de biens immobiliers, les autorités de poursuites peuvent ordonner le blocage du registre foncier auprès des autorités compétentes.

Coopération internationale en matière de saisie et de confiscation

L'entraide judiciaire en matière de mesures provisoires et de confiscation est régie exclusivement en droit suisse par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) et par le

²⁴ Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1 et Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics, RS 172.056.11

25. Art. 65 ss de la Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale. Les 26 codes de procédure pénale cantonaux connaissent des règles analogues.

droit conventionnel applicable, tout particulièrement par la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime. L'art.63 EIMP prévoit que « les actes d'entraide comprennent notamment (...) la saisie²⁶, (...) la remise d'objets ou de valeurs en vue de la confiscation²⁷ ou de la restitution à l'ayant droit. » En cas d'urgence, la prise de mesures provisoires peut être ordonnée par l'Office fédéral de la police dès l'annonce d'une demande. Un délai est alors fixé à l'Etat requérant pour faire parvenir sa demande aux autorités suisses (art. 18, al. 2, EIMP).

3.8 Sanctions complémentaires civiles et administratives

S'agissant des personnes morales, et d'après le projet de texte relatif à la responsabilité pénale des entreprises, celles-ci ne devraient pas être soumises à des sanctions complémentaires civiles et administratives. En effet, selon les autorités suisses, il n'existe pas de raison impérative de favoriser un échafaudage de sanctions diffuses plutôt qu'une véritable peine pénale, car l'amende est la peine la plus appropriée que l'on puisse infliger à une entreprise. Infliger des sanctions telles que la dissolution de l'entreprise et l'interdiction d'exercer une activité commerciale obligerait le tribunal à prendre, en sus de la sanction, des décisions relevant à bien des égards de la politique d'entreprise, ce qui outrepasserait ses possibilités dans bien des cas. Les sanctions mentionnées au point 3.5. ne visent pas directement les cas de corruption mais sont possibles parce qu'elles sont fondées sur des infractions accompagnant souvent les actes de corruption, comme la fourniture de faux renseignements.

S'agissant des personnes physiques, les autorités suisses indiquent que les sanctions administratives citées au point 3.5 pour les personnes morales leurs sont également applicables.

4. ARTICLE 4. COMPETENCE

L'article 4 de la Convention exige que chaque Partie établisse sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire, que l'acte de corruption soit le fait d'un ressortissant de la dite partie ou non. La Convention exige également des États qui ont compétence pour poursuivre leurs ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. Les Commentaires précisent que la compétence territoriale devrait être interprétée largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé.

4.1 Compétence territoriale

L'article 3 alinéa 1 du Code pénal dispose que « le présent code est applicable à quiconque aura commis un crime ou un délit en Suisse. »

Selon les autorités suisses, les dispositions relatives à la corruption des agents publics étrangers s'appliquent lorsque l'infraction est commise en totalité ou en partie sur le territoire suisse. L'article 7 du code pénal dispose notamment que « 1) Un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a

26 . Voir art. 18 EIMP

27 . Sur demande d'entraide judiciaire d'un Etat étranger, la Suisse peut procéder à la confiscation d'avoirs provenant d'une infraction, lorsque la compétence d'une juridiction suisse est donnée. La confiscation se fonde alors sur le droit interne. La Suisse peut également procéder à l'exécution de décisions de confiscation étrangères, sur la base des articles 94ss EIMP. Une confiscation ou l'exécution d'une décision étrangère de confiscation peut également être ordonnée en application de la Convention précitée avec les Etats qui y sont parties. L'article 74a EIMP permet également aux autorités suisses de remettre des avoirs à un Etat étranger aux fins de confiscation dans cet Etat lorsque, en règle générale, cet Etat a rendu un jugement de confiscation visant ces avoirs ou lorsqu'il est hautement vraisemblable qu'il existe un rapport entre ces avoirs et les faits poursuivis dans l'Etat étranger

agi, qu'au lieu où le résultat s'est produit. 2) Une tentative est réputée commise tant au lieu où son auteur l'a faite, qu'au lieu où, d'après le dessein de l'auteur, le résultat devait se produire »²⁸.

En vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, les simples actes de participation commis en Suisse dans le cadre d'un crime ou délit principal commis à l'étranger sont considérés comme étant commis à l'étranger. Les autorités suisses indiquent que les participants suisses à un acte de corruption commis à l'étranger peuvent être poursuivis en Suisse sur la base de l'article 6 du Code pénal. Les participants étrangers ne peuvent pas être poursuivis en Suisse mais peuvent être extradés vers le pays où l'acte principal a été commis. La réforme de la partie générale du Code pénal devrait permettre la poursuite des participants étrangers en Suisse.

4.2 Compétence extraterritoriale

a) Compétence fondée sur la nationalité

Outre le principe de la territorialité, la Suisse connaît le principe de la personnalité active. Selon l'article 6 CP, le droit pénal suisse « est applicable à tout Suisse qui aura commis à l'étranger un crime ou un délit pouvant d'après le droit suisse donner lieu à extradition, si l'acte est réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse ou s'il est extradé à la Confédération à raison de son infraction. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé ». Sous ces réserves, l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers s'appliquera également aux faits commis à l'étranger par des ressortissants suisses.

b) Autre compétence extraterritoriale

La Suisse connaît une compétence extra-territoriale qui s'applique aussi aux infractions de corruption. Elle se fonde principalement sur le principe de la personnalité active (voir *infra* 4.2). Dans le cadre de la révision de la partie générale du Code pénal, il a été proposé d'étendre le champ d'application territoriale conformément au principe de la compétence déléguée. L'art. 7 P-CP prévoit ainsi que quiconque commet un crime ou un délit à l'étranger est soumis au droit pénal suisse : « a. si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale ; b. si l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il est remis à la Suisse en raison de cet acte ; et c. si, selon le droit suisse, l'acte peut donner lieu à l'extradition, mais que l'auteur n'est pas extradé ». Par ailleurs l'alinéa 2 prévoit 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 1^{er} alinéa est applicable uniquement si la demande d'extradition a été rejetée pour un motif autre que la nature de l'acte ».

4.3 Procédures de consultation

L'article 4 de la Convention précise que lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée de corruption d'agents publics étrangers, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les

28. Selon les autorités suisses, l'exécution de l'acte au sens de l'art. 7 CP recouvre toute forme de comportement qui réalise les éléments constitutifs d'une infraction. Ne sont pas suffisants la simple prise de décision et préparation (ATF 104 IV 86), mais sont suffisants le premier pas qui représente le passage à la tentative (par ex. le départ à l'étranger pour y trahir un secret, ATF 104 IV 181). Entre également dans la notion d'exécution de l'acte l'achèvement de celui-ci (par ex. le retrait de l'argent obtenu par escroquerie, ATF 99 IV 124, 109 IV 3 s.). Par analogie avec ces arrêts du Tribunal fédéral, les autorités suisses affirment que sont par exemple susceptibles d'être poursuivis pénalement un appel téléphonique, un fax ou un message électronique qui, depuis la Suisse, offriraient un avantage indu à un agent public étranger.

poursuites. La loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) prévoit les règles concernant la délégation de la poursuite pénale (art. 85 - 93) et la délégation de l'exécution d'une décision pénale (art. 94 - 108).

Délégation de la poursuite pénale

Le principe d'acceptation par la Suisse (art. 85ss EIMP) est que « 1. A la demande de l'Etat où l'infraction a eu lieu, la Suisse peut réprimer à sa place un acte commis à l'étranger: a) si l'extradition est exclue; b) si la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'autres infractions plus graves et c) si l'Etat requérant donne la garantie de ne plus la poursuivre pour le même acte après qu'elle aura été acquittée ou qu'elle aura subi une sanction en Suisse. 2. La poursuite pénale d'un étranger qui réside habituellement en Suisse peut aussi être acceptée si son extradition ne se justifie pas et que l'acceptation de la poursuite semble opportune en raison de sa situation personnelle et de son reclassement social. »

L'art. 88 pose ensuite les conditions de délégation à l'étranger : « Un Etat étranger peut être invité à assumer la poursuite pénale d'une infraction relevant de la juridiction suisse si sa législation permet de poursuivre et de réprimer judiciairement cette infraction et si la personne poursuivie: a) réside dans cet Etat, son extradition à la Suisse étant inopportune ou exclue, ou b) est extradée à cet Etat et que le transfert de la poursuite pénale permet d'escompter un meilleur reclassement social. »

Exécution des décisions

Le principe d'acceptation par la Suisse (art. 94 EIMP) est que « 1. Une décision définitive et exécutoire d'un Etat étranger peut être exécutée, sur sa demande, si: a) le condamné réside habituellement en Suisse ou doit y répondre d'une infraction grave; b) la condamnation a trait à une infraction perpétrée à l'étranger et qui, commise en Suisse, y serait punissable et si c) l'exécution paraît, soit opportune en Suisse (pour des raisons similaires à celles qui peuvent mener à la délégation de la poursuite pénale; cf. ci-dessus), soit exclue dans l'Etat requérant. 2. La sanction prononcée à l'étranger est exécutée dans la mesure où elle ne dépasse pas le maximum de la peine prévue par le droit suisse pour une infraction du même genre. La sanction peut être exécutée même si elle n'atteint pas le minimum prévu par le droit suisse. (...) 4. Les amendes, ainsi que les frais des procédures prévues par l'article 63 EIMP, peuvent aussi être recouverts si le condamné réside habituellement à l'étranger, mais possède des biens en Suisse, et si l'Etat requérant accorde la réciprocité. » Par ailleurs, la Suisse a ratifié la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959.

4.4 Efficacité de la juridiction

Dans le cadre de la révision de la partie générale du CP, il est prévu d'étendre le champ d'application du droit suisse (art. 7 P-CP). Dans le message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998, il est exposé qu'il « ne se justifie plus aujourd'hui de ne prévoir l'application du droit suisse aux infractions commises à l'étranger que dans les cas où l'auteur ou la victime possède la nationalité suisse ou lorsque la répression de l'acte délictueux relève de la souveraineté pénale de la Suisse en vertu d'un accord international. La solidarité internationale s'avérant indispensable dans la lutte contre la criminalité, notre pays se doit d'étendre le champ d'application du droit suisse aux cas dans lesquels des motifs autres que la nature de l'infraction font obstacle à une extradition. Conformément au principe de la compétence déléguée, la poursuite pénale incombera ainsi à l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur de l'infraction»²⁹.

²⁹ L'article 7 P-CP a été adopté par le Conseil des États (comme première chambre) le 14 décembre 1999. Il fait désormais l'objet des délibérations de la commission des affaires juridiques du Conseil national dans le cadre de la révision de la partie générale du CP.

5. ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention requiert des Parties que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger soient soumises aux règles et principes applicables de chaque partie. Elle exige aussi que chaque Partie garantisse que les enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

5.1 Règles et principes qui s'appliquent aux enquêtes et poursuites

Selon l'article 123, alinéa 3, de la Constitution fédérale³⁰, l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière pénale sont du ressort des cantons. Cela signifie que la Suisse connaît 26 procédures cantonales, ainsi qu'une loi fédérale sur la procédure pénale³¹, une loi fédérale sur le droit pénal administratif³² et une loi fédérale sur la procédure pénale militaire³³. Le droit de procédure suisse ne contient pas de règles régissant uniquement la poursuite de délits de corruption. S'agissant de l'ouverture et du classement d'une procédure, sont applicables les principes généraux suivants :

Ouverture d'une procédure pénale

Selon le principe de la maxime d'office et de la légalité, les autorités de poursuite pénale doivent examiner tous les états de fait à caractère délictueux qui sont portés à leur connaissance et elles doivent, en cas de présomption suffisante de culpabilité, les faire juger. Les dénonciations aux autorités de poursuite pénale - soit lorsqu'une personne déclare, sous la forme d'une plainte pénale, avoir connaissance d'un délit - peuvent être faites par tout un chacun, par écrit ou par oral, auprès de l'autorité compétente pour les recevoir, notamment la police.

L'ouverture d'une procédure pénale au sens strict est différemment réglée suivant les cantons: dans certains cantons, l'ouverture se fait par la prise en main effective du cas (en procédant à des actes d'instruction) par l'autorité compétente ; dans d'autres cantons, la procédure pénale est ouverte par une décision formelle.

Suspension ou classement d'une procédure

L'instruction pénale se conclut généralement soit par le classement de la procédure, soit par une mise en accusation, par le renvoi de la cause au tribunal, qui la jugera.

Une procédure peut notamment donner lieu à un classement, lorsqu'il est évident qu'aucune infraction n'est réalisée ou qu'il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve. L'affaire sera également classée lorsqu'une condition de procédure fait défaut (par ex., prescription, mort de l'accusé). Il est possible d'introduire un recours contre une décision de classement. Pour les détails d'un tel recours, il faut se référer à chaque fois au code de procédure pénale applicable³⁴.

³⁰ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101

³¹ Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, RS 312.0

³² Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0

³³ Loi fédérale du 23 mars 1979 sur la procédure pénale militaire (PPM), RS 322.1

³⁴ . Ont la qualité pour agir d'une part les parties et, d'autre part, les personnes qui participent à la procédure et dont les droits sont touchés par la décision. Les autorités suisses citent ici particulièrement les personnes, entreprises ou collectivités auxquelles la corruption porte atteinte et qui peuvent se constituer partie civile. A cet égard, il convient de souligner qu'une personne peut se constituer partie civile que son domicile ou son siège se trouve en Suisse ou à l'étranger. De plus, selon le code de procédure applicable, l'approbation

Droit matériel

Une certaine opportunité dans les poursuites est attribuées au juge. L'article 322^{octies}, chiffre 1, CP qui dispose en effet que : "Si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont si peu importantes qu'une peine serait inappropriée, l'autorité compétente renoncera à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine." L'introduction de cette disposition en droit fédéral était jugée nécessaire selon les autorités suisses car seule une partie des codes de procédure cantonaux connaissent un principe procédural d'opportunité.

Selon les autorités suisses, il faut interpréter l'article 322^{octies}, chiffre 1, de telle manière « qu'une appréciation globale du comportement, en soi illicite eu égard aux éléments constitutifs de l'infraction considérée, fasse apparaître que l'acte en cause et la culpabilité de son auteur, mesurés au cas normal, sont nettement moins graves ». Cette différence doit être tellement nette que l'infliction d'une sanction pénale paraîtrait injustifiée, tant du point de vue de la prévention générale que de celui de la prévention spéciale.

5.2 Considérations d'intérêt économique, politique ou autre

Selon les autorités suisses, en référence aux droits de procédure cantonaux et fédéraux et à l'article 322^{octies} chiffre 1 CP, les autorités de poursuite pénale ne doivent se laisser guider, lors de l'ouverture d'une enquête ou du dépôt d'une plainte, que par des considérations juridiques. Elles ne sauraient suspendre une procédure pour des motifs politiques de protection d'intérêts économiques nationaux, à cause de considérations de politique extérieure ou en raison de la réputation de la personne ou de l'entreprise impliquée.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

L'article 70 du CP prévoit que le délai de prescription de l'action pénale est de dix ans pour les infractions passible d'une peine privative de liberté supérieure à trois ans, ce qui est le cas de corruption active d'agent public étranger.

Selon l'article 71 du code pénal « La prescription court du jour où le délinquant a exercé son activité coupable ; si cette action s'est exercée à plusieurs reprises, du jour du dernier acte ; si les agissements coupables ont eu une certaine durée, du jour où ils ont cessé. »

La prescription est interrompue par tout acte d'instruction d'une autorité chargée de la poursuite ou par toute décision du juge dirigée contre l'auteur. Dans le cas de la corruption d'un agent public étranger, l'interruption peut prolonger le délai ordinaire de cinq ans, soit 15 ans au maximum³⁵ (article 72 du code pénal).

7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DES CAPITAUX

L'article 7 de la Convention exige que chaque Partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux prendra la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite. L'article 305^{bis} CP concernant le blanchiment d'argent prévoit que « celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. »

d'une autorité supplémentaire (chambre d'accusation, ministère public) est ou non nécessaire en cas de décision de classement, qu'un recours soit exercé ou non.

35. « A chaque interruption, un nouveau délai de prescription commencera à courir. Néanmoins, l'action pénale sera en tout cas prescrite lorsque le délai ordinaire sera dépassé de moitié (...). »

7.1/ Corruption d'agents publics suisses et étrangers

7.2

Désormais aussi bien la corruption active d'agents publics suisses que celle d'agent publics étrangers sont qualifiés de crime en droit suisse (cf. art. 322^{ter} et 322^{septies} CP). Ces articles constituent donc une infraction de base aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment de capitaux. Selon le droit suisse, l'auteur d'un blanchiment est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise (art. 305^{bis} al. 3 CP).

8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

8.1 Tenue de livres et états comptables

L'ensemble des actes proscrits par l'article 8 de la Convention (établissement de comptes hors livres, opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, enregistrement de dépenses inexistantes, enregistrement d'éléments passifs dont l'objet n'est pas correctement identifié, utilisation de faux documents) sont interdits de façon générale par l'Article 957 du Code des Obligations (CO)³⁶. Aux termes de cet article, quiconque a l'obligation de faire inscrire sa raison de commerce sur le registre de commerce doit posséder les livres exigés par la nature et l'étendue de ses affaires ; il les tiendra exactement et de manière qu'ils révèlent à la fois la situation financière de l'entreprise, l'état des dettes et créances se rattachant à l'exploitation, de même que le résultat des exercices annuels.

8.2 Entreprises soumises à la législation comptable suisse

Selon les autorités suisses sont soumises aux règles relatives à la tenue de la comptabilité toute entité inscrite au registre du commerce (art. 957 CO). L'obligation de tenir une comptabilité commerciale dépend de l'obligation de s'inscrire sur le registre du commerce et non pas de l'inscription qui en résulte. Autrement dit, une entreprise qui est assujettie à l'inscription est dans tous les cas obligée de tenir une comptabilité même si elle n'est pas inscrite sur le registre du commerce.

Aux termes de l'article 934 alinéa 1 du Code des Obligations (CO), est tenu en principe à une telle inscription celui qui exerce «une industrie en la forme commerciale» (art. 52 à 56 ORC³⁷). Ne sont toutefois pas assujetties à l'inscription les entreprises commerciales qui n'atteignent pas une recette brute de 100 000 francs (art. 54 ORC). Par contre, sont assujetties, indépendamment des recettes brutes annuelles, les opérations d'argent, de change, d'effets, de bourse et d'encaissement, les professions de commissionnaire, d'agent ou de courtier, les bureaux fiduciaires et de gérance, la transmission de nouvelles et la communication de renseignements de n'importe quelle nature et sous n'importe quelle forme ainsi que les compagnies d'assurances (art. 53 lettre a en relation avec l'art. 54 ORC).

Compte tenu des critères mentionnés, les personnes qui sont seules à la tête d'une maison au sens de l'art. 945 CO (raison individuelle) sont aussi assujetties à l'inscription et soumises à l'obligation de tenir une comptabilité commerciale.

8.3 Sanctions en cas d'omissions ou falsifications

Les contrevenants aux dispositions du droit comptable suisse, y compris les commissaires aux comptes, sont soumis à plusieurs catégories de sanctions pénales en fonction de l'infraction :

³⁶ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (CO), RS 220

³⁷ Ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (ORC), RS 221.411

- *Non-respect de l'obligation légale de tenir une comptabilité régulière* : L'article 325, alinéa 1, CP punit celui qui, intentionnellement ou par négligence, contrevient à l'obligation légale de tenir une comptabilité régulière. La violation de l'obligation de tenir une comptabilité est punie selon l'article 166 CP de l'emprisonnement ou de l'amende.
- *Faux en écritures ou omission d'écritures* : L'article 251 CP (faux dans les titres) réprime les fausses écritures ou l'omission d'écritures dans la comptabilité et ses annexes. Une question se pose au sujet de la qualification ou non de « titres » au sens de l'article 251 CP des autres pièces qui peuvent servir de pièces justificatives de la comptabilité. Le faux dans les titres est un crime puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.
- *Faux en écritures aux fins de tromperie* : Si la fausse comptabilité ou le faux bilan sont utilisés pour tromper, les infractions contre le patrimoine (en particulier l'article 146 et 152 CP) et les infractions dans la faillite et la poursuite pour dettes (art. 163, 166 et 170 CP) pourront s'appliquer :
 - L'escroquerie selon l'article 146 CP constitue un crime puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. Si l'auteur fait métier de l'escroquerie, la peine sera la réclusion pour dix ans au plus ou l'emprisonnement pour trois mois au moins.
 - Les faux renseignements sur des entreprises commerciales selon l'article 152 CP sont punis de l'emprisonnement (pour trois ans au plus) ou de l'amende.
 - L'article 163 CP prévoit pour la banqueroute frauduleuse et la fraude dans la saisie une peine de réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

La Convention de l'OCDE exige de chaque Partie, «autant que le permettent ses lois et ses instruments internationaux pertinents », d'accorder une entraide judiciaire «prompte et efficace » aux autres Parties aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées par une Partie pour les infractions relevant de la Convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la Convention, engagées par une Partie contre des personnes morales. La Convention établit également la double criminalité lorsque son existence est une condition pour le pays d'accorder l'entraide judiciaire. Finalement, la Convention exige des Parties de ne pas refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités, accords permettant l'entraide judiciaire mutuelle

En Suisse, à moins que les accords internationaux signés par la Suisse n'en disposent autrement, ce sont les dispositions de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) qui règlent l'ensemble des procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale, soit principalement :

- a. l'extradition de personnes poursuivies ou condamnées pénalement (deuxième partie);
- b. l'entraide en faveur d'une procédure pénale étrangère (troisième partie);
- c. la délégation de la poursuite et de la répression d'une infraction (quatrième partie, cf. *supra* 4.3.);
- d. l'exécution de décisions pénales étrangères (cinquième partie, cf. *supra* 4.3.).

L'entraide au sens de la troisième partie de l'EIMP comprend la communication de renseignements, ainsi que les actes de procédure et les autres actes officiels admis en droit suisse, lorsqu'ils paraissent nécessaires à la procédure menée à l'étranger et liés à une cause pénale, ou pour récupérer le produit de l'infraction (art. 63 EIMP). Les actes d'entraide comprennent notamment :

- a. la notification de documents;
- b. la recherche de moyens de preuve, en particulier la perquisition, la fouille, la saisie, l'ordre de production, l'expertise, l'audition et la confrontation de personnes;
- c. la remise de dossiers et de documents;
- d. la remise d'objets ou de valeurs en vue de confiscation ou de restitution à l'ayant droit.

Les mesures visées à l'article 63 EIMP et qui impliquent la contrainte prévue par le droit de procédure ne peuvent être ordonnées que si l'état de fait exposé dans la demande correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse (art. 64 EIMP). Elles sont exécutées conformément au droit suisse. Ces mesures sont aussi admises en cas d'impunité de l'acte en Suisse si elles tendent à disculper la personne poursuivie.

Concernant l'entraide judiciaire dans les poursuites non pénales contre les personnes morales, la Suisse ne dispose pas d'une base légale complète.

9.2 Double incrimination

Selon les autorités suisses, l'élément constitutif pour permettre une entraide judiciaire dans le sens de l'article 63 EIMP est la double incrimination. Cet élément sera pleinement rempli avec l'entrée en vigueur de l'article 322^{septies} CP, prévoyant la punissabilité de la corruption d'un agent public étranger.

9.3 Secret bancaire

Selon les autorités suisses, si l'article 47 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne protège le secret bancaire³⁸, il ne permet pas pour autant de prétendre à un secret bancaire absolu. Les organes, employés et mandataires de la banque sont tenus de témoigner et de fournir des informations aux autorités dans la mesure où des dispositions fédérales ou cantonales prévoient un tel devoir (par exemple, dans une procédure pénale)³⁹. Cela est également vrai à l'égard d'autorités étrangères dans la mesure où la Suisse fournit l'entraide judiciaire à l'État en cause. En outre, le Code pénal suisse (article 305^{ter}, alinéa 2 CP) prévoit un droit de communiquer s'il y a des indices selon lesquels des valeurs patrimoniales pourraient être de provenance criminelle⁴⁰.

Au regard d'activités liées au blanchiment d'argent, l'article 9 de la loi sur le blanchiment d'argent (loi fédérale du 10 novembre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier) impose à tous les intermédiaires financiers, soit en particulier aussi aux responsables de la banque une obligation de communiquer. Celle-ci présuppose que l'on sache ou présume, sur la base de soupçons

³⁸ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0. Aux termes de cet article, les règles suivantes sont appliquées : 1. Celui qui, en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire, de liquidateur ou de commissaire de la banque, d'observateur de la Commission des banques, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de révision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, et celui qui aura incité autrui à violer le secret professionnel, sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende jusqu'à concurrence de 50 000 fr.
2. Si le délinquant a agi par négligence, la peine sera l'amende jusqu'à concurrence de 30 000 fr.
3. La violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin ou que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession.
4. Sont réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice.

³⁹ . Selon les autorités suisses, l'ouverture de comptes et de dépôts numérotés ou désignés par un code est une mesure strictement interne à la banque qui ne change rien au devoir d'identification et au devoir de témoigner ou d'informer les autorités.

⁴⁰ . Art. 305 ter sur le défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication : 1 Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende. 2 Les personnes visées par le 1er alinéa ont le droit de communiquer aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime.

fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec une infraction au sens de l'article 305^{bis} CP (blanchiment d'argent), qu'elles proviennent d'un crime, ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs (le soupçon ne doit pas confiner à la certitude)⁴¹.

10. ARTICLE 10. EXTRADITION

10.1 Extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger

En Suisse, la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale qui prévoit en son article 35 alinéa 1 que peuvent donner lieu à extradition les faits punissables d'une peine privative de liberté dont la durée maximum est d'au moins un an, sous réserve que la peine maximale prévue dans l'autre État soit d'au moins un an et que l'infraction ne relève pas de la juridiction suisse⁴². Dès lors que l'article 322^{septies} CP prévoit que la corruption d'agents publics étrangers sera frappée de la réclusion jusqu'à cinq ans ou de l'emprisonnement, cette peine est donc suffisante pour permettre l'extradition.

10.2 La Convention en tant que fondement légal pour l'extradition

La Suisse ne subordonne pas l'extradition à l'existence d'une Convention d'extradition entre la Suisse et une autre Partie. Si la Suisse n'a pas de Convention d'extradition avec un autre pays, l'extradition d'une personne qui se trouve en Suisse se fonde sur les règles de l'EIMP.

10.3/ Extradition de ressortissants

10.4

L'extradition d'un ressortissant suisse sans le consentement de celui-ci est refusée en vertu de l'article 25 alinéa 1 de la Constitution fédérale⁴³. L'article 7 EIMP précise les dispositions constitutionnelles en prévoyant qu'aucun citoyen suisse ne peut être extradé ou remis sans son consentement écrit à un État étranger pour y faire l'objet d'une poursuite pénale ou d'une mesure d'exécution. Le consentement est révocable tant que la remise n'a pas été ordonnée. Cette règle ne s'applique pas au transit et à la restitution d'un citoyen suisse remis temporairement à la disposition des autorités suisses par un autre État.

Les crimes ou délits commis à l'étranger par un Suisse sont poursuivis par les autorités suisses sur la base de l'article 6 CP. Celui-ci prévoit que le Code pénal suisse est applicable à tout Suisse qui aura commis à l'étranger un crime ou un délit pouvant d'après le droit suisse donner lieu à extradition, si l'acte est réprimé aussi dans l'État où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse ou s'il est extradé à la Confédération à raison de son infraction.

10.5 Double incrimination

L'article 10.4 de la Convention précise que lorsqu'une Partie subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'article 1 de la Convention. La Suisse subordonne l'extradition à l'existence d'une

41 . Art. 305bis aliéna 1er : « Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. »

42 . Pour apprécier si un acte est punissable en droit suisse, il n'y a pas lieu de tenir compte des conditions particulières de ce droit en matière de culpabilité et de répression (art. 35 al. 2 EIMP).

⁴³ Voir note 8 *supra*

double incrimination en application de l'article 35 § 1 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale⁴⁴. Selon les autorités suisses, la condition de double incrimination sera pleinement remplie avec l'entrée en vigueur de l'article 322^{septies} CP, qui prévoit pour la corruption d'agents publics étrangers une peine largement suffisante.

11. ARTICLE 11. AUTORITÉS RESPONSABLES

11.1 Désignation des autorités

L'article 11 de la Convention exige des Parties qu'elles notifient au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités chargées de l'envoi et de la réception des demandes, qui joueront le rôle d'interlocuteur à des fins de concertation, d'entraide judiciaire et d'extradition.

Le 31 mai 2000, les Autorités suisses ont notifié au Secrétaire général de l'OCDE que l'Office fédéral de la Police a été désigné comme l'interlocuteur prévu à l'article 11 de la Convention.

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

La Recommandation révisée de 1997 recommande « que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. » De la même manière, les commentaires de la Convention précisent que « le participant à part entière accepte non seulement la Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption, mais aussi la Recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, adoptée le 11 avril 1996, C(96)27/FINAL ».

L'initiative parlementaire visant à modifier la législation sur les impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes de manière à exclure la déductibilité des pots-de-vin a conduit à l'adoption par les Chambres fédérales de la loi du 22 décembre 1999 sur l'interdiction de déduire fiscalement les pots-de-vin. Le délai référendaire échoit le 20 avril 2000. Il s'agit d'une loi-cadre dont les dispositions doivent être reprises par les parlements cantonaux afin d'être intégrées dans la législation fiscale cantonale⁴⁵.

Cette loi modifie la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) en excluant qu'une personne exerçant une activité lucrative indépendante puisse déduire, à titre de frais liés à une telle activité, les "pots-de-vin, au sens du droit pénal suisse, versées à des agents publics suisses ou étrangers" (art. 27, al. 3 LIFD). La disposition de la LIFD (art. 59) qui traite des charges justifiées par l'usage commercial que peuvent déduire les contribuables assujettis à l'impôt sur le bénéfice (sociétés de capitaux telles que les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée, les

44 . Selon l'article 35 alinéa 1 EIMP, l'extradition peut être accordée s'il ressort des pièces jointes à la demande que l'infraction est frappée d'une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère, aux termes du droit suisse et du droit de l'État requérant.

45. Les cantons ont l'obligation d'adapter leur droit cantonal aux nouvelles dispositions de la loi du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et communes (LHID dans ses art. 10, al. 1^{bis} et 25, al. 1^{bis}). Les cantons devraient en principe l'avoir fait au plus tard fin décembre 2000. A défaut, les nouvelles dispositions de la LHID excluant la déductibilité des commissions occultes seront dès leur entrée en vigueur directement applicables aux impôts directs cantonaux et communaux des personnes physiques et morales.

sociétés coopératives ainsi que les associations, fondations et autres personnes morales) a également été complétée par un deuxième alinéa. Celui-ci prescrit que "les pots-de-vin, au sens du droit pénal suisse, versés à des agents publics suisses ou étrangers, ne font pas partie des charges justifiées par l'usage commercial".

Aux termes de la loi, il n'est pas nécessaire, pour que le refus de déduction puisse être opposé au contribuable, que la justice pénale ait été saisie de l'affaire. L'autorité fiscale procédera à l'analyse de la situation de l'entreprise contribuable, sur la base des documents et pièces établis par le contribuable ou par des tiers et produits à l'appui de la déclaration de revenu ou de bénéfice, ou ultérieurement lors du contrôle. Le renvoi au code pénal suisse pour la définition des pots-de-vin versés à des agents suisses et étrangers, indique clairement que les concepts retenus par ce code valent également dans le cadre de la fiscalité directe fédérale et cantonale.

L'entreprise qui contrevient à l'interdiction de la déduction des pots-de-vin versés à des agents publics suisses ou étrangers et qui produit à l'appui de sa déclaration de bénéfice une comptabilité inexacte peut tomber sous le coup des dispositions pénales des lois fiscales réprimant la soustraction et la fraude fiscales.

EVALUATION DE LA SUISSE

Remarques générales

Le Groupe de travail complimente les autorités suisses pour avoir pris des mesures considérables en vue de la transposition minutieuse de la Convention dans la législation suisse. Les délégués remercient les autorités suisses pour leurs réponses à la fois complètes et riches en information qui ont sensiblement facilité le processus d'évaluation. Pour satisfaire aux prescriptions de la Convention de l'OCDE, le parlement suisse a adopté le 22 décembre 1999 un amendement au Code pénal qui institue l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, ainsi qu'une loi interdisant la déductibilité fiscale des pots-de-vin. En outre, une proposition de révision totale de la partie générale du code pénal a été soumise par le gouvernement suisse au parlement. Cette proposition prévoit d'instituer la responsabilité pénale des entreprises et elle comporte une disposition spécifique concernant leur responsabilité pénale pour corruption afin de se conformer aux prescriptions des articles 2 et 3 de la Convention.

Le Groupe de travail estime, à la lumière des documents disponibles et des explications apportées par les autorités suisses que la législation suisse, telle qu'elle a été amendée par la loi du 22 décembre 1999 est conforme à la Convention, hormis en ce qui concerne la responsabilité des personnes morales en cas de corruption. Le Groupe de travail appelle les autorités suisses à accélérer l'adoption des textes législatifs correspondants afin de se conformer aussi avec l'obligation de la Convention relative à la responsabilité des personnes morales en cas de corruption.

Questions spécifiques

1. Un avantage indu pécuniaire ou autre

Aux termes de l'article 322^{octies} chapitre 2 du Code pénal suisse, les avantages de faible valeur conformes aux usages sociaux ne sont pas considérés comme des avantages indus. Les autorités suisses ont expliqué que cela concerne des avantages qui, selon l'interprétation dominante de la loi suisse, sont de faible importance et qui passent pour ne présenter aucun risque d'inciter des agents publics à adopter un comportement contraire à leurs devoirs. Les autorités suisses ont aussi indiqué que les avantages de faible valeur ne sont pas permis par les usages sociaux suisses et n'en font pas partie dès lors qu'ils incitent des agents publics à adopter un comportement contraire à leurs devoirs ou s'ils sont susceptibles d'influencer leur pouvoir d'appréciation. Le Groupe de travail a estimé que cette argumentation sera satisfaisante si les tribunaux suisses adoptent systématiquement cette conception et ne se réfèrent pas aux usages sociaux du pays de l'agent public étranger. Le Groupe a proposé de réexaminer la question durant la phase 2 du processus d'évaluation.

2. Dans l'exécution de fonctions officielles

Des préoccupations se sont exprimées au cours de la discussion au sein du Groupe de travail quant au fait que la loi d'application ne couvre pas tous les cas dans lesquels un avantage indu est offert, promis ou donné à des agents publics étrangers en relation avec l'exécution de leurs fonctions officielles. De l'avis des autorités suisses, l'infraction de corruption d'agents publics étrangers couvre tous les cas dans lesquels l'agent public dispose d'un pouvoir d'appréciation quelconque et que cette infraction est conforme aux commentaires 3 et 9 sur la Convention. De plus, les autorités suisses estiment peu probable que la réalisation d'actes sans pouvoir d'appréciation puisse donner lieu à autre chose que de petits paiements de facilitation. Le Groupe recommande que l'on accorde une attention toute particulière à l'application de ces dispositions dans la phase 2 du processus d'évaluation.

3. Responsabilité des personnes morales

Le droit pénal suisse ne connaît jusqu'ici que des sanctions pénales très limitées à l'encontre de personnes morales, à savoir la confiscation de valeurs patrimoniales détenues par des tiers. Le droit suisse prévoit aussi indirectement des sanctions civiles et administratives pour des actes liés à la corruption. En outre, il n'est pas possible d'imposer des amendes pénales à des personnes morales. Le Groupe de travail a estimé que cette situation n'était pas conforme à la prescription de la Convention demandant aux Parties de prévoir au moins des sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris des sanctions pécuniaires, en cas d'infraction de corruption d'agents publics étrangers (articles 2 et 3).

Les autorités suisses ont déclaré qu'elles avaient déjà déposé des propositions législatives au parlement en vue d'instituer la responsabilité pénale des personnes morales. Les autorités suisses ont souligné qu'elles espéraient pouvoir être dotées de lois instituant la responsabilité pénale des personnes morales conformément aux prescriptions de la Convention d'ici 2002/2003.

Le Groupe de travail a appelé les autorités suisses à mettre en œuvre dans les meilleurs délais les articles 2 et 3 de la Convention. Ces questions mériteraient un nouvel examen dans le cadre du processus d'évaluation.

4. Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption

La loi suisse ne prévoit jusqu'ici que des mesures limitées de confiscation de l'instrument et des produits de la corruption à l'encontre de personnes morales, ces mesures ne s'appliquant aux entreprises qu'en tant que tiers et non pas en tant qu'auteurs de l'infraction. Les autorités suisses soulignent qu'avec l'adoption de la loi instituant la responsabilité pénale des personnes morales, une personne morale pourra être considérée comme ayant perpétré l'infraction et être soumise à des mesures directes de confiscation.

5. Compétence

D'après la jurisprudence des tribunaux fédéraux, la participation en Suisse à une infraction principale commise à l'étranger est réputée être intervenue à l'étranger. Les autorités suisses soulignent que les participants suisses à un acte de corruption commis à l'étranger peuvent être poursuivis en Suisse par application de l'article 6 du Code pénal. Les participants étrangers ne peuvent pas être poursuivis en Suisse mais peuvent être extradés vers le pays où l'infraction principale a été commise. Le Groupe de travail a noté que la réforme de la partie générale du Code pénal, telle qu'elle est envisagée actuellement, autorise l'engagement de poursuites en Suisse des participants étrangers. Le Groupe de travail attend donc l'entrée en vigueur de ces dispositions.

6. Normes comptables

Des questions ont en général été soulevées à propos des conditions d'application des normes comptables requises par la Convention. Ces questions portent sur les éventuels disparités et échappatoires dans l'application de la Convention s'agissant des principes et autres règles relatives aux normes comptables déjà prévues par le droit interne. Le Groupe de travail recommande que la question fasse l'objet d'un examen horizontal lors d'une future réunion plénière.