

Corruption active d'agents publics étrangers en droit suisse : les risques pour les entreprises et leurs collaborateurs

Bertrand Perrin

*Professeur de droit à l'Institut de lutte contre la criminalité économique
(www.ilce.ch) de la Haute école de gestion ARC, Neuchâtel*

Conférence présentée le 14 novembre 2008 à Berne,
dans le cadre du séminaire annuel organisé par
l'Association suisse des experts en matière de lutte contre
la criminalité économique (ASECE, www.seeci.ch).

Plan

1. Objectifs de l'exposé
2. La mobilisation internationale et la Suisse
3. Les dispositions pénales pertinentes : les articles 322^{septies} et 102 CP
4. Les éléments constitutifs de l'article 322^{septies} alinéa 1 CP
5. Questions pratiques choisies en lien avec l'article 322^{septies} alinéa 1 CP
6. La punissabilité de l'entreprise
7. Bilan et perspectives
8. Bibliographie

Objectifs de l'exposé

- Mettre en lumière les principales règles légales auxquelles les **particuliers** doivent être attentifs au regard de l'article 322^{septies} alinéa 1 CP (corruption active d'agents publics étrangers).
- Mettre en lumière les principales règles légales auxquelles les **entreprises** doivent être attentives au regard de l'article 102 alinéa 2 CP (responsabilité de l'entreprise) en lien avec l'article 322^{septies} alinéa 1 CP.

La mobilisation internationale

- Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales
 - ratifiée par la Suisse
- Convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe
 - ratifiée par la Suisse
- Convention des Nations Unies contre la corruption
 - processus d'approbation en cours

La mobilisation internationale

- Quoi de neuf avec la Convention des Nations Unies ?
 - Pas de modifications pour l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers
- Point positif de la Convention
 - Caractère universel du texte
- Points faibles
 - Pas de contrôle par les pairs
 - Pas d'obligation pour les Parties d'incriminer la corruption « passive » d'agents publics étrangers
 - La critique ne concerne pas la Suisse puisqu'elle a déjà incriminé la forme « passive » (art. 322^{septies} al. 2 CP).

La corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP)

- « *Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à une personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, 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 d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire* » (alinéa 1, **corruption active**).

Punissabilité de l'entreprise (art. 102 al. 2 CP)

- En cas de corruption active d'agents publics étrangers, l'entreprise est punissable
- s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris **toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher qu'une telle infraction soit commise** en son sein.

Corruption d'agents publics étrangers: les éléments constitutifs

- Offrir, promettre, octroyer
- un avantage
 - Toute amélioration objectivement mesurable – juridique, économique ou personnelle – de la situation du bénéficiaire.
- indu
 - L'agent public n'a pas le droit d'accepter l'avantage.
 - Il faut examiner le droit étranger ou de l'organisation internationale.
- à un agent public étranger
 - Toute personne, quel que soit son statut, qui accomplit une tâche dévolue à un Etat étranger ou à une organisation internationale.

Corruption d'agents publics étrangers: les éléments constitutifs

- Le but visé par le corrupteur (*extraneus*): l'agent public doit exécuter ou omettre un acte en relation avec son activité officielle.
 - Il doit exister un lien entre l'avantage et le comportement de l'agent public (rapport d'équivalence/lien de connexité).
- L'acte doit correspondre à une violation des devoirs ou à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation par l'agent public.
 - Le « simple » octroi d'un avantage n'est pas punissable en matière de corruption transnationale.
- Le corrupteur doit avoir agi intentionnellement.

Questions choisies

- L'*extraneus* peut recourir à un intermédiaire.
 - Si l'intermédiaire agit comme auxiliaire d'exécution, l'*extraneus* est punissable.
 - Si l'intermédiaire corrompt un agent public à l'insu de son partenaire contractuel, ce dernier n'est pas punissable.
 - Remarque : la négligence n'est pas punissable, mais le dol éventuel l'est !

Questions choisies

- **Avantage destiné à un tiers**
 - Le comportement est punissable
 - si l'agent public concerné a connaissance de cette favorisation et
 - si la relation entre l'avantage et la violation des devoirs, ou l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, par l'agent public est prouvée.
- **Avantage destiné à un membre d'un parti politique**
 - Comportement punissable aux mêmes conditions que lorsque l'avantage est destiné à un tiers.
 - En outre, si le parti politique lui-même occupe une place centrale dans le processus décisionnel, le politicien pourrait être considéré comme un membre d'une autorité et donc comme un agent public.

Questions choisies

- Un avantage de faible importance conforme aux usages sociaux n'est pas indu (art. 322^{octies} ch. 2 CP).
 - Disposition d'aucune utilité, car un avantage ne peut pas être conforme aux usages sociaux lorsqu'il a pour but d'inciter un agent public à violer ses devoirs ou à faire usage de son pouvoir d'appréciation.

Questions choisies

- La notion de « paiement de facilitation », utilisée par exemple en droits américain et canadien, n'est pas pertinente en droit suisse.
 - Seule compte la question de savoir si le comportement corrupteur a été adopté dans le but d'amener l'agent public à violer ses devoirs ou à exercer son pouvoir d'appréciation.

Questions choisies

- Le droit suisse ignore la notion de « dépenses raisonnables et poursuivant un but commercial légitime ».
 - Pour que le comportement soit punissable, il faut que l'avantage ait été offert, promis ou octroyé en échange d'une prestation au moins déterminable de manière générique.

Quelques lacunes du droit actuel

- L'alimentation progressive n'est pas punissable en matière de corruption transnationale.
- Un coauteur intellectuel n'est pas réputé avoir agi là où il a donné ses instructions.
- Le complice et l'instigateur (participants secondaires) ne peuvent être punis qu'à l'endroit où l'acte principal a été réalisé.

Quid de la corruption extorsion ?

- Problème en partie résolu, car beaucoup de cas de corruption extorsion correspondent à des octrois/acceptations d'un avantage.
 - Exemple : l'agent public refuse de délivrer à l'administré une autorisation à laquelle il a pourtant droit s'il ne lui octroie pas une somme d'argent.
- Il faudrait toutefois que la loi soit moins sévère en cas de corruption extorsion !

La punissabilité pénale de l'entreprise

- Le **chef d'entreprise** (la personne physique qui tient les leviers de commande, qui participe de manière déterminante à la formation de la volonté sociale) ne peut pas engager sa responsabilité pénale pour le fait de l'un de ses subordonnés dans le cadre de l'entreprise pour une infraction de corruption publique.
 - Pour être punissable, il faut que le dirigeant occupe un position de garant. Il doit exister un rapport étroit entre le chef d'entreprise et le bien protégé. Ce n'est pas le cas pour la corruption publique.
 - Pour la corruption privée (art. 4a et 23 LCD), la question se pose (garantie de la libre concurrence et des lois du marché).
- Par contre, l'**entreprise** elle-même peut engager sa responsabilité sur la base de l'article 102 CP.

La responsabilité pénale de l'entreprise

- Ce qui est reprochable à l'entreprise :
- **une carence organisationnelle en lien de causalité avec l'infraction de corruption.**

La responsabilité pénale de l'entreprise

■ Les mesures nécessaires

- Choix, instruction et surveillance du personnel
- Prise en compte du secteur d'activité de l'entreprise
- Prise en compte du pays client
- Textes pouvant servir de références
 - *Business Principles for Countering Bribery*
 - Avec une version adaptée au PME
 - *Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery*
 - Manuel de la Chambre de commerce internationale
 - *Business Integrity Management System* de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils
 - Norme TRACE pour le choix des intermédiaires

La responsabilité pénale de l'entreprise

■ Les mesures raisonnables

- Qu'est-ce qui pouvait, *in casu*, être raisonnablement exigé de l'entreprise ?
- Critère
 - grandeur de l'entreprise (nombre d'employés, chiffre d'affaires)

Une externalisation pour échapper à la responsabilité de l'entreprise?

- En ce qui concerne l'**établissement secondaire**, la question du défaut d'organisation doit être examinée dans l'établissement principal.
 - En effet, l'établissement secondaire n'a une indépendance ni économique ni juridique.
- L'article 102 CP s'applique à la **succursale**.
 - Sauf si elle ne jouit pas en pratique de l'autonomie nécessaire (dans ce cas, voir les règles pour les groupes de sociétés).

Une externalisation pour échapper à la responsabilité de l'entreprise?

- *Quid* pour le **groupe de sociétés** ?
 - Question centrale : une société est-elle en position de garant vis-vis d'une autre ?
 - Critère objectif : unité économique (importance de la participation au capital, pouvoir de donner des instructions, intégration des structures de direction, identité des dirigeants, etc.)
 - Critère subjectif : le défaut d'organisation de la société fille apparaît-il comme imputable à la société mère ?

Une externalisation pour échapper à la responsabilité de l'entreprise?

- L'application territoriale de l'article 102 CP (discuté)
 - Selon nous, la punissabilité de l'entreprise existe indépendamment de la personne physique.
 - La compétence des autorités suisses pour connaître de l'infraction elle-même n'est pas déterminante.

Les risques

- Risques en termes d'image
- Risques pénaux pour la personne physique
 - Peine privative de liberté jusqu'à 5 ans.
 - Peine pécuniaire
 - Maximum CHF 1'080'000.-
- Risque pénal pour l'entreprise
 - Jusqu'à cinq millions de francs d'amende
 - USA (*FCPA*), sanction la plus élevée infligée : 44 millions de dollars

Les risques

- Condamnation prononcée sur la base de l'art. 322^{septies} CPS : 1
- Condamnation prononcée sur la base de l'article 102 CPS en lien avec l'article 322^{septies} CP : 0
- Conclusion : les risques sont nuls ?
 - Réponse nuancée

Bibliographie

- Chambre de commerce internationale, Commission anticorruption, *Combattre l'extorsion et la corruption : règles de conduite et recommandations de la Chambre de commerce internationale (ICC)*, édition 2005.
 - <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/pages/regles%20de%20conduite%20et%20recommandations.pdf>
- Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationale (citée Convention OCDE 1997).
 - <http://www.oecd.org/dataoecd/4/19/38028103.pdf>
- Convention des Nations Unies contre la corruption.
 - http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention_f.pdf
- Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe (STE 173).
 - <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/173.doc>
- Trace International, Inc., *La norme TRACE. La gestion des intermédiaires commerciaux au niveau international*, Washington et Londres 2002.
- Transparency International, Social Accountability International, *Business Principles for Countering Bribery*, juin 2003.
 - http://www.transparency.org/global_priorities/private_sector/business_principles
- World Economic Forum (en collaboration avec Transparency International et le Basel Institute on Governance), *Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery*, 2005.
 - http://www.weforum.org/pdf/paci/PACI_PrinciplesWithoutSupportStatement_190707.pdf

Bibliographie

- Augsburger-Bucheli Isabelle, Perrin Bertrand, « Les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires, au sens de l'article 100^{quater} alinéa 2 du Code pénal suisse, que doivent prendre les entreprises exportatrices pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers », in : Zen-Ruffinen Piermarco (édit.), *Du monde pénal. Droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Bâle, Genève, Munich 2006, Helbing & Lichtenhahn, pp. 57 – 70.
- Charpié Pierre, *International Business Transactions. Introduction to the International Anti-Bribery Laws. FCPA, OECD Convention and OECS Member States New Legislation. Analysis, Comparison and Risk Management. A European View*, Lausanne 2002, Bis & Ter.
- Jositsch Daniel, *Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht*, Zurich, Bâle et Genève 2004, Schulthess.
- Killias Martin, Ribeaud Denis, « La corruption. Nouvelles évidences à la lumière de recherches quantitatives », *Criminoscope*, no 4, Lausanne, septembre 1999.
- Macaluso Alain, *La responsabilité pénale de l'entreprise. Commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP*, thèse, Genève, Zurich, Bâle 2004, Schulthess.
- Micheli François Roger, « Prévention de la corruption dans les transactions internationales : voies praticables pour les entreprises suisses », *Revue suisse de droit des affaires*, 4/2002, pp. 213 – 225.

Bibliographie

- Montigny Philippe, *L'entreprise face à la corruption internationale*, Paris 2006, Ellipses.
- Newcomb Danforth, *FCPA Digest of Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (as of October 5, 2007)*, 2007, Shearman & Sterling LLP.
 - http://www.shearman.com/files/Publication/1da67f8a-ce0c-499a-bf6c-4669c8288eeb/Presentation/PublicationAttachment/3add2d77-3713-4f5a-857d-250d913ee7f8/FCPA_Digest_100507.pdf
- Perrin Bertrand, *La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse. Étude de l'article 322^{septies} du Code pénal et de ses enjeux procéduraux*, Bâle 2008, Helbing & Lichtenhahn.
- Pieth Mark, « Neunzehnter Titel : Bestechung », in : Niggli Marcel Alexander, Wiprächtiger Hans (édit.), *Strafrecht II. Art. 111 – 392 StGB. Basler Kommentar*, 2^e édition, Bâle 2007, Helbing & Lichtenhahn, pp. 2349 – 2392.
- Tanzi Vito, « Corruption Around the World. Causes, Consequences, Scope, and Cures », International Monetary Fund, *Staff Papers*, volume 45, no 4, décembre 1998, pp. 559 – 594.
 - <http://www.imf.org/external/pubs/ft/staffp/1998/12-98/pdf/tanzi.pdf>