

Journée de droit bancaire et financier du 6 octobre 2016



Flash sur... les nouvelles règles sur la corruption privée



Prof. Ursula Cassani

Département de droit pénal
Centre de droit bancaire et financier

Plan

- I. Introduction: la révision législative de 2015
- II. Les nouveaux art. 322^{octies} et 322^{novies} CP
- III. La poursuite : d'office... sauf exception
- IV. Remarques conclusives

I. La révision législative de 2015

- **Révision:** LF du 25 septembre 2015 (Dispositions pénales incriminant la corruption), en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2016 (RO 2016 1287); Message concernant la modification du code pénal (Dispositions pénales incriminant la corruption) du 30 avril 2014 (FF 2014 3433).
- **Ancien droit:** la corruption d'agent privé était punissable en vertu des art. 4a et 23 LCD, sur plainte. Ces dispositions sont restées quasiment lettres mortes.
- Catalyseurs de la révision législative:
 - les critiques du GRECO (Groupe d'Etats contre la corruption, entre autres: Rapport d'évaluation sur la Suisse (Strasbourg, 31 mars – 4 avril 2008), ch. 69);
 - l'affaire «FIFA» - «Lex FIFA».

II. Les nouveaux articles 322^{octies} et 322^{novies} CP

Les points forts de la révision:

- Intégration de la corruption privée dans le CP: les art. 322^{octies} et 322^{novies} CP.
- But :
 - conférer à la répression de la corruption privée la valeur symbolique du CP;
 - rompre avec l'exigence d'un lien avec la concurrence économique qui caractérise la LCD.
- Poursuite sur plainte, sauf exception.

La typicité de l'infraction de corruption privée (quasiment inchangée)

Art. 322^{octies} CP: corruption privée active

¹ Quiconque offre, promet ou octroie un avantage indu à un **employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'autrui dans le secteur privé**, en faveur de cette personne ou d'un tiers, **pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation** est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, l'infraction n'est poursuivie que sur plainte.

Art. 322^{novies} CP : corruption privée passive

¹ Quiconque, en tant qu'**employé**, en tant qu'**associé**, en tant que **mandataire** ou en tant qu'**autre auxiliaire d'autrui dans le secteur privé**, sollicite, se fait promettre ou accepte, en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu **pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation** est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, l'infraction n'est poursuivie que sur plainte.

Exemple

M^e **A**, avocat de **C**, recommande à son client d'avoir recours à la **banque B**. Pour cela, la banque octroie à **A** une commission d'apport, dont l'existence n'est pas révélée au client.

- L'avocat **A** est le **mandataire** d'un **tiers du secteur privé (C)**. Agit-il en cette qualité?
 - Octroi d'un avantage par la **banque B** à **A**.
 - Rapport d'échange entre l'avantage et un acte d'**A** «*en relation avec son activité professionnelle ou commerciale*».
 - Acte qui viole les devoirs d'**A** ou dépend d'un pouvoir d'appréciation:
 - Pas de violation des devoirs d'**A** si les prestations et les conditions de la **banque B** sont les meilleures pour **C** ou équivalentes à celles des autres banques...
 - ... mais exercice d'un pouvoir d'appréciation d'**A**.
- Exception: l'avantage n'est pas indu et l'arrangement licite, si les conditions de l'art. 322^{decies} al. 1 CP s'appliquent:
- «*Ne constituent **pas** des avantages indus:*
- les avantages autorisés par le règlement de service ou **convenus par contrat**;*
 - les avantages de **faible importance** qui sont conformes **aux usages sociaux**.»*

Seule modification matérielle de la typicité: abandon du lien avec la concurrence économique

Ancien droit

La LCD ne s'applique qu'aux comportements «*qui influe[nt] sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients*».

Conséquence selon le CF (contra: dd): applicabilité limitée dans le domaine du sport, exclue p.ex. en cas de corruption d'un agent de la FIFA ou du CIO dans le but d'obtenir le droit d'organiser une compétition sportive (FF 2004 6549, p. 6575).

Nouveau droit

L'intégration systématique dans le CP coupe le lien avec la concurrence économique; toutefois, l'exigence du contexte de l'activité professionnelle ou commerciale exclut la vie privée, l'activité associative bénévole, etc.

Exemples d'actes devenus punissables au regard de la corruption :

- Pot-de-vin payé par le client d'une banque à son gérant (employé de la banque) en vue d'obtenir une attestation mensongère à l'intention du fisc étranger.
- Somme d'argent promise par une candidate à un emploi à la présidente du *hiring committee* de l'entreprise dans le but d'être sélectionnée.
- Pot-de-vin payé à l'employé d'une entité privée établissant un *ranking* dans le but d'obtenir une meilleure place.



III. La poursuite : d'office... sauf exception!

Ancien droit

Poursuite sur plainte, déposée par « *celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10* » (art. 23 al. 2 LCD); définition large.

Nouveau droit

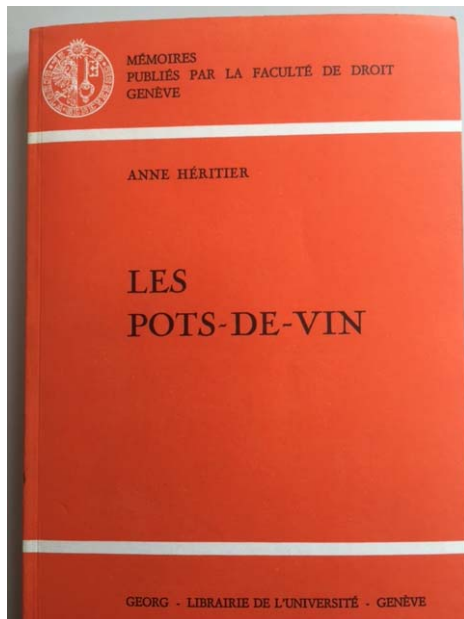
- Projet du CF : **poursuite d'office**.
- Solution adoptée par les Chambres, sur proposition du Conseiller national Daniel Fässler: «²Dans les **cas de peu de gravité**, l'infraction n'est poursuivie que sur **plainte**».
- Définition du cas de peu de gravité: motivation écrite de D. Fässler (BOCN 2015 1361 ss):
 - le pot-de-vin ne dépasse pas quelques milliers de francs au plus;
 - la sécurité et la santé de tiers ne sont pas touchées;
 - l'acte n'a pas été commis à plusieurs reprises, ni en bande;
 - aucun faux dans les titres n'a été commis en relation avec la corruption.

IV. Remarques conclusives

Ambivalence du législateur suisse quant à la gravité de la corruption dans le secteur privé:

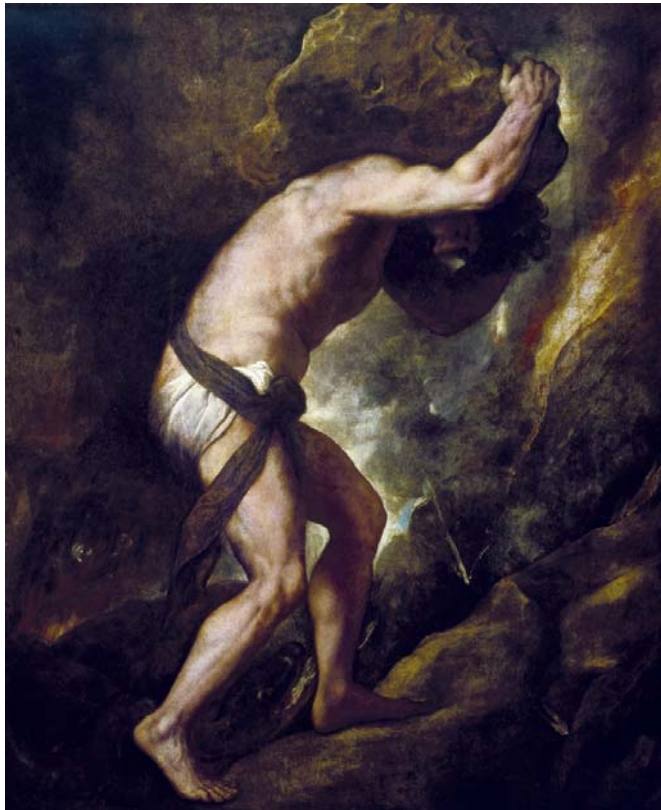
- L'infraction reste un simple **délit** et n'est donc pas un crime préalable au blanchiment d'argent (contrairement aux vœux du GRECO pour les cas graves).
- Les devoirs de clarification/de communication des intermédiaires financiers (art. 6 et 9 LBA) ne s'appliquent pas (sauf si la corruption s'accompagne d'un crime, p.ex. la gestion déloyale aggravée, art. 158 ch. 1 al. 3 CP).
- Toutefois, la révision de la LBA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, étend la notion de «PEP» aux **personnes qui sont ou ont été chargées de fonctions dirigeantes au sein de fédérations sportives internationales** (art. 2a al. 1 lit. c LBA) et les considère comme représentant un risque accru en relation avec un autre facteur de risque (art. 6 al. 4 LBA).
- Enfin, la responsabilité de l'entreprise pour corruption active (privée ou publique) est soumise au régime direct de l'art. 102 al. 2 CP, ce qui devrait inciter les entreprises à mettre en place des stratégies préventives pour échapper au reproche de ne pas avoir pris les mesures préventives exigibles.

La fin d'un tabou ou le mythe de Sisyphe revisité?



«[...] C'est une entreprise de longue haleine, que certains ont comparé au travail de Sisyphe, mais n'avons-nous pas appris à imaginer Sisyphe heureux?»

Anne Héritier, thèse, 1981



Titien 1548-1549