

07.078

**Message
concernant la Convention des Nations Unies
contre la corruption**

du 21 septembre 2007

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet d'arrêté fédéral portant approbation de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

21 septembre 2007

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

La Convention des Nations Unies contre la corruption est le premier instrument qui fixe des normes de portée mondiale en matière de lutte contre la corruption et de prévention de cette forme de criminalité. Les objectifs que poursuit la convention répondant aux intérêts de la Suisse, il est logique que celle-ci y adhère.

Depuis quelques années, la corruption constitue l'un des thèmes principaux de la politique – tant suisse qu'internationale – de lutte contre la criminalité. Les préjudices qu'elle cause sont en effet considérables: non seulement elle sape la confiance des citoyens dans les institutions, mais encore elle a des répercussions négatives à la fois pour l'Etat et pour l'économie. C'est donc à juste titre que la prévention de la corruption et la lutte contre cette forme de criminalité ont acquis une grande importance en Suisse comme au niveau international.

L'importance du phénomène a mené à la conclusion d'une série d'accords internationaux. Le premier à avoir été ratifié par la Suisse, le 31 mai 2000, a été la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Cette ratification a été suivie, le 1^{er} juillet 2006, de l'adhésion à la Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la corruption et au Protocole additionnel du 15 mai 2003 à ladite Convention, accords conclus sous l'égide du Conseil de l'Europe. Au titre de la mise en œuvre de ces conventions, la Suisse a réformé totalement les normes du code pénal sanctionnant la corruption d'agents publics nationaux et étrangers ainsi que la corruption dans le secteur privé pour pouvoir relever les défis que constituent la corruption érigée en système et la corruption transnationale.

La Convention des Nations Unies qui fait l'objet du présent message constitue le premier instrument global de lutte contre la corruption. Elle statue – et c'est la première fois – des normes de portée mondiale en matière de prévention et de répression de la corruption. Elle prévoit notamment des mesures visant à combattre la corruption et instaure à cet effet des mécanismes de collaboration internationale. Elle oblige les Etats Parties à ériger en infractions pénales les différentes formes que peut prendre la corruption et donc à réprimer la corruption active et passive d'agents publics nationaux et la corruption active d'agents publics étrangers. Un autre chapitre important de la convention est consacré au recouvrement de valeurs patrimoniales acquises illicitement. Elle est le premier instrument international à statuer, sur le plan multilatéral, le principe de la restitution, à certaines conditions, des valeurs patrimoniales illicitement acquises. La convention se caractérise par une approche globale de cette problématique et par le fait qu'elle tend à une harmonisation des législations nationales en la matière. Elle instaure une vaste réglementation des aspects tant préventifs que répressifs de la lutte contre la corruption. Elle traite – plus que d'autres conventions comparables – de la lutte contre la corruption dans la fonction publique des Etats Parties. Pour le reste, la teneur de la convention ne va pas plus loin que celle d'autres instruments régionaux en la matière. Dans nombre de domaines, elle contient aussi des dispositions qui n'ont pas de portée impérative: celles autour desquelles aucun consensus n'a pu être

dégagé lors de la négociation du texte et qui concernent notamment les éléments constitutifs de la corruption impliquant le secteur privé et les mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre et de l'application effective de la convention par les Etats Parties. Cela explique que d'autres conventions, à savoir celles du Conseil de l'Europe et de l'OCDE, statuent en ces matières des réglementations qui, sur certains aspects, sont nettement plus ambitieuses.

Notre droit interne satisfait aux exigences posées par la convention, notamment – comme nous l'avons déjà mentionné – parce que la Suisse a réformé totalement les normes du code pénal sanctionnant la corruption.

Bien que cette convention n'aura que peu d'impact sur la pratique en Suisse, elle constitue une étape importante dans la lutte contre la corruption au niveau international. Il est également dans l'intérêt de la Suisse que la lutte contre cette forme de criminalité soit, à l'échelon mondial, organisée selon des normes plus efficaces et que la coopération et l'entraide judiciaire entre de nombreux Etats Parties puissent être intensifiées et soumises à des modalités plus simples. Il est donc opportun que la Suisse adhère à la convention.

Table des matières

Condensé	6932
1 Grandes lignes de la convention	6937
1.1 Le point de la situation	6937
1.2 Genèse de la convention	6938
1.3 Aperçu du contenu de la convention	6938
1.4 Appréciation	6939
1.5 Renonciation à ouvrir une procédure de consultation	6940
2 Les principales dispositions de la convention et leur relation avec le droit suisse	6941
2.1 Dispositions générales (art. 1 à 4)	6941
2.1.1 Objet (art. 1)	6941
2.1.2 Terminologie (art. 2)	6941
2.1.2.1 Notion d'agent public (let. a)	6941
2.1.2.2 Notion d'agent public étranger (let. b)	6942
2.1.2.3 Notion de fonctionnaire d'une organisation internationale publique (let. c)	6942
2.1.2.4 Autres définitions (let. d à i)	6942
2.1.3 Champ d'application (art. 3)	6943
2.1.4 Protection de la souveraineté (art. 4)	6944
2.2 Mesures préventives (art. 5 à 14)	6944
2.2.1 Politiques et pratiques de prévention de la corruption (art. 5)	6944
2.2.2 Organes de prévention de la corruption (art. 6)	6947
2.2.3 Secteur public (art. 7)	6948
2.2.4 Codes de conduite des agents publics (art. 8)	6950
2.2.5 Passation des marchés publics et gestion des finances publiques (art. 9)	6950
2.2.6 Information du public (art. 10)	6952
2.2.7 Mesures concernant les juges et les services de poursuite (art. 11)	6953
2.2.8 Secteur privé (art. 12)	6954
2.2.9 Participation de la société (art. 13)	6955
2.2.10 Mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent (art. 14)	6956
2.3 Incrimination, détection et répression (art. 15 à 42)	6957
2.3.1 Incrimination (art. 15 à 26)	6957
2.3.1.1 Corruption d'agents publics nationaux (art. 15)	6957
2.3.1.1.1 Corruption active d'agents publics nationaux (let. a)	6957
2.3.1.1.2 Corruption passive d'agents publics nationaux (let. b)	6959
2.3.1.2 Corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (art. 16)	6960
2.3.1.2.1 Corruption active (art. 16, par. 1)	6960
2.3.1.2.2 Corruption passive (art. 16, par. 2)	6961
2.3.1.3 Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (art. 17)	6962

2.3.1.4	Trafic d'influence (art. 18)	6962
2.3.1.5	Abus de fonctions (art. 19)	6963
2.3.1.6	Enrichissement illicite (art. 20)	6964
2.3.1.7	Corruption dans le secteur privé (art. 21)	6964
2.3.1.8	Soustraction de biens dans le secteur privé (art. 22)	6965
2.3.1.9	Blanchiment du produit du crime (art. 23)	6965
2.3.1.10	Recel (art. 24)	6966
2.3.1.11	Entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 25)	6967
2.3.1.12	Responsabilité des personnes morales (art. 26)	6968
2.3.2	Autres dispositions de droit pénal matériel et procédural (art. 27 à 42)	6969
2.3.2.1	Participation et tentative (art. 27)	6969
2.3.2.2	Connaissance, intention et motivation en tant qu'éléments d'une infraction (art. 28)	6970
2.3.2.3	Prescription (art. 29)	6970
2.3.2.4	Poursuites judiciaires, jugement et sanctions (art. 30)	6970
2.3.2.5	Gel, saisie et confiscation (art. 31)	6972
2.3.2.6	Protection des témoins, des experts et des victimes (art. 32)	6973
2.3.2.7	Protection des personnes qui communiquent des informations (art. 33)	6974
2.3.2.8	Conséquences d'actes de corruption (art. 34)	6975
2.3.2.9	Réparation du préjudice (art. 35)	6976
2.3.2.10	Autorités spécialisées (art. 36)	6976
2.3.2.11	Coopération avec les services de détection et de répression (art. 37)	6978
2.3.2.12	Coopération entre autorités nationales (art. 38)	6979
2.3.2.13	Coopération entre autorités nationales et secteur privé (art. 39)	6979
2.3.2.14	Secret bancaire (art. 40)	6981
2.3.2.15	Antécédents judiciaires (art. 41)	6981
2.3.2.16	Compétence (art. 42)	6981
2.4	Coopération internationale (art. 43 à 50)	6982
2.4.1	Extradition (art. 44)	6982
2.4.2	Transfèrement des personnes condamnées (art. 45)	6983
2.4.3	Entraide judiciaire (art. 46)	6984
2.4.4	Transfert des procédures pénales (art. 47)	6985
2.4.5	Coopération entre les services de détention et de répression (art. 48)	6985
2.4.6	Enquêtes conjointes (art. 49)	6986
2.4.7	Techniques d'enquête spéciales (art. 50)	6986
2.5	Recouvrement d'avoirs (art. 51 à 59)	6987
2.5.1	Disposition générale (art. 51)	6987
2.5.2	Prévention et détection des transferts du produit du crime (art. 52)	6987
2.5.3	Mesures pour le recouvrement direct de biens et coopération internationale aux fins de confiscation (art. 53 à 56)	6988
2.5.4	Restitution et disposition des avoirs (art. 57)	6988

2.5.5 Service de renseignement financier (art. 58)	6989
2.6 Assistance technique et échange d'informations (art. 60 à 62)	6990
2.6.1 Formation et assistance technique (art. 60)	6990
2.6.2 Collecte, échange et analyse d'informations sur la corruption (art. 61)	6991
2.6.3 Autres mesures: application de la Convention par le développement économique et l'assistance technique (art. 62)	6991
2.7 Mécanismes d'application (art. 63 et 64)	6992
2.7.1 Conférence des Etats Parties à la convention (art. 63) et Secrétariat (art. 64)	6992
2.8 Dispositions finales (art. 65 à 71)	6993
2.8.1 Application de la Convention (art. 65)	6993
3 Conséquences	6994
3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel pour la Confédération et les cantons	6994
3.2 Conséquences économiques	6994
4 Programme de la législature	6995
5 Aspects juridiques	6995
5.1 Constitutionnalité	6995
5.2 Relation avec le droit européen	6995
 Arrêté fédéral portant approbation de la Convention des Nations Unies contre la corruption (Projet)	 6997
Convention des Nations Unies contre la corruption	6999

Message

1 Grandes lignes de la convention

1.1 Le point de la situation

Tant la prévention de la corruption que la lutte contre ce phénomène ont acquis une grande importance en Suisse et au niveau international, au point même de conduire à la conclusion d'une série d'accords internationaux. Le premier à avoir été ratifié par la Suisse, le 31 mai 2000, est la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales^{1,2}. Cette ratification a été suivie, le 1^{er} juillet 2006, de l'adhésion à la Convention pénale du 27 janvier 1999 sur la corruption et au Protocole additionnel du 15 mai 2003 à ladite Convention³, instruments conclus sous l'égide du Conseil de l'Europe.

Au titre de la mise en œuvre de ces conventions, la Suisse a réformé totalement les normes du code pénal sanctionnant la corruption d'agents publics nationaux et étrangers ainsi que la corruption dans le secteur privé pour pouvoir relever les défis que constituent la corruption érigée en système et la corruption transnationale. Dans ce contexte, signalons également l'adoption de la loi fédérale du 22 décembre 1999 sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Mentionnons aussi le projet dit «d'efficacité» qui a permis, au début de 2002, de renforcer le rôle de la Confédération en matière de poursuite des infractions relevant du crime organisé et de la criminalité économique, y compris la corruption. Enfin citons les nombreuses autres mesures prises par la Suisse pour prévenir la corruption⁵.

La Convention des Nations Unies qui fait l'objet du présent message constitue le premier instrument global de lutte contre la corruption.

¹ RS **0.311.21**

² V. message du Conseil fédéral du 19 avril 1999 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (révision des dispositions pénales applicables à la corruption) et l'adhésion de la Suisse à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, FF **1999** 5045 ss.

³ Convention pénale n° 173 du Conseil de l'Europe sur la corruption du 27 janvier 1999, RS **0.311.55** et Protocole additionnel du 15 mai 2003 à la Convention pénale sur la corruption, RS **0.311.551**. V. en outre la Convention civile n° 174 du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 sur la corruption et la Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne. V. aussi la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, ainsi que les deux protocoles additionnels des 27 septembre 1996 et 19 juin 1997, enfin la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996.

⁴ RO **2000** 2147 s.

⁵ V. ch. 2.2.1

1.2

Genèse de la convention

Diverses mesures de lutte contre la corruption ont déjà fait l'objet de discussions approfondies dans le cadre des travaux préparatoires de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁶. Finalement, parti fut pris de n'introduire dans cette convention qu'un nombre limité de normes anti-corruption, sachant que la communauté des Etats élaborerait bientôt sous l'égide de l'ONU une convention portant spécifiquement sur la lutte contre la corruption.

Le 4 décembre 2000⁷, l'Assemblée générale de l'ONU a décidé d'instituer un Comité ad hoc chargé d'élaborer une Convention contre la corruption aussi complète que possible. Du 21 janvier 2002 au 1^{er} octobre 2003, ce comité a tenu sept sessions au total durant lesquelles la Suisse a activement participé aux travaux de négociation. Le projet de convention issu de ces travaux a été adopté en session plénière de l'Assemblée générale, le 31 octobre 2003⁸.

La Convention de l'ONU contre la corruption est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. A ce jour, 140 Etats l'ont signée et 90 l'ont ratifiée. La Suisse l'a signée le 10 décembre 2003 lors de la conférence de signature qui a eu lieu au Mexique.

1.3

Aperçu du contenu de la convention

La Convention de l'ONU contre la corruption est le premier instrument à statuer le principe de la restitution de valeurs patrimoniales acquises illicitement, ce qui constitue une importante innovation aux yeux non seulement des pays en développement mais encore de nombreux Etats Parties industrialisés. Pour le reste, la teneur de la convention ne va pas plus loin que celle des instruments régionaux en la matière. Les dispositions saillantes qu'elle contient et les exigences essentielles qu'elle pose sont examinées dans les paragraphes qui suivent.

Après les dispositions générales (chap. I), la Convention traite des mesures préventives (chap. II), impose aux Etats Parties l'obligation de réprimer les diverses formes de corruption ou autres infractions assimilées à de la corruption, et règle des points de procédure (chap. III). Elle contient également des dispositions relatives à la coopération internationale (chap. IV), règle la restitution d'avoirs provenant des infractions qu'elle réprime (chap. V), codifie l'assistance technique et l'échange d'informations entre Etats Parties (chap. VI), et enfin définit les mécanismes de mise en œuvre des règles qu'elle pose (chap. VII).

La convention constitue un instrument essentiel de prévention de la corruption. Statuée pour le secteur public et pour le secteur privé, elle prévoit l'obligation de dispenser une information et une formation spécifique aux employés concernant l'instauration de la transparence dans l'utilisation des deniers publics ainsi que des mesures visant à prévenir le blanchiment du produit de la corruption (art. 5 à 14).

⁶ V. le message du 26 octobre 2005 concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, de son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi que de son Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; FF 2005 6269; RS 0.311.54, 0.311.541, 0.311.542, ratifiée par la Suisse le 27 octobre 2006.

⁷ Résolution 55/61

⁸ Résolution 58/4

De surcroît, la convention oblige les Etats Parties à ériger en infractions pénales les différentes formes que peut prendre la corruption (dans le secteur public comme dans le secteur privé) et à adopter, en conséquence, des normes pénales réprimant notamment le détournement de fonds, l'abus de fonctions, le blanchiment d'argent ou le faux témoignage (art. 15 à 25). La convention statue par ailleurs la responsabilité de personnes morales et règle sous l'angle procédural notamment la confiscation de valeurs patrimoniales, la protection des témoins et des victimes et celle du secret bancaire (art. 26 à 42).

Le chapitre relatif à la coopération internationale traite principalement de l'extradition de personnes faisant l'objet de poursuites pénales ou condamnées (art. 44), de l'entraide judiciaire (art. 46) et du transfert des procédures pénales (art. 47).

Les dispositions sur la restitution des avoirs acquis illicitement – nous l'avons déjà relevé – ont une importance de premier plan. En effet, pour la première fois, un instrument multilatéral statue l'obligation de restituer ces valeurs (art. 57), pour autant que l'Etat Partie requérant fournisse la preuve qu'il était propriétaire desdites valeurs antérieurement à l'infraction. A la différence de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Convention UNTOC)⁹ qui laisse à l'Etat requis la liberté de décider de la manière dont il disposera de telles valeurs, la Convention contre la corruption consacre le principe de la restitution obligatoire de ces valeurs. Pour la mise en œuvre de ce principe, en revanche, elle oblige les Etats Parties à utiliser les canaux traditionnels de l'entraide internationale en matière pénale et à respecter le droit interne de l'Etat requis (art. 55).

Les normes concernant l'échange d'informations entre les Etats Parties et l'assistance technique prévoient notamment la mise sur pied de programmes de formation spécifiques, l'adoption de mesures de coopération tant à l'échelon national qu'international et une assistance mutuelle dans la lutte contre la corruption (art. 60 à 62). Au chapitre des mécanismes d'application et de contrôle, la convention instaure une Conférence des Etats Parties qui, lors de réunions tenues à intervalles réguliers, s'efforce de promouvoir la coopération entre lesdits Etats, examine la mise en œuvre de l'instrument multilatéral et, au besoin, définit des mécanismes supplémentaires en vue de faciliter la mise en œuvre (art. 63 et 64). Il est à noter que, sur ce point, les dispositions de la convention sont limitées au strict nécessaire si on les compare aux normes correspondantes des instruments régionaux. La première réunion de la Conférence des Etats Parties s'est tenue en décembre 2006.

1.4 Appréciation

La Convention des Nations Unies contre la corruption statue – et c'est la première fois – des normes de portée mondiale en matière de prévention et de répression de la corruption. La convention se caractérise par une approche globale de cette problématique et par le fait qu'elle tend à une harmonisation des législations nationales en la matière.

⁹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, RS 0.311.54.

Elle instaure une vaste réglementation des aspects tant préventifs que répressifs de la lutte contre la corruption. Elle traite – plus que d'autres conventions comparables – de la lutte contre la corruption dans la fonction publique des Etats Parties. Le fait qu'elle statue le principe de la restitution obligatoire des avoirs acquis illicitement explique, pour une bonne part, que nombre de pays en voie de développement y aient adhéré. Il se pourrait que les places financières soient soumises à certaines pressions de la part de ces pays en raison des attentes que suscite ce principe. Toutefois, la Suisse qui, en ce domaine, a une longue expérience et une longue pratique, ne devrait pas rencontrer de difficultés.

De tous les instruments internationaux similaires, la Convention de l'ONU contre la corruption est, sans doute, la plus volumineuse. Ce constat ne doit, toutefois, pas nous faire oublier qu'elle contient des dispositions qui n'ont pas de portée impérative, pour lesquelles aucun consensus n'a pu être dégagé lors de la négociation du texte, notamment celle relative à la corruption dans le secteur privé et les dispositions ayant trait aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre et de l'application effective de la convention par les Etats Parties. D'autres conventions, à savoir celles du Conseil de l'Europe et de l'OCDE, statuent des réglementations qui, sur certains aspects, sont nettement plus ambitieuses dans les domaines précités.

La convention constitue néanmoins une étape importante dans la lutte contre la corruption au niveau international. Le nombre élevé d'Etats qui ont participé à son élaboration et le nombre considérable de ceux qui l'ont ratifiée ou signée attestent de l'importance éminente que revêt cet instrument multilatéral.

Bien que cette convention n'aura que peu d'impact sur la pratique en Suisse, il est dans l'intérêt de la Suisse que la lutte contre cette forme de criminalité soit, à l'échelon mondial, organisée selon des standards plus aisément comparables et que la coopération et l'entraide judiciaire entre de nombreux Etats Parties puissent être intensifiées et soumises à des modalités plus simples. Il est donc logique que la Suisse adhère à la convention, surtout lorsque l'on sait le rôle actif qu'elle a joué lors de son élaboration.

1.5 Renonciation à ouvrir une procédure de consultation

L'adhésion de la Suisse à la Convention de l'ONU contre la corruption n'induit pas de modification du droit interne, puisque la Suisse a déjà transposé les principes statué par la convention dans sa législation. C'est pourquoi, en vertu de l'art. 2 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation¹⁰, nous avons renoncé à ouvrir une procédure de consultation sur cette convention.

¹⁰ RS 172.061

2 Les principales dispositions de la convention et leur relation avec le droit suisse

2.1 Dispositions générales (art. 1 à 4)

2.1.1 Objet (art. 1)

La convention a pour objet de promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace et de promouvoir, faciliter et soutenir la coopération internationale et l'assistance technique à ces fins, y compris le recouvrement d'avoirs.

2.1.2 Terminologie (art. 2)

La convention s'inspire largement des définitions déjà existantes dans les conventions internationales. Ainsi, les définitions figurant aux let. d à i correspondent¹¹ à celles des let. d à i de la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée¹². Quant aux définitions des diverses catégories de fonctionnaires (let. a à c), elles correspondent matériellement à celles figurant tant dans la Convention de l'OCDE¹³ que dans celle du Conseil de l'Europe¹⁴, toutes deux relatives à la corruption. La Suisse est partie à ces trois instruments internationaux.

2.1.2.1 Notion d'agent public (let. a)

La convention prévoit une définition autonome de la notion d'agent public, laquelle se rapporte à toute personne qui détient un mandat législatif, exécutif, administratif ou judiciaire d'un Etat Partie, qu'elle ait été nommée ou élue, à titre permanent ou temporaire, qu'elle soit rémunérée ou non et quel que soit son niveau hiérarchique.

Par ailleurs, la convention prévoit un renvoi au droit interne pour définir une notion plus large de l'agent public ou de toute autre personne exerçant une fonction publique, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique, ou fournissant un service public.

La convention vise ainsi à éviter toute lacune dans l'incrimination de la corruption d'agents publics. Elle prévoit un noyau dur comprenant les agents publics institutionnels, soit les fonctionnaires, mais aussi les membres des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Pour le surplus, elle permet à chaque Etat Partie de se baser sur sa législation nationale pour élargir la notion d'agent public aux personnes qui exercent une fonction publique ou fournissent un service public.

¹¹ L'art. 2, let. i, de la convention précise, par rapport à l'art. 2, let. i, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, que le passage par le territoire comporte également l'entrée et la sortie de ce territoire.

¹² RS 0.311.54

¹³ RS 0.311.21

¹⁴ RS 0.311.55

La définition du terme *fonctionnaire* donnée par le droit pénal suisse à l'art. 110, al. 3, CP ainsi que les dispositions en vigueur relatives à la corruption (art. 322^{ter} ss CP) répondent aux exigences de la convention. En effet, les normes pénales sur la corruption mentionnent – outre les fonctionnaires – les *membres d'une autorité judiciaire ou autre*, comme pouvant être les objets d'un acte de corruption. Cette formulation englobe toutes les personnes détenant un mandat exécutif ou législatif¹⁵.

Par ailleurs, le code pénal suisse vise autant les fonctionnaires institutionnels que les personnes qui occupent une fonction d'agent de l'Etat. En effet, l'art. 322^{octies}, al. 3, CP assimile les particuliers qui accomplissent des tâches publiques à des agents publics. Il est indifférent de savoir sous quel statut juridique une personne accomplit des tâches au service de la collectivité. Ce qui est déterminant, c'est qu'elle accomplisse des tâches dévolues à l'Etat¹⁶.

La définition que donne la Suisse de l'agent public satisfait ainsi aux exigences de la convention.

2.1.2.2 Notion d'agent public étranger (let. b)

La convention calque sa définition de l'agent public étranger sur celle de l'agent public national, l'agent public étranger devant détenir un mandat dans un pays étranger. L'art. 322^{septies} CP est le pendant des art. 322^{ter} et 322^{quater} CP (corruption active et passive d'agents publics suisses), à l'exception de la définition de l'agent, lequel doit agir pour un Etat étranger. Le droit suisse est ici également compatible avec les exigences de la convention.

2.1.2.3 Notion de fonctionnaire d'une organisation internationale publique (let. c)

Selon la convention, il faut entendre par fonctionnaire d'une organisation internationale publique un fonctionnaire international ou toute personne autorisée par une telle organisation à agir en son nom. Le terme de *personne agissant pour une organisation internationale* figurant à l'art. 322^{septies} CP correspond à cette définition¹⁷.

2.1.2.4 Autres définitions (let. d à i)

Ainsi que cela a été précisé ci-dessus (cf. supra ch. 2.1.2), les notions de «biens», de «produit du crime», de «gel ou saisie», de «confiscation», d'«infraction principale» et de «livraison surveillée» sont identiques à celles figurant dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹⁸.

Le terme *biens*, à la *let. d*, désigne tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, matériels ou immatériels, et les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs. L'expression

¹⁵ FF 1999 5045 5073

¹⁶ FF 1999 5045 5073

¹⁷ FF 1999 5045 5088

¹⁸ FF 2005 6269 6291 ss

valeurs patrimoniales au sens de l'art. 70, al. 1, CP, recouvre tous les avantages économiques, qu'ils représentent une augmentation d'actifs ou une diminution de passifs. Cette définition englobe donc aussi les droits réels restreints, les créances, les droits immatériels et les autres avantages économiques susceptibles d'être estimés, ou le cas échéant, chiffrés dans le cadre d'une décision de créance compensatrice¹⁹. Elle comprend par conséquent tous les éléments contenus dans la définition de la convention.

En vertu de la *let. e*, l'expression *produit du crime* désigne tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant.

Par *gel* ou *saisie* au sens de la *let. f*, il faut entendre l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente.

La *let. g* définit par *confiscation* la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. Ce terme s'applique à des sanctions prises contre le patrimoine qui, dans le contexte du droit national, constituent des peines ou des mesures. C'est le lien avec un acte pénalement répréhensible qui est décisif. S'il n'est pas nécessaire que la confiscation soit ordonnée dans le cadre de la procédure de jugement, elle peut aussi être décidée dans le contexte d'une ordonnance de non-lieu ou d'une procédure de confiscation menée séparément. Il est indispensable que la procédure en question soit conduite par un tribunal indépendant au sens de l'art. 6, par. 1, CEDH.

L'expression *infraction principale* au sens de la *let. h* désigne toute infraction à la suite de laquelle un produit est généré, ce dernier étant susceptible de devenir l'objet d'une infraction au sens de l'art. 23 de la convention. C'est donc l'acte qui a permis l'obtention du produit visé à l'art. 23 et qui conditionne le blanchiment d'argent.

En vertu de la *let. i*, on entend par *livraison surveillée* la méthode qui consiste à permettre la sortie du territoire, le passage par le territoire ou l'entrée sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats d'expéditions illicites ou suspectées de l'être, au su et sous le contrôle des autorités compétentes de ces Etats, en vue d'enquêter sur une infraction et d'identifier les personnes impliquées dans sa commission.

2.1.3 Champ d'application (art. 3)

La convention s'applique à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant la corruption ainsi qu'au gel, à la saisie, à la confiscation et à la restitution du produit des infractions telles qu'elles sont définies par cet instrument international.

¹⁹ Message du 30 juin 1993 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire, FF 1993 III 269 299 avec renvois.

2.1.4 Protection de la souveraineté (art. 4)

Cette disposition rappelle aux Etats Parties qu'ils doivent appliquer la convention en respectant les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des Etats et le principe de la non ingérence dans les affaires intérieures d'autres Etats. Elle statue, en outre, que la convention n'habilite en rien un Etat Partie à exercer sur le territoire d'un autre Etat une compétence juridictionnelle et des prérogatives qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre Etat par son droit interne.

2.2 Mesures préventives (art. 5 à 14)

2.2.1 Politiques et pratiques de prévention de la corruption (art. 5)

L'art. 5 oblige les Etats Parties à élaborer et appliquer ou à poursuivre, conformément aux principes fondamentaux de leur système juridique, des politiques de prévention de la corruption qui soient efficaces (*par. 1*) et leur demande de s'efforcer de mettre en place et de promouvoir des pratiques efficaces visant à prévenir la corruption (*par. 2*). L'efficacité des mesures adoptées doit faire l'objet d'une évaluation périodique (*par. 3*).

La Suisse s'est dotée d'un arsenal de normes anticorruption efficaces qui répond aux exigences posées par la convention. Plus précisément, il s'agit des dispositions suivantes.

Normes pénales réprimant la corruption

La révision, en 2000 et en 2006, des dispositions du code pénal sanctionnant la corruption d'agents publics et la corruption impliquant le secteur privé, a permis à la Suisse de disposer aujourd'hui d'instruments modernes et efficaces permettant de poursuivre et de sanctionner les auteurs de telles infractions. Ces dernières années, cet arsenal législatif a d'ailleurs été renforcé à maints égards (v. ch. 2.3).

Outre la révision du droit pénal matériel, les compétences de la Confédération en matière de poursuite d'infractions relevant de la criminalité transnationale organisée et de la criminalité économique transnationale ont été renforcées. Dorénavant, la corruption relève également de la nouvelle juridiction fédérale (art. 337 CP).

Code de comportement de l'administration générale de la Confédération

Le 19 avril 2000, le Conseil fédéral a adopté le Code de comportement de l'administration générale de la Confédération. Ce code fixe de manière concise des objectifs et des règles de conduite auxquels l'éthique professionnelle des collaboratrices et des collaborateurs de l'administration fédérale doit se conformer²⁰.

Interdiction d'accepter un avantage

En sus de l'interdiction d'accepter un avantage statuée de manière générale pour tous les agents publics à l'art. 322^{sexies} CP, la législation sur le personnel de la Confédération contient des prescriptions spécifiquement applicables à ce personnel. En vertu de l'art. 21, al. 3, de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédé-

²⁰ V. également les considérations émises au ch. 2.2.4.

ration²¹, l'employé de l'administration fédérale ne doit ni accepter, ni solliciter ou se faire promettre des dons ou autres avantages dans l'exercice d'activités procédant du contrat de travail. Les employeurs règlent les détails. Ainsi, l'art. 93 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération²² dispose que les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux ne constituent pas des dons ou autres avantages au sens de l'art. 21 LPers, mais que les départements peuvent régler en détail ou interdire l'acceptation de ces avantages.

Exercice d'activités accessoires par des employés de la Confédération

Les employeurs de l'administration fédérale peuvent subordonner à une autorisation l'exercice d'activités et de charges publiques déterminées (activités accessoires) dans la mesure où elles risquent de compromettre l'exécution des tâches (art. 23 LPers). Ils règlent les détails à l'échelon des dispositions d'exécution. Ainsi, les employés qui exercent une charge publique ou une autre activité en dehors de celle qu'ils exercent dans le cadre de leurs rapports de travail avec la Confédération doivent requérir une autorisation, notamment si cette charge ou activité risque, de par sa nature, de générer un conflit avec les intérêts du service²³.

Clause d'intégrité dans les marchés publics de la Confédération

La Commission des achats de la Confédération (CA) a approuvé en septembre 2000 une «Clause relative à l'intégrité morale» afin d'éviter la corruption dans les marchés publics, clause qu'elle a notifiée en novembre 2000 aux organes de la Confédération chargés des acquisitions ou adjudicateurs de travaux. Elle recommande d'inclure cette clause dans chaque contrat.

Systèmes internes de contrôle

Dans l'administration fédérale, le contrôle interne a été explicitement instauré par la modification du 1^{er} mai 2006 de la loi²⁴ et de l'ordonnance sur les finances²⁵. Dorénavant, les directeurs des unités administratives sont responsables de l'introduction, de l'utilisation et de la supervision du système de contrôle dans leur domaine de compétence. Les systèmes internes de contrôle comprennent des mesures régulières, organisationnelles et techniques. Elles sont exécutées dans le cadre des audits auxquels procèdent le Contrôle fédéral des finances et les inspections des finances (services de révision interne), conformément aux art. 6 et 11 de la loi sur le Contrôle des finances²⁶. A noter que, ces dernières années, plusieurs unités administratives ont créé un service de révision interne ou ont étoffé l'effectif de celui qui existait déjà.

«Whistleblowing»

Le 13 juin 2005, le Conseil national a adopté la motion Gysin²⁷ laquelle demande au Conseil fédéral de présenter au parlement un projet de loi qui garantisse une protection efficace des «donneurs d'alerte». La motion a été amendée par le Conseil des

21 RS 172.220.1

22 RS 172.220.111.3

23 V. art. 91 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération, OPers, RS 172.220.111.3.

24 RS 611.0

25 RS 611.01

26 Loi du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances, LCF, RS 614.0

27 03.3212 Motion Gysin. Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption.

Etats qui a ajouté au premier mandat confié au Conseil fédéral celui d'examiner la question de «l'obligation de communiquer à l'autorité compétente des soupçons concrets de commission d'un acte pénalement réprimé dont les employés de la Confédération ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction». Le Conseil des Etats a adopté la motion, dans sa forme amendée, le 22 mars 2006. Le Conseil National a adopté la motion le 22 juin 2007 dans la teneur proposée par le Conseil des Etats.

En outre, au sein de l'administration fédérale, il est loisible à tout agent d'aviser le Contrôle des finances (CF) lorsqu'il a constaté des faits donnant à penser qu'il y a eu corruption. Celui-ci vérifie le bien-fondé de telles dénonciations dans le cadre des révisions auxquelles il procède. Le cas échéant il dépose plainte auprès des autorités de poursuite pénale. Par principe, il ne leur révèle pas la source de ses informations.

Loi sur la transparence

En vertu de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence²⁸, toute personne a, à certaines conditions, un droit d'accès à des documents officiels sans devoir justifier d'un intérêt particulier. La loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale, aux Services du Parlement et aux organismes et personnes extérieurs à l'administration fédérale, qui accomplissent des tâches publiques, dans la mesure où ils rendent des décisions (par exemple, les CFF, la Poste ou la SUVA). L'application du principe de la transparence facilite l'accès du public aux documents officiels. Ce principe permet de promouvoir la transparence de l'administration, renforçant ainsi la confiance de la population dans les institutions étatiques.

Parlementaires

Les parlementaires fédéraux sont toutefois tenus, en vertu de l'art. 11 de la loi sur le Parlement²⁹, de signaler, lorsqu'ils entrent en fonction et au début de chaque année civile, leurs intérêts, leurs activités professionnelles, les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public, les fonctions de conseil ou d'expert qu'ils exercent pour le compte de services de la Confédération, les fonctions permanentes de direction ou de conseil qu'ils exercent pour le compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers, les fonctions qu'ils exercent au sein de commissions ou d'autres organes de la Confédération. La plupart des cantons connaissent aussi l'obligation des parlementaires de signaler leurs liens d'intérêts.

Le *par. 4* exige des Etats Parties qu'ils collaborent, selon qu'il convient et conformément aux principes fondamentaux de leur système juridique, entre eux et avec les organisations régionales et internationales compétentes pour la promotion et la mise au point de mesures préventives ainsi que de politiques de lutte contre la corruption.

A divers titres, la Suisse est partie prenante à la collaboration internationale voulue par la convention. Ainsi, elle est membre du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe et du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption. Les Etats membres s'y soumettent mutuellement à une évaluation permanente des efforts qu'ils consentent et des pratiques qu'ils instaurent aux fins de prévenir et de combattre la corruption. La Suisse œuvre également au sein du Comité d'aide au

²⁸ RS 152.3, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006.

²⁹ RS 171.10

développement de l'OCDE (DAC) et au sein du Groupe d'experts sur le «Managing Conflict of Interest in Public Service» du Comité de la gouvernance publique de l'OCDE. Elle soutient en outre les activités du Réseau anti-corruption de l'OCDE pour l'Europe orientale et l'Asie centrale, qui existe depuis 2003.

La lutte contre la corruption est aussi une préoccupation importante de la Banque mondiale et des banques régionales de développement³⁰. Grâce à ses participations financières, la Suisse est associée à la direction de ces institutions. Elle s'y emploie activement en faveur de l'adoption de mesures efficaces de lutte contre la corruption. Ainsi, en septembre 2006, la Banque mondiale s'est dotée, avec la participation de la Suisse, d'une nouvelle «Stratégie pour la promotion de la gouvernance et la lutte contre la corruption».

2.2.2 Organes de prévention de la corruption (art. 6)

Selon l'art. 6, par. 1 et 2, chaque Etat Partie pourvoit, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, à ce qu'existent, selon qu'il convient, un ou plusieurs organes chargés de prévenir la corruption. Il doit accorder à ces organes l'indépendance nécessaire et les doter des ressources dont ils ont besoin pour exercer leur fonction.

En ce qui concerne la prévention de la corruption proprement dite, la Suisse connaît un *système décentralisé* dans le cadre duquel les différents organes échangent des informations et collaborent en fonction des besoins. De tels organes de prévention existent tant au niveau fédéral que dans nombre de cantons. En règle générale, les cantons disposent de leurs propres structures de prévention de la corruption. Cette multiplicité se justifie parce que le phénomène de la corruption revêt de nombreux aspects et que la corruption peut exercer un attrait susceptible de varier très fortement d'une personne à l'autre, les problèmes concrets qui en résultent présentant eux aussi de très notables différences. Le système adopté en Suisse présente l'avantage de responsabiliser les unités décentralisées de la Confédération, des cantons et des communes, la décentralisation permettant par ailleurs auxdites unités d'agir en toute connaissance de la situation, en tenant compte des besoins réels et avec la souplesse nécessaire.

Au sein de l'*administration fédérale*, les différents départements et même certains offices ont édicté des prescriptions détaillées visant à prévenir la corruption. Ces prescriptions complètent ou concrétisent les dispositions en la matière de la loi sur le personnel de la Confédération.

Depuis l'an 2000, il existe au sein de l'administration fédérale un groupement informel des nombreux organes s'occupant de différents aspects de la problématique de la corruption. Au sein de ce «groupe consultatif sur la corruption», la Direction politique du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) organise deux ou trois fois par année un vaste échange d'informations entre les organes concernés. Elle est également l'interlocutrice des autorités étrangères, dont elle transmet les questions d'ordre général aux services spécialisés de la Confédération.

³⁰ Banque européenne pour la reconstruction et le développement; banques interaméricaine, africaine et asiatique de développement.

L'opportunité de créer un *centre de compétence pour la lutte contre la corruption* a été étudiée en 2003 par un groupe de travail interdépartemental institué par le Conseil fédéral et présidé par l'Office fédéral du personnel. Le groupe de travail, qui comprenait également des représentants des cantons, est parvenu à la conclusion que l'impact éventuel qu'exercerait un tel centre devrait indubitablement être limité, de sorte que l'utilité supplémentaire que l'on pourrait retirer d'une telle institution serait faible. Dans son rapport du 16 juin 2003 sur la prévention de la corruption (en réponse au postulat «Prévention de la corruption» de la Commission des affaires juridiques du Conseil national)³¹, le Conseil fédéral a estimé que le Contrôle fédéral des finances assumait déjà nombre de fonctions d'un tel centre et que, partant, la création d'une unité d'organisation particulière ne s'imposait pas.

Aux termes du *par. 3*, chaque Etat Partie doit communiquer au Secrétaire général de l'ONU le nom de l'autorité susceptible d'aider d'autres Etats Parties à mettre au point et à appliquer des mesures spécifiques de prévention de la corruption. L'autorité qui, au niveau fédéral, sera appelée à jouer ce rôle est la DDC. Si des questions touchant le secteur d'activité d'autres unités de l'administration fédérale lui sont adressées, elle les relaiera auprès de ces unités.

2.2.3 Secteur public (art. 7)

Selon le *par. 1*, chaque Etat Partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, d'adopter pour la fonction publique des régimes de recrutement, d'embauche, de fidélisation, de promotion et de retraite des agents, qui soient propres à prévenir la corruption.

Dans l'administration fédérale, l'embauche du personnel, l'aménagement des rapports de travail et les licenciements sont décentralisés au niveau des unités compétentes, qui jouissent d'une importante marge de manœuvre. Par principe, les postes vacants font l'objet d'une mise au concours publique³². Les exceptions à cette règle sont définies dans les dispositions d'exécution³³. Dans certains cas, l'unité compétente peut demander des renseignements spécifiques (extrait du casier judiciaire, extrait du registre des poursuites, références, etc.) si la personne concernée y consent.

La Confédération soumet à un *contrôle de sécurité particulier*³⁴, les personnes sélectionnées pour occuper des fonctions dans lesquelles elles ont connaissance de manière régulière et approfondie de l'activité gouvernementale ou d'importants dossiers de la politique de sécurité, ont régulièrement accès à des secrets relevant de la sûreté intérieure ou extérieure ou encore à des données personnelles sensibles. Ce contrôle peut être répété durant l'exercice de la fonction.

³¹ FF 2003 4648 ss

³² Art. 7 LPers

³³ Art. 22 OPers

³⁴ Art. 19 ss de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure, RS 120; ordonnance du 19 décembre 2001 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes, RS 120.4.

La *formation et la surveillance* des collaborateurs – y compris de ceux qui sont exposés aux risques de corruption inhérents à l'exercice de leurs fonctions – incombent aux unités ad hoc décentralisées. Elles prennent les mesures qui s'imposent pour prévenir les cas de corruption dans leur ressort.

L'administration fédérale sanctionne par des *mesures disciplinaires*³⁵ les manquements aux obligations professionnelles de ses employés, en particulier lorsqu'ils se rendent coupables de corruption. En sus d'éventuelles mesures disciplinaires, l'administration fédérale, en sa qualité d'employeur, peut prendre des *mesures administratives*, notamment en cas de violation des devoirs de fonction et de disparition de l'une des conditions d'engagement; elle peut en particulier modifier les rapports de travail ou les résilier³⁶.

Le Conseil fédéral rend compte à intervalles réguliers au Parlement de la mise en œuvre de sa politique en matière de personnel³⁷. Dans le cadre de ce rapport, il peut demander aux unités organisationnelles (entreprises, départements, offices fédéraux, etc.) de lui fournir des informations spécifiques (par exemple sur les activités accessoires, les salaires et les allocations, l'acceptation de cadeaux et d'autres avantages, la formation et l'information), qui permettent de déceler et de prévenir les risques de corruption.

Les *par. 2 et 3* se limitent à demander aux Etats Parties d'envisager, en conformité avec les principes fondamentaux de leur droit interne, l'adoption de mesures législatives et administratives permettant d'arrêter des critères pour la candidature et l'élection à un mandat public et d'accroître la transparence du financement des candidatures à un mandat public électif et, le cas échéant, du financement des partis politiques.

La question du financement des partis politiques fait régulièrement l'objet de débats au Parlement suisse³⁸. Une dizaine d'interventions parlementaires ont ainsi été déposées ces vingt dernières années à ce sujet, sans qu'aucune proposition ne soit finalement adoptée par le parlement. Cette situation a plusieurs causes: la démocratie directe, le fédéralisme, le système de gouvernement collégial et le système politique de milice. Les partis politiques ne disposent pas, contrairement à ce qui est souvent le cas à l'étranger, d'appareils de partis (personnel, bâtiments, etc.) importants. Leurs budgets, pour autant que l'on puisse les évaluer (puisqu'ils ne doivent pas être publiés), sont relativement modestes. En outre, le rejet de diverses interventions parlementaires indique qu'un financement public des partis politiques n'est pas à l'ordre du jour. Or, le financement public est un préalable à une réglementation stricte en matière de financement des partis politiques. La longue tradition de démocratie directe que connaît la Suisse a comme corollaire le fait que les partis politiques ne sont pas, et de loin, les seuls acteurs de la vie politique suisse. Les comités d'initiative ou les comités référendaires qui naissent à l'occasion de certains scrutins, jouent un rôle essentiel. Une législation en la matière serait donc relativement compliquée à élaborer et à appliquer, compte tenu de la diversité des acteurs politiques.

³⁵ Art. 25 LPers, RS 172.220.1

³⁶ Art. 12, al. 6 et 7, LPers

³⁷ Art. 5, al. 1, LPers

³⁸ Pour une présentation historique détaillée, cf. Balmelli Tiziano, Le financement des partis politiques et des campagnes électorales, Fribourg, 2001, p. 309 ss.

Le *par. 4* dispose que chaque Etat Partie s'efforce, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'adopter, de maintenir et de renforcer des systèmes qui favorisent la transparence et préviennent les conflits d'intérêts.

A ce sujet, nous renvoyons notamment aux considérations émises à propos de l'exercice d'activités accessoires par des employés de la Confédération, de la loi sur la transparence et de l'obligation qu'ont les parlementaires de déclarer les intérêts qui les lient³⁹.

2.2.4 Codes de conduite des agents publics (art. 8)

En vertu de l'*art. 8*, chaque Etat Partie encourage notamment l'intégrité, l'honnêteté et la responsabilité chez ses agents publics, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, en adoptant pour lesdits agents des codes de conduite, en prévoyant des réglementations obligeant ces agents à déclarer tout ce qui pourrait générer un conflit d'intérêts avec leurs fonctions et, enfin, en prenant des mesures visant à faciliter le signalement par les agents publics des actes de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Le 19 avril 2000, le Conseil fédéral a approuvé un code de comportement valable pour l'administration fédérale. Ce code énonce des principes qui consacrent l'éthique professionnelle que le personnel de la Confédération doit respecter. Diverses mesures ont permis de garantir que ce code de comportement soit connu de chacun dans l'administration fédérale. Ainsi, il a été envoyé par courrier au domicile de tous les collaborateurs de l'administration fédérale et les directions des offices ont été priées de le remettre à tous leurs nouveaux collaborateurs comme composante des principes directeurs en matière de politique du personnel au sein de l'administration de la Confédération.

Le Conseil fédéral a traité de manière détaillée du code de comportement et des autres mesures visant à prévenir la corruption dans son rapport du 16 juin 2003⁴⁰. En particulier, il y fait allusion au *par. 4* qui exhorte les Etats Parties à envisager de mettre en place des mesures propres à faciliter le signalement par les agents publics aux autorités compétentes des actes de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. En Suisse, a rappelé le Conseil fédéral, toute personne a le droit de signaler au Contrôle fédéral des finances (CDF) les faits qui portent à croire qu'il y a eu corruption.

2.2.5 Passation des marchés publics et gestion des finances publiques (art. 9)

Aux termes du *par. 1*, chaque Etat Partie est tenu de prendre, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, notamment, pour prévenir la corruption.

³⁹ V. ch. 2.2.1

⁴⁰ FF 2003 4648 ss

Cette obligation concerne principalement les Etats qui ne sont pas encore parties à l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics⁴¹, conclu sous l'égide de l'OMC. Les autres Etats (actuellement 37, dont la Suisse) ont déjà pris les mesures législatives nécessaires pour satisfaire aux exigences que pose la Convention de l'ONU dans ce domaine⁴². Dans le cadre de la révision en cours de l'accord susmentionné, il est prévu de faire expressément référence aux conventions internationales contre la corruption, en particulier à la convention de l'ONU et d'intégrer dans l'accord des dispositions encore plus incisives dans le but de combattre la corruption.

Aux termes du *par. 2*, chaque Etat Partie est tenu de prendre, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures appropriées pour promouvoir la transparence et la responsabilité dans la gestion des finances publiques. Ces mesures comprennent notamment:

Let. a: procédures d'adoption du budget national

L'établissement d'un budget obéit à un calendrier fixe. Au niveau de la Confédération, le Conseil fédéral fixe chaque année, en février, les objectifs et les valeurs de référence à prendre en compte lors de la préparation du budget de l'année suivante ainsi que le plan financier. De mars à mai, les départements élaborent leur budget. Avant les vacances d'été, le Conseil fédéral donne mandat à l'administration d'affiner le projet de budget et de plan financier de telle sorte que les objectifs fixés puissent être respectés. Après les vacances d'été, il arrête les réductions des dépenses nécessaires et réexamine les valeurs de référence (renchérissement, croissance économique, taux d'intérêt). A la fin du mois de septembre, il adresse au Parlement le message sur le budget. Au cours de la session d'hiver et après que le Conseil fédéral lui a présenté son projet, le Parlement examine, amende et adopte le budget. Si le budget est dépassé, il est tenu de voter un crédit supplémentaire. Ainsi donc, les finances ressortissent à l'Assemblée fédérale qui non seulement adopte le budget, mais encore approuve le compte d'Etat⁴³.

Let. b: communication en temps utile des dépenses et des recettes⁴⁴

Pour la première fois, les principes de base régissant la tenue des comptes sont statué au degré législatif dans la nouvelle loi du 7 octobre 2005 sur les finances⁴⁵ et concrétisés au niveau de l'ordonnance⁴⁶. Deux principes revêtent de l'importance pour la communication en temps utile des dépenses et des recettes: premièrement, celui de *l'universalité* qui exige que toutes les opérations financières et tous les éléments comptables soient enregistrés intégralement et par période; deuxièmement

⁴¹ RS **0.632.231.422**

⁴² Ainsi, au niveau fédéral, la Suisse a adopté les textes suivants: loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS **172.056.1**; ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics, RS **172.056.11**; loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, RS **943.02**. A l'échelon des cantons, citons: l'accord intercantonal du 25 novembre/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP) et les lois adoptées en la matière par les différents cantons.

⁴³ En l'occurrence, les bases légales déterminantes sont les art. 167 et 183 de la Constitution fédérale, Cst., RS **101**; la loi sur le Parlement, LParl; RS **171.10**; enfin la loi sur les finances, LFC; RS **611.0**.

⁴⁴ En ce qui concerne la let. b, v. également le message du 24 novembre 2004 concernant la modification de la loi fédérale sur les finances de la Confédération (LFC), FF **2005** 5 ss.

⁴⁵ V. art. 38 LFC

⁴⁶ V. art. 28 ss OFC, RS **611.01**

celui de la *ponctualité* qui exige que la comptabilité soit tenue à jour et que les opérations soient consignées par ordre chronologique.

Let. c: système de normes de comptabilité et d'audit et de contrôle au second degré

L'art. 47 LFC statue les principes qui régissent l'établissement des comptes. Ces principes visent à favoriser la présentation d'un état de la fortune, des finances et des revenus de la Confédération conforme à la réalité et, par conséquent, répondant à la nécessité de disposer de données fiables, comparables et claires qui soient de nature à créer la transparence et la confiance.

Quant à l'organisation et aux compétences de l'organe suprême et indépendant en matière de contrôle des comptes, elles sont également fixées dans la loi sur le Contrôle des finances (LCF)⁴⁷.

Let. d: systèmes efficaces de gestion des risques et de contrôle interne

Les dispositions sur le contrôle interne et donc, sur la gestion des risques, sont désormais intégrées dans la LFC (art. 39), le but étant notamment de garantir durablement la qualité de l'établissement des comptes de la Confédération. Les instruments du contrôle interne et de la gestion des risques sont spécifiés dans l'ordonnance sur les finances (OFC)⁴⁸.

Let. e: mesures correctives en cas de manquement aux exigences du par. 2

La législation en vigueur satisfaisant aux exigences posées par l'art. 9, par. 2, let. a à d, il n'y a pas lieu de prévoir des mesures correctives pour la Suisse.

Aux termes du *par. 3*, chaque Etat Partie est tenu de prendre, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et les recettes publiques ou pour en empêcher la falsification.

L'art. 3 de l'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de comptes⁴⁹ statue que le mode de tenue, de saisie et de conservation doit garantir que les livres, les pièces comptables et la correspondance ne puissent être modifiés sans que la modification soit apparente (authenticité et infalsifiabilité).

Ainsi donc, le droit suisse répond à l'ensemble des exigences posées par l'art. 9 de la convention.

2.2.6 Information du public (art. 10)

L'art. 10 enjoint aux Etats Parties de prendre, conformément aux principes fondamentaux de leur droit interne, les mesures nécessaires pour accroître la transparence de leur administration publique. Cette disposition énumère, à titre exemplatif, un certain nombre de ces mesures.

⁴⁷ RS 614.0

⁴⁸ V. art. 3, let. b, art. 36 à 39 et art. 49 à 52 OFC

⁴⁹ Ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes (Olico), RS 221.431.

La Constitution donne mandat au Conseil fédéral d'informer le public «en temps utile et de manière détaillée» sur son activité⁵⁰. De même, le principe de transparence veut que chaque personne a le droit de demander à voir un document officiel et d'obtenir des autorités des renseignements sur le contenu d'un tel document⁵¹. L'accès à des données personnelles est régi par la loi fédérale sur la protection des données⁵². La publicité donnée à la procédure d'adjudication des marchés publics peut aussi être mentionnée dans ce contexte⁵³, de même que d'autres procédures, telles que l'obligation de publier les plans de constructions, la publication du rapport relatif à l'impact sur l'environnement, et la soumission publique de concessions dans le domaine de la radio-télévision et dans celui de la télécommunication.

En matière d'information du public, la Suisse satisfait donc aux exigences posées par la convention.

2.2.7 Mesures concernant les juges et les services de poursuite (art. 11)

L'art. 11 exige de chaque Etat Partie qu'il prenne, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, des mesures visant à renforcer l'intégrité des juges (*par. 1*) et des procureurs (*par. 2*) et à prévenir les possibilités de les corrompre, sans mettre en péril leur indépendance.

La Suisse connaît le principe de la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

Au *niveau fédéral*, les juges sont élus par l'Assemblée fédérale pour une période de six ans⁵⁴. Dans l'exercice de leurs attributions judiciaires, les tribunaux fédéraux sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi⁵⁵. Les juges ne peuvent être membres de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral ni exercer aucune autre fonction au service de la Confédération. Ils ne peuvent exercer aucune activité susceptible de nuire à l'exercice de leur fonction de juge, à l'indépendance du tribunal ou à sa réputation ni représenter des tiers à titre professionnel devant le tribunal⁵⁶.

Le Tribunal fédéral peut autoriser les juges ordinaires à exercer une activité accessoire à but non lucratif, pour autant que le plein exercice de leur fonction ainsi que l'indépendance du tribunal et sa réputation n'en soient pas affectés⁵⁷. Les juges du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal administratif fédéral doivent obtenir l'autorisation du tribunal pour exercer une activité à l'extérieur de celui-ci⁵⁸. La législation prévoit toute une série de motifs de récusation; les juges doivent, notamment, se récuser s'ils ont un intérêt personnel dans la cause⁵⁹.

⁵⁰ Art. 180, al. 2, Cst.

⁵¹ Art. 6 de la loi sur la transparence, RS 152.3.

⁵² RS 235.1

⁵³ Art. 13 ss de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1.

⁵⁴ Art. 5, al. 1, et 9, al. 1, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110; art. 5, al. 1, et 9, al. 1, de la loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF); RS 173.71; art. 5, al. 1, et 9, al. 1, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32.

⁵⁵ Art. 2, al. 1, LTF; art. 2, LTPF; art. 2 LTAF

⁵⁶ Art. 6, al. 1 et 2, LTF; art. 6, al. 1 et 2, LTPF; art. 6, al. 1 et 2, LTAF

⁵⁷ Art. 7, al. 1, LTF

⁵⁸ Art. 7 LTPF et art. 7 LTAF

⁵⁹ Art. 34 LTF, art. 38 LTAF

Si le procureur général est nommé par le Conseil fédéral, il agit néanmoins de manière indépendante. Son indépendance est prévue expressément⁶⁰. Son autonomie est préservée alors même que le procureur général est soumis administrativement à la surveillance du Conseil fédéral. Pour ses réquisitions, il s'inspire de ses propres convictions⁶¹. Les juges d'instruction fédéraux sont nommés par le Tribunal fédéral⁶².

Au *plan cantonal*, le principe de la séparation des pouvoirs prévaut dans tous les cantons et toutes les autorités judiciaires prennent leurs décisions souverainement, sans ingérence du pouvoir exécutif.

2.2.8 Secteur privé (art. 12)

Le *par. 1* enjoint aux Etats Parties de prendre, conformément aux principes fondamentaux de leur droit interne, des mesures pour prévenir la corruption impliquant le secteur privé et, s'il y a lieu, de prévoir des sanctions. Le *par. 2* énumère non exhaustivement tout un ensemble de mesures permettant d'atteindre cet objectif.

La lutte contre la corruption dans le secteur privé repose sur l'arsenal de normes pénales qui a d'ailleurs été complété et affiné et sur l'application de ces normes par une justice efficace. Ainsi que nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, la corruption active et passive dans le secteur privé est passible en Suisse de sanctions pénales⁶³ depuis le 1^{er} juillet 2006. Simultanément, la responsabilité primaire de l'entreprise a été étendue également aux cas de corruption active dans le secteur privé⁶⁴. La corruption active dans le secteur privé vise à obtenir de manière déloyale un avantage indu dans le cadre de la concurrence commerciale. Il n'est pas rare que l'infraction profite en fait à une personne morale à laquelle le corrupteur actif a cherché à procurer un avantage. En matière de corruption, y compris de corruption dans le secteur privé, la responsabilité de l'entreprise a un effet préventif considérable, puisque toute entreprise est tenue de prendre les dispositions nécessaires pour parer au risque que sa responsabilité pénale soit engagée.

Le secteur privé a adopté des normes visant à préserver l'intégrité et des codes de conduite qui fixent, concrétisent et complètent les «bonnes pratiques» à adopter par les entreprises. Ces dernières années, de nombreuses entreprises, associations, organisations professionnelles et ONG se sont dotées – tant en Suisse qu'à l'échelon international – de tels codes visant à combattre la corruption. La Confédération soutient ces efforts, notamment en recommandant, dans la brochure d'information du SECO, d'économiesuisse et de Transparency International, l'adoption de telles normes.

Le *par. 3* oblige chaque Etat Partie à prendre, conformément à son droit interne concernant la tenue des livres et états comptables de même que la révision, les mesures nécessaires pour empêcher les manipulations comptables en relation avec des actes de corruption.

⁶⁰ Art. 16, al. 4, de la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, PPF, RS 312.0.

⁶¹ Art. 14, al. 2, PPF

⁶² Art. 15, al. 1, let. e, LTPF

⁶³ Art. 4a en liaison avec l'art. 23 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

⁶⁴ Art. 102 CP

En Suisse, de telles manipulations tombent sous le coup des dispositions pénales sanctionnant les faux dans les titres⁶⁵ et les infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels⁶⁶. Par ailleurs, il importe que les infractions énumérées au par. 3 soient également illicites au regard du droit privé. C'est d'ailleurs déjà le cas selon le code des obligations (CO) en vigueur, puisque les actes en question contreviennent aux principes de l'établissement régulier des comptes, notamment à ceux de l'intégralité, de la clarté, de la sincérité et de l'exactitude des comptes annuels⁶⁷. Quant à la destruction avant l'expiration du délai légal des livres et pièces comptables, elle représente une violation de l'obligation de conserver les livres statuée à l'art. 962 CO.

Le *par. 4* interdit aux Etats Parties d'admettre la déductibilité fiscale des dépenses qui constituent des pots-de-vin. La loi fédérale du 22 décembre 1999 sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes⁶⁸ satisfait à cette exigence.

En résumé le droit suisse répond pleinement aux exigences posées par l'art. 12.

2.2.9 Participation de la société (art. 13)

La convention enjoint à chaque Etat Partie de prendre des mesures appropriées, dans la limite de ses moyens et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, pour favoriser la participation de la société à la prévention de la corruption et à la lutte contre ce phénomène ainsi que pour sensibiliser le public à la problématique de la corruption.

La Confédération associe le public, sous diverses formes, à la prévention de la corruption et à la lutte contre ce type de criminalité. Un échange d'informations a lieu à intervalles réguliers avec les ONG, les milieux de l'économie et de la science. Le Groupe consultatif sur la corruption déjà mentionné⁶⁹ tient, au moins une fois par année, une réunion à laquelle participent également des représentants desdits milieux. L'examen de la situation qui règne dans chaque Etat Partie en matière de lutte contre la corruption, qui a lieu périodiquement en application des conventions de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, favorise également le dialogue et la collaboration avec la société civile. En outre, la Confédération mène assez fréquemment, avec les acteurs sociaux, des actions communes visant notamment à sensibiliser le public au phénomène de la corruption⁷⁰. Quant à l'accès du public à l'information et à la transparence des décisions, il est, en Suisse, garanti notamment par la loi sur la transparence⁷¹ et le régime de la démocratie directe. Enfin, l'art. 16 de la Constitution fédérale garantit les libertés d'opinion et d'information.

Au niveau fédéral, l'organe compétent au sens du *par. 2*, auquel le public peut dénoncer les cas de corruption, est le Contrôle fédéral des finances. La plupart des cantons et des villes disposent également d'un service de contrôle des finances

⁶⁵ Art. 251 ss CP

⁶⁶ Art. 312 ss CP

⁶⁷ V. art. 662a CO en ce qui concerne la société anonyme et l'art. 959 CO pour toutes les raisons commerciales; v. également la doctrine et la jurisprudence pertinentes.

⁶⁸ FF 1997 II 929, IV 1195; RO 2000 2147 s.

⁶⁹ V. ch. 2.2.2

⁷⁰ Par exemple la diffusion d'informations, des sites Internet, des conférences de presse, des séminaires.

⁷¹ V. ch. 2.2.1

calqué sur le modèle du Contrôle fédéral ou d'un bureau de médiation habilités à enregistrer les dénonciations des cas de corruption.

2.2.10 Mesures visant à prévenir le blanchiment d'argent (art. 14)

L'art. 14 énonce un certain nombre de normes relatives à la prévention du blanchiment d'argent. Le contenu de ces normes correspond, à l'exception du par. 3, à l'art. 7 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée⁷²; ces normes sont actuellement déjà mises en œuvre en droit suisse.

Le *par. 1* énonce les exigences auxquelles doit satisfaire un régime interne de réglementation et de contrôle des intermédiaires financiers; chaque Etat Partie doit s'assurer en même temps que les différentes autorités sont en mesure de coopérer et d'échanger des informations aux niveaux national et international, et doit envisager, à cette fin, la création d'un service de renseignement financier.

La Suisse a adopté la loi sur le blanchiment d'argent⁷³, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1998 et complétée par diverses ordonnances dans les domaines bancaire et non bancaire, dont les assurances et les maisons de jeux. Ces instruments fixent le cadre réglementaire applicable aux intermédiaires financiers. La Suisse dispose d'un service de renseignement financier prévu par la LBA aux art. 9 et 23. L'art. 27, al. 4, LBA prévoit les modalités d'échange d'informations au niveau national. Les art. 29 à 32 régissent la collaboration entre les autorités suisses et les autorités étrangères.

Le *par. 2*, préconise des mesures de détection et de surveillance du mouvement transfrontière d'espèces et de titres négociables appropriés, sous réserve de garanties permettant d'assurer une utilisation correcte des informations et sans entraver d'aucune façon la circulation des capitaux licites. La Suisse prépare actuellement la transposition de la Recommandation Spéciale IX du Groupe d'Action Financière (GAFI) qui standardise le régime à mettre en place en l'espèce. Le Conseil fédéral a adopté le message y relatif le 15 juin 2007. Cet objet devrait être traité au Parlement durant la session d'automne 2007⁷⁴.

Aux termes du *par. 3*, les Etats Parties sont appelés à assurer que les institutions financières consignent des informations exactes et utiles sur le donneur d'ordre lors de transferts électroniques de fonds, qu'elles conservent ces informations tout au long de la chaîne de paiement et qu'elles exercent une surveillance accrue sur les transferts de fonds non accompagnés d'informations complètes sur le donneur d'ordre. Les art. 3 à 6 de la LBA fixent les devoirs de diligence applicables à l'ensemble des intermédiaires financiers. Il s'agit de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant (art. 3 LBA), de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique (art. 4 LBA), de l'obligation de renouveler les obligations susmentionnées (art. 5 LBA), enfin de l'obligation particulière de clarification (art. 6 LBA). L'art. 7, al. 3, LBA prévoit que les documents sont conservés dix ans après la cessation de la relation d'affaires ou après la fin de la transaction. La conservation des

⁷² FF 2005 6269 6722.

⁷³ Loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent, LBA, RS 955.0.

⁷⁴ Message du 15 juin 2007 sur la mise en oeuvre des Recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI), FF 2007 5919.

informations au cours de la chaîne de paiement est réglée dans les ordonnances adoptées par les autorités de surveillance⁷⁵.

Aux termes du *par. 4*, les Etats sont invités à s'inspirer des initiatives pertinentes prises par les organisations régionales interrégionales et multilatérales pour lutter contre le blanchiment d'argent. La Suisse est notamment membre du Groupe d'Action Financière (GAFI) et met en œuvre dans ses aspects substantiels les Recommandations du GAFI. Elle dispose de ce fait d'une réglementation en harmonie avec les standards internationaux de référence les plus exigeants.

Au *par. 5*, les Etats sont invités à s'efforcer de développer et de promouvoir la coopération multilatérale et bilatérale parmi les autorités judiciaires, les services de détection et de répression et les autorités de réglementation financière.

La Suisse s'engage dans l'élaboration et la mise en œuvre de tous les instruments pertinents dans le domaine, remplissant ainsi les devoirs mentionnés au dernier paragraphe de l'art. 14.

2.3 Incrimination, détection et répression (art. 15 à 42)

2.3.1 Incrimination (art. 15 à 26)

Les art. 15 à 26 portent tant sur les infractions de corruption (active et passive d'agents publics nationaux, étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales, art. 15 et 16) que sur les infractions contre le patrimoine ou contre les devoirs de fonction commises par les agents publics (soustraction/détournement de biens publics, art. 17, trafic d'influence, art. 18, abus de fonction, art. 19, enrichissement illicite, art. 20). La corruption privée et la soustraction de biens dans le secteur privé sont prévues aux art. 21 et 22. Les infractions contre l'administration de la justice telles que le blanchiment et l'entrave au bon fonctionnement de la justice sont incriminées aux art. 23 et 25 de la convention. L'art. 24 porte sur le recel de biens et l'art. 26 est consacré à la responsabilité des personnes morales.

2.3.1.1 Corruption d'agents publics nationaux (art. 15)

Selon la norme de base de la convention, chaque Etat Partie adopte les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale à tout acte de corruption active ou passive commis intentionnellement.

2.3.1.1.1 Corruption active d'agents publics nationaux (let. a)

L'infraction consiste, selon la convention, à promettre, offrir ou accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles. Cette définition correspond en quasi-

⁷⁵ Les autorités de surveillance auxquelles il est fait référence sont la Commission fédérale des Banques, l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la Commission fédérale des maisons de jeux et l'Office fédéral des assurances privées.

intégralité à celles de la Convention de l'OCDE et du Conseil de l'Europe ainsi qu'à la définition contenue dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée⁷⁶. Elle correspond également dans une très large mesure, sous réserve des précisions développées ci-dessous, aux éléments constitutifs de l'art. 322^{ter} CP.

En ce qui concerne les différents éléments de l'acte, il convient tout d'abord de constater que l'art. 15 let. a de la convention et la définition de l'infraction, telle qu'elle figure à l'art. 322^{ter} CP, mentionnent tous deux l'idée de proposer, d'offrir et de donner. La convention prévoit le cas de la libéralité médiate, versée par un tiers. Même si le code pénal ne le dit pas explicitement, la culpabilité de l'auteur est la même, qu'il ait transmis l'avantage indu lui-même ou par l'intermédiaire d'une tierce personne⁷⁷. Dans le droit pénal suisse de la corruption, la notion d'avantage comprend toutes les libéralités accordées à titre gracieux, de nature matérielle ou immatérielle, dans la mesure où elles sont objectivement mesurables⁷⁸ et recouvre ainsi tous les avantages au sens de la convention. Enfin, la définition de la corruption que donnent tant la convention que le droit suisse, prévoit explicitement que l'avantage indu peut être octroyé à un tiers. Le fait que l'avantage revienne ou soit censé revenir à un tiers ou à l'agent public lui-même ne joue en effet aucun rôle, dans la mesure où un lien suffisant existe entre cet avantage et l'acte administratif⁷⁹.

Tant en droit suisse que selon la convention, la prestation visée en échange d'un avantage consiste, pour l'agent public, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions. Les deux définitions font ainsi mention explicite du fait que la contre-prestation peut consister, pour l'agent public, à s'abstenir d'agir. Par ailleurs, les normes pénales suisses en matière de corruption recouvrent des actes de l'agent public pour lesquels ce dernier n'est pas compétent ou qui ne sont pas prévus par la loi, comme la divulgation de secrets de fonction⁸⁰, pour autant qu'ils soient en lien avec sa fonction. En d'autres termes, le rapport qui doit nécessairement être établi entre le comportement de l'agent public et sa fonction est exprimé de manière moins restrictive dans le droit suisse qu'à l'art. 15, let. a, de la convention. De plus, les normes pénales suisses couvrent également les libéralités octroyées a posteriori, à titre de récompense pour des actes ou des omissions de l'agent public.

Selon la convention, l'objet de la corruption est un acte administratif (quel qu'il soit). Il suffit donc, pour qu'il y ait matière à infraction pénale, que l'agent public ait reçu un avantage pour agir conformément aux devoirs de sa fonction. Il n'est donc pas nécessaire que l'acte pour lequel l'agent public a été sollicité soit *contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation*⁸¹ comme le précise le droit suisse. Serait donc aussi couvert par la convention le cas (peu vraisemblable) où une libéralité – qui doit être assez importante pour constituer un avantage indu – serait octroyée pour un acte administratif que l'agent public est de toute façon tenu d'accomplir⁸².

⁷⁶ FF **1999** 5045 5075 ss, **2004** 6549 6562 ss, **2005** 6269 6299 et 6300

⁷⁷ FF **1999** 5045 5077 et 5088, **2004** 6549 6563

⁷⁸ FF **1999** 5045 5075, **2004** 6549 6563

⁷⁹ FF **1999** 5045 5077, **2004** 6549 6563

⁸⁰ FF **1999** 5045 5078, **2004** 6549 6563

⁸¹ FF **2004** 6549 6564

⁸² FF **2004** 6549 6564

Selon le droit suisse, l'infraction de corruption active concerne les actes contraires aux devoirs de l'agent public ou dépendant de son pouvoir d'appréciation. Ainsi, l'art. 322^{ter} CP couvre non seulement les cas dans lesquels l'agent public outrepassa son pouvoir d'appréciation ou en abuse, ce qui constitue de toute évidence une violation de ses devoirs de fonction, mais également les cas dans lesquels il agit en respectant la marge d'appréciation qui lui est conférée. Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption active selon la norme pénale suisse (322^{ter} CP) ne sont toutefois pas réunis lorsque l'acte pour lequel l'agent public est sollicité est conforme à ses devoirs et ne laisse aucune place à son pouvoir d'appréciation. En droit pénal suisse, ces cas tombent cependant sous le coup de l'art. 322^{quinquies} CP, lequel va nettement plus loin que l'art. 15 let. a de la convention, puisqu'il réprime de manière générale l'octroi d'un avantage, même sans rapport avec un acte administratif concret, ce qui couvre également les cas dits d'alimentation progressive⁸³.

En conclusion, les normes pénales actuelles en matière de corruption répondent entièrement aux exigences de l'art. 15 let. a de la convention, voire vont au-delà de ces exigences.

2.3.1.1.2 Corruption passive d'agents publics nationaux (let. b)

L'art. 15, let. b de la convention est le pendant de l'art. 15, let. a puisqu'il fait obligation aux Etats Parties d'ériger en infraction pénale le fait, pour un agent public, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles. A l'exception de l'acte proprement dit, les différents éléments de la let. a sont identiques à ceux de la let. b.

Un même parallélisme peut être observé entre l'art. 322^{quater} CP, qui sanctionne la corruption passive, et l'art. 322^{ter} CP, qui sanctionne la corruption active.

Les infractions de corruption active et passive étant construites de manière parallèle dans la convention et dans le droit pénal suisse, on se reportera, pour les éléments constitutifs de l'infraction, aux explications données ci-dessus au sujet de l'art. 15 let. a de la convention. Pour ce qui est de l'acte proprement dit, les termes utilisés dans la convention et dans l'art. 322^{quater} CP ne présentent pas de différence d'ordre matériel.

Comme pour la corruption active, le champ d'application de l'art. 322^{quater} CP est, à une exception près, identique, voire plus large, que celui de la norme de corruption passive prévue par la convention. Ici aussi, l'exception concerne le cas où l'agent public se laisse corrompre pour accomplir un acte qu'il doit de toute façon accomplir. Dans le droit pénal suisse, ce comportement est réprimé non pas par l'art. 322^{quater} CP, mais par l'art. 322^{sexies} CP (acceptation d'un avantage). Tout comme l'art. 322^{quinquies} CP, dont il est le pendant, cet article va d'ailleurs plus loin que l'art. 15, let. b de la convention.

Au final, les normes pénales actuelles en matière de corruption répondent entièrement aux exigences de l'art. 15, let. b de la convention.

⁸³ FF 1999 5045 5084, 2004 6549 6565

2.3.1.2

Corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (art. 16)

Partant du principe que la corruption est une infraction grave qui doit être poursuivie non seulement par l'Etat qui en est victime, mais par tous les Etats Parties à la convention, l'art. 16 de cette dernière étend les infractions de corruption active et passive d'agents publics nationaux (art. 15) à d'autres catégories d'auteurs, en l'occurrence à l'agent public d'un autre Etat et au fonctionnaire international⁸⁴, tels que définis à l'art. 2, let. b et c de la convention.

2.3.1.2.1

Corruption active (art. 16, par. 1)

A l'exception de la désignation de la personne corrompue (agent public étranger et fonctionnaire international) et du contexte, limité aux transactions commerciales internationales, les éléments constitutifs de l'infraction visée à l'art. 16, par. 1 de la convention sont identiques à ceux de l'infraction définie à l'art. 15, let. a (corruption active d'agents publics nationaux).

L'art. 322^{septies}, al. 1, CP qui réprime la corruption active d'agents publics étrangers, définit comme tels toute personne agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale. L'art. 322^{septies}, al. 1, CP est à l'art. 322^{ter} CP ce que l'art. 16, par. 1 de la convention est à son art 15, par. 1, à ceci près que le droit suisse ne restreint pas le champ d'application de la corruption passive d'agents publics étrangers aux transactions commerciales internationales.

En ce qui concerne l'examen de la conformité de l'art. 322^{septies}, al. 1, CP à la convention, on se reportera, pour les éléments constitutifs de l'infraction de corruption active, aux explications données aux ch. 2.3.1.1.1 (corruption active d'agents publics nationaux) et, pour ce qui est de l'auteur de l'acte, au ch. 2.1.2.2 et 2.1.2.3 (définition de l'agent public étranger et du fonctionnaire d'une organisation internationale publique). Il en découle que l'art. 322^{septies}, al. 1, CP répond aux exigences posées à l'art. 16, par. 1 de la convention et va même plus loin que celles-ci. Il reste uniquement à examiner si ce constat vaut également pour la définition donnée du comportement délictueux de l'agent public. Selon la convention, la corruption dans ce contexte vise à permettre l'obtention ou la conservation d'un marché ou un autre avantage indu en liaison avec des activités de commerce international.

L'art. 322^{septies}, al. 1, CP vise l'exécution ou l'omission par un agent public d'un acte contraire à ses devoirs ou dépendant de son pouvoir d'appréciation et non celles d'actes légaux qui ne laissent aucune marge d'appréciation. L'art. 322^{quinquies}, CP, qui sanctionne l'octroi d'un avantage indu, infraction qui implique également des comportements visés à l'art. 322^{septies} CP, ne s'applique qu'aux agents publics suisses⁸⁵. Cependant, un acte officiel qui vise à permettre l'obtention ou la conservation d'un marché en liaison avec des activités de commerce international, présuppose forcément que l'agent public qui le commet dispose, pour le moins, d'une

⁸⁴ Par souci de simplification, la référence faite à l'agent public étranger dans la suite du commentaire relatif à l'art. 16 de la convention couvre également la notion de fonctionnaire d'organisations internationales publiques. Cf. également art. 322^{septies} CP.

⁸⁵ S'agissant des motifs de cette différenciation, v. FF **2004** 6549 6565.

certaine marge d'appréciation. Il en va généralement de même des autres avantages indus, dont on ne voit pas comment ils pourraient être procurés si l'agent public accomplit un acte légal ne lui laissant aucune marge d'appréciation. Enfin, à l'instar de la convention de l'OCDE et de celle du Conseil de l'Europe⁸⁶, il est précisé dans les travaux préparatoires⁸⁷ relatifs à la présente convention que la norme sur la corruption d'agents publics étrangers peut être mise en œuvre, dans le droit national, par une disposition visant les paiements en vue d'inciter à la violation d'une obligation de l'agent public. En conclusion, l'art. 322^{septies}, al. 1, CP répond également sur ce point aux exigences posées à l'art. 16, par. 1 de la convention.

2.3.1.2.2 Corruption passive (art. 16, par. 2)

L'art. 16, par. 2 de la convention est le pendant de l'art. 16 par. 1 (corruption active) puisqu'il demande aux Etats Parties d'envisager d'ériger en infraction pénale le fait, pour un agent public étranger ou un fonctionnaire d'une organisation internationale, de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles. A l'exception de l'acte proprement dit et du champ d'application non restreint aux transactions commerciales internationales, les différents éléments du par. 2 correspondent à ceux du par. 1. Par ailleurs, à l'exception de la désignation de la personne corrompue (l'agent public étranger), les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'art. 16, par. 2 sont identiques à ceux de l'art. 15, let. b (corruption passive d'agents publics nationaux).

Force est de relever que l'art. 16, par. 2 a une portée plus large que l'art. 16, par. 1. Cependant, à la différence de celui-ci, il n'a pas de caractère impératif puisqu'il ne fait qu'inviter les Etats Parties à envisager l'adoption de mesures législatives ou autres. L'art. 322^{septies}, al. 2, CP entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006 sanctionne la corruption passive d'agents publics étrangers. Cette norme pénale correspond (sauf en ce qui concerne la définition du cercle des auteurs) à celle qui réprime la corruption passive d'agents publics suisses (art. 322^{quater}, CP) et, partant, répond parfaitement à l'esprit de la convention.

⁸⁶ Selon le commentaire de la convention de l'OCDE, des normes pénales nationales subordonnant la réalisation de l'infraction à la condition que les devoirs de fonction aient été violés, peuvent, elles aussi, satisfaire aux exigences de cette convention. Cf. FF **1999** 5045 et n° 3 du commentaire officiel. L'art. 36 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 sur la corruption permet à tout Etat Partie de formuler une déclaration précisant «qu'il n'érigera en infraction pénale la corruption active et passive d'agents publics étrangers (art. 5), de fonctionnaires internationaux (art. 9) ou de juges et d'agents de cours internationales (art. 11) uniquement dans la mesure où l'agent public ou le juge accomplit ou s'abstient d'accomplir un acte en violation de ses devoirs officiels». La Suisse a formulé une telle déclaration en ce qui concerne les art. 5, 9 et 11 de la Convention du Conseil de l'Europe. Cf. FF **2004** 6549 6567.

⁸⁷ V. note interprétative n° 24, Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiations of the United Nations Convention against corruption, A/58/422/Add.1

2.3.1.3

Soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (art. 17)

L'art. 17 de la convention prévoit que chaque Etat Partie réprime, lorsque les actes ont été commis intentionnellement, la soustraction, le détournement ou un autre usage illicite, par un agent public, à son profit ou au profit d'une autre personne ou entité, de tous fonds ou valeurs publics ou privés ou de toute autre chose de valeur qui lui ont été remis à raison de ses fonctions.

On trouve dans le droit pénal suisse plusieurs infractions pouvant correspondre aux actes tels que les définit la convention. Ainsi, l'art. 138, al. 1, CP (abus de confiance) réprime celui qui se sera approprié une chose mobilière dans un dessein d'enrichissement illégitime ou aura employé à son profit des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Lorsque l'auteur a agi notamment en qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire la peine est aggravée (art. 138, al. 2). Peut également entrer en considération l'art. 314 CP (gestion déloyale des intérêts publics) lorsque l'agent public lèse par un acte juridique les intérêts publics qu'il avait mission de défendre, dans le but d'obtenir un avantage illicite. Finalement, l'art. 158 CP (gestion déloyale) peut aussi subsidiairement trouver application.

2.3.1.4

Trafic d'influence (art. 18)

L'art. 18 de la convention prévoit que chaque Etat Partie envisage d'incriminer le trafic d'influence actif et passif. Par trafic d'influence actif (let. a), il faut entendre le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public ou à toute autre personne, directement ou indirectement, un avantage indu afin que ledit agent ou ladite personne abuse de son influence réelle ou supposée en vue d'obtenir d'une administration ou d'une autorité publique de l'Etat Partie un avantage indu pour l'instigateur initial ou pour toute autre personne. Quant au trafic d'influence passif, l'art. 18 (let. b) le définit par le fait pour un agent public ou toute autre personne de solliciter ou d'accepter un avantage indu afin d'abuser de son influence en vue de faire obtenir d'une administration ou d'une autorité publique de l'Etat Partie un avantage indu.

Cette infraction suppose une relation triangulaire dans laquelle une personne (le trafiquant d'influence), dotée d'une influence réelle ou supposée sur une personne exerçant une charge publique, «échange» cette influence contre un avantage fourni par un tiers. L'art. 18 de la convention correspond matériellement à la norme prévue par la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption⁸⁸, laquelle incrimine le trafic d'influence à son art. 12.

Dans son message relatif à la Convention précitée, le Conseil fédéral a précisé pour quels motifs une criminalisation du trafic d'influence n'était pas souhaitable⁸⁹. Le Parlement l'a suivi et a décidé de formuler une réserve à l'art. 12 de ladite convention. Il n'existe aujourd'hui aucun motif fondé de se départir de la position prise lors de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe.

⁸⁸ FF 2004 6549 6578

⁸⁹ FF 2004 6549 6578 ss, notamment 6580

Le code pénal couvre en partie les comportements visés par l'art. 12 de la convention du Conseil de l'Europe et 18 de la présente convention. Le législateur a souhaité se concentrer sur les actes les plus dangereux, en particulier ceux qui sapent la confiance des citoyens dans l'administration publique, dans la justice et dans les autorités en général. Ainsi, le droit suisse en vigueur se focalise sur le comportement du dernier maillon de la chaîne, à savoir l'agent public, en élargissant le champ d'application du code pénal (corruption au sens étroit des art. 322^{ter} et 322^{quater} CP) aux cas d'acceptation ou d'octroi d'avantages (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP).

Par contre, l'agent public qui ne reçoit pas d'avantage, qui ignore tout de l'accord passé entre d'autres particuliers qu'il connaît et qui gravitent en dehors du cercle de la fonction publique, n'est pas punissable en vertu du droit pénal suisse. Suivant l'avis du Conseil fédéral lors de la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe, le législateur a estimé qu'il n'était pas justifié d'étendre le droit pénal de la corruption à un nombre toujours plus important de comportements. Ces derniers constituent avant tout un phénomène de société qui ne doit pas faire l'objet d'une intervention du droit pénal, mais doivent être appréhendés par le biais de la prévention, de la mise en place de règles déontologiques et par le recours à des sanctions civiles, administratives et politiques.

Finalement, il convient de préciser que l'art. 18 de la convention n'oblige pas les Etats Parties à introduire une telle norme dans leur législation nationale, l'art. 18 étant une disposition potestative.

2.3.1.5 Abus de fonctions (art. 19)

Selon l'art. 19, chaque Etat Partie envisage d'incriminer le fait pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est-à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité.

L'art. 312 CP sanctionne l'abus d'autorité, soit le fait pour les membres d'une autorité et les fonctionnaires d'abuser des pouvoirs de leur charge, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou dans le dessein de nuire à autrui. Selon le droit suisse, l'abus de pouvoir est davantage qu'une simple violation des devoirs de service. Il suppose une violation insoutenable de ces derniers⁹⁰. Le législateur n'a ainsi voulu réprimer pénalement que les cas les plus graves de la violation des devoirs de fonction. En ce qui concerne la commission de l'abus de pouvoir par omission, cette dernière peut être retenue si le comportement passif de l'agent public est contraire à une obligation d'agir. Quand bien-même l'infraction visée à l'art. 312 CP est caractérisée par une violation qualifiée des devoirs de la charge alors que la convention définit l'abus de fonctions comme étant un acte commis en violation des lois, force est de constater que le droit suisse s'inscrit parfaitement dans l'esprit de l'art. 19 de la convention qui, au surplus, est libellé en la forme potestative.

⁹⁰ ATF 114 IV 42 cons. 2

2.3.1.6 Enrichissement illicite (art. 20)

Selon la convention, chaque Etat partie est invité à ériger en infraction pénale, sous réserve de sa constitution et des principes fondamentaux de son système juridique, tout enrichissement illicite, c'est-à-dire toute augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes.

L'art. 20 prévoit donc un renversement du fardeau de la preuve, l'agent public devant apporter la preuve que toute augmentation substantielle de son patrimoine provient d'une activité licite. De telles normes sont communément admises dans certains systèmes juridiques latino-américains. Par ailleurs, la Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996 de l'Organisation des Etats Américains comprend une disposition très semblable à l'art. 20.

Le droit suisse a institué le renversement du fardeau de la preuve dans le contexte des valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP). Ces valeurs sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation et sont de ce fait susceptibles d'être confisquées (art. 72 CP). Néanmoins, la convention va nettement plus loin que le droit suisse. D'une part, elle ne prévoit aucun lien entre l'augmentation substantielle du patrimoine et un comportement punissable. D'autre part, l'art. 20 ne correspond pas à une «autre mesure» (art. 66 ss. CP) telle que le prévoit le code pénal suisse en ce qui concerne la confiscation de valeurs patrimoniales, mais bien plutôt érige en infraction pénale distincte le fait même de s'être enrichi du produit de son crime. A l'instar d'autres pays européens⁹¹, la Suisse ne connaît pas ce concept juridique. On peut néanmoins mentionner l'obligation pour l'agent public suisse d'annoncer toute activité accessoire et, dans certains cas, d'en reverser le revenu à la Confédération⁹². Finalement, rappelons que l'art. 20 n'a pas force contraignante.

2.3.1.7 Corruption dans le secteur privé (art. 21)

Selon l'art. 21, chaque Etat partie envisage d'incriminer, lorsque les actes ont été commis intentionnellement dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales, le fait de promettre, d'offrir ou d'accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé ou travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même ou pour une autre personne, afin que, en violation de ses devoirs, elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte (let. a). L'art. 21 let. b quant à lui traite de l'aspect passif de l'infraction, à savoir la sollicitation ou l'acceptation de l'avantage indu.

Cette disposition vise à préserver la confiance et la loyauté sans lesquelles les relations privées ne peuvent exister. L'incrimination se rapproche de celle de la corruption des agents publics prévue à l'art. 15, notamment en ce qui concerne la description du comportement, de l'avantage et des éléments subjectifs. Par conséquent, les remarques formulées au sujet de la corruption active et passive d'agents publics (art. 15) s'appliquent mutatis mutandis au présent article. Ce dernier s'en distingue néanmoins quant à son champ d'application limité aux activités commerciales

⁹¹ Allemagne, France, Autriche, par exemple

⁹² Cf. art. 91 et 92 OPers, RS 172.220.111.3

financières ou économiques, quant à la qualité des destinataires éventuels de l'avantage et quant à la nature de la contre-prestation (violation des devoirs).

La ratification et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe par la Suisse ont donné lieu à la modification de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)⁹³. En effet, selon cette dernière, la corruption passive dans le secteur privé n'était pas réprimée et, sous l'angle actif, son champ d'application était plutôt restrictif⁹⁴. Le nouvel art. 4a LCD (en liaison avec l'art. 23 LCD), entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006, reprend à différents égards les éléments constitutifs de la corruption active et passive d'agents publics et couvre également, en particulier, la corruption passive dans le secteur privé, qui n'était pas punissable sous l'empire de l'ancien droit. Cette nouvelle disposition, qui permet à la Suisse de satisfaire à l'obligation imposée par la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption⁹⁵, s'inscrit indubitablement dans la ligne de l'art. 21 de la Convention de l'ONU contre la corruption qui se borne, là encore, à inviter les Etats Parties à envisager de conférer le caractère d'infraction pénale à la corruption dans le secteur privé.

2.3.1.8 Soustraction de biens dans le secteur privé (art. 22)

L'art. 22 invite chaque Etat Partie à ériger en infraction pénale, dans le cadre d'activités économiques, financières ou commerciales, la soustraction par une personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, de tous biens qui lui ont été remis à raison de ses fonctions.

L'art. 22 constitue le pendant de l'art. 17 (agent public), mais ne prévoit pas le dessein d'enrichissement illégitime et ne mentionne que l'acte de soustraction. L'art. 138 CP répond aux exigences de la convention et va même au-delà puisqu'il n'est pas restreint aux activités économiques.

2.3.1.9 Blanchiment du produit du crime (art. 23)

L'art. 23 s'inspire très largement des dispositions relatives au blanchiment d'argent figurant dans des instruments internationaux de référence tels que la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (art. 6)⁹⁶, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 20 décembre 1988 (art. 3)⁹⁷ ainsi que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, conclue le 8 novembre 1990 (art. 6)⁹⁸.

En vertu de l'art. 23, par. 1, les Etats Parties sont tenus, conformément aux principes fondamentaux de leur droit interne, de conférer au blanchiment d'argent le caractère d'infraction pénale si l'acte a été commis intentionnellement. Les définitions des

⁹³ RS 241

⁹⁴ FF 2004 6549 6572

⁹⁵ FF 2004 6549 6570 ss

⁹⁶ FF 2005 6269 6297 ss

⁹⁷ RS 0.812.121.03

⁹⁸ Convention n° 141, conclue le 8 novembre 1990 à Strasbourg et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} septembre 1993; RS 0.311.53.

éléments constitutifs qui figurent au par. 1 sont identiques à celles que l'on trouve dans les dispositions susmentionnées des conventions internationales citées. Elles correspondent, en outre, aux éléments constitutifs du blanchiment d'argent tels qu'ils sont définis à l'art. 305^{bis} CP⁹⁹.

Le par. 2, *let. a*, invite les Etats Parties à appliquer le par. 1 à l'éventail le plus large possible d'infractions principales (infractions préalables). Selon les exigences minimales contraignantes formulées à la *let. b*, tous les Etats Parties incluent dans le catalogue des infractions principales *au minimum un éventail complet d'infractions pénales* telles que définies dans la convention. Cette formulation quelque peu contradictoire doit être comprise dans le sens d'un éventail le plus large possible d'infractions à considérer comme délit sous-jacent en droit national.

Conformément à l'art. 305^{bis} CP, un acte ne peut être punissable aux termes des dispositions sur le blanchiment d'argent que si les valeurs patrimoniales en cause sont le produit d'un crime. Tous les actes que la convention impose aux Etats Parties d'ériger en infraction pénale (et qui forment le noyau dur de la convention) sont susceptibles, en droit suisse, de constituer une infraction préalable au blanchiment d'argent (art. 15 corruption d'agents publics nationaux; art. 16 corruption d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques; art. 17 soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public; art. 25 entrave au bon fonctionnement de la justice). En conclusion, on peut dire que le droit suisse répond aux exigences des *let. a et b* du par. 2.

Selon la *let. c*, le blanchiment d'argent doit pouvoir être puni même si l'infraction principale – elle doit être punissable dans les deux Etats – ne relève pas de la compétence judiciaire de l'Etat Partie. Cette condition est remplie aux termes de l'art. 305^{bis}, ch. 3, CP.

La *let. d* oblige en outre les Etats Parties à remettre au Secrétaire général de l'ONU une copie ou une description des lois qui donnent effet à l'art. 23 de la convention ainsi qu'une copie ou une description de toutes les modifications apportées ultérieurement à ces lois.

2.3.1.10 Recel (art. 24)

Selon la convention, chaque Etat Partie est invité à incriminer le fait de dissimuler ou de retenir de façon continue des biens en sachant que lesdits biens proviennent de l'une des infractions établies conformément à la convention sans qu'il y ait eu participation auxdites infractions.

Selon la convention, il s'agit d'une infraction indépendante de l'infraction principale, laquelle est déjà consommée lorsqu'intervient l'auteur de l'infraction visée à l'art. 24, raison pour laquelle son comportement ne peut être assimilé à un acte de participation.

L'infraction décrite à l'art. 24 de la convention comporte, à la lumière du droit suisse, aussi bien des éléments constitutifs de l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) que des éléments constitutifs de l'infraction de recel (art. 160 CP).

⁹⁹ FF 2005 6269 6297 s.

Selon le droit suisse (art. 160 CP), constitue un recel l'acquisition, la dissimulation ou l'aide à la négociation d'une chose dont l'auteur savait ou devait présumer qu'un tiers l'avait obtenue au moyen d'une infraction contre le patrimoine. L'objet du recel en droit suisse est plus restrictif que la notion de biens figurant dans la convention. En effet, il ne peut s'agir que d'une chose corporelle, mobilière ou immobilière. Cette définition inclut les sommes d'argent en liquide mais exclut par exemple les créances. Ces dernières entrent par contre dans la définition de «biens» au sens de l'art. 23 de la convention (blanchiment) et de l'art. 305^{bis} CP.

Par ailleurs, selon l'art. 160 CP, l'infraction préalable doit être une infraction contre le patrimoine¹⁰⁰. La convention, quant à elle, institue en infraction préalable en majorité des infractions qui ne constituent pas des actes dirigés contre le patrimoine d'autrui selon le droit suisse. Par contre, ces infractions constituent, pour la plupart, des crimes au sens de l'art. 305^{bis} CP.

En conclusion, le droit suisse recouvre largement la notion de recel au sens de l'art. 24 de la convention même si certains comportements peuvent ne pas être punissables en droit suisse. Il s'agit notamment des cas où l'infraction préalable ne constituerait ni un crime au sens de l'art. 305^{bis} CP ni une infraction contre le patrimoine au sens de l'art. 160 CP. L'art. 24 étant rédigé sous forme potestative, on peut donc dire que le droit suisse est conforme aux exigences de la convention.

2.3.1.1 Entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 25)

En vertu de l'art. 25, les Etats sont tenus de rendre pénalement répréhensible l'entrave au bon fonctionnement de la justice. Doivent ainsi être punissables: le fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation ou de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu pour obtenir un faux témoignage ou empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve (*let. a*), de même que le fait de recourir à la force physique, à des menaces ou à l'intimidation pour empêcher un agent de justice ou un membre de la police d'exercer les devoirs de sa charge (*let. b*).

On trouve dans le droit pénal suisse plusieurs infractions répondant à la définition de l'entrave au bon fonctionnement de la justice donnée dans la convention. Les actes au sens de la *let. a* tombent sous le coup des dispositions relatives aux crimes et aux délits contre l'administration de la justice et plus particulièrement de l'art. 307 CP (faux témoignage, faux rapport, fausse traduction en justice). Selon les moyens utilisés, il peut aussi s'agir de crimes ou de délits contre la vie et l'intégrité corporelle, contre la liberté, ou encore d'infractions aux dispositions en matière de corruption. Les actes au sens de la *let. b* sont, eux, régis par l'art. 285 CP (violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires).

¹⁰⁰ Il n'est pas nécessaire que l'infraction soit classée dans le code pénal parmi les infractions contre le patrimoine; il suffit que l'infraction, à l'instar de la séquestration ou de l'enlèvement avec demande de rançon ou de prise d'otage, soit dirigée contre le patrimoine d'autrui. ATF 127 IV 83 cons. 2b et c.

2.3.1.12 Responsabilité des personnes morales (art. 26)

En vertu de l'art. 26 de la convention, les Etats s'engagent à établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions établies conformément à la convention (*par. 1*). Cette responsabilité peut être au choix pénale, civile ou administrative (*par. 2*). Les personnes morales tenues pour responsables au sens de l'art. 26 de la convention doivent, en tous les cas, faire l'objet de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris de sanctions pécuniaires (*par. 4*). En outre, la responsabilité des entreprises doit être sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions (*par. 3*). Les Etats Parties sont au contraire appelés à aménager la responsabilité des personnes morales indépendamment de la responsabilité des personnes physiques.

Cette disposition de la convention vient s'inscrire dans une tendance générale du droit pénal visant à établir la responsabilité des personnes morales. D'ailleurs, plusieurs conventions internationales ont prévu une telle responsabilité¹⁰¹.

Les Chambres fédérales ont introduit la responsabilité pénale des entreprises dans le contexte de la révision de la partie générale du code pénal, sous la forme de nouveaux art. 102 ss CP¹⁰² et afin d'assurer la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme¹⁰³.

L'art. 102 CP prévoit une responsabilité pénale générale, mais subsidiaire, des personnes morales lorsqu'une infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison d'un manque d'organisation de l'entreprise (*al. 1*). Indépendamment de la punissabilité des personnes physiques, la responsabilité pénale de l'entreprise est primaire pour certaines catégories d'infractions graves s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (*al. 2*). Le catalogue d'infractions comprend la corruption active d'agents publics nationaux (322^{ter} CP), la corruption active d'agents publics étrangers (art. 322^{septies}, al. 1, CP), l'octroi d'un avantage (art. 322^{quinquies} CP), la corruption dans le domaine privé (art. 4a LCD), la participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), le financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP) et le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).

En établissant la responsabilité *primaire* des entreprises qui participent à des infractions pénales graves telles qu'elles figurent dans le catalogue d'infractions de l'art. 102, al. 2, la Suisse satisfait aux exigences principales de l'art. 26, puisqu'elle punit la personne morale ayant commis des actes constituant le noyau dur de la convention, soit des actes de corruption – dans le domaine privé ou public – et des actes de blanchiment d'argent.

Les autres infractions prévues dans la convention, mais non couvertes par le catalogue d'infractions de l'art. 102, al. 2, CP, sont couvertes par la responsabilité *subsidiaire* de l'entreprise (art. 102, al. 1, CP) puisqu'elle s'applique à l'ensemble des

¹⁰¹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, RS 0.311.54; Convention de des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, RS 0.353.22; Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, RS 0.311.21; Convention pénale du Conseil de l'Europe n° 173 du 27 janvier 1999 contre la corruption, RS 0.311.55; Convention du Conseil de l'Europe n° 185 du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité, signée par la Suisse le 23.11.2001.

¹⁰² FF 2002 7658 ss

¹⁰³ RS 0.353.22

crimes et délits. Néanmoins, la convention prévoit, à l'art 26, par. 3, une responsabilité parallèle de la personne physique. Or, l'art. 102, al. 1, CP ne permet pas de sanctionner à la fois l'entreprise et la personne physique ayant commis l'infraction (responsabilité subsidiaire de l'entreprise). La convention prévoyant toutefois que chaque Etat Partie régit la responsabilité des personnes morales conformément à ses principes juridiques, on peut dire que le droit suisse correspond globalement aux exigences de la convention, cette dernière ne requérant d'ailleurs pas obligatoirement que la responsabilité des personnes morales soit une responsabilité pénale. En effet, elle admet également que la responsabilité des personnes morales soit civile ou administrative. A titre d'exemple, en vertu de l'art. 52 CC, les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité. Par conséquent, ils doivent être dissous et leurs actifs dévolus à la collectivité publique (art. 57, al. 3, CC). En outre, des sanctions administratives sont prévues pour les entreprises soumises à une surveillance de l'Etat (par exemple, la Commission fédérale des banques retire à la banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales l'autorisation d'exercer son activité¹⁰⁴).

2.3.2 Autres dispositions de droit pénal matériel et procédural (art. 27 à 42)

Les questions de degré de réalisation (participation et tentative), d'intention (connaissance, intention, motivation) et de prescription sont traitées aux art. 27 à 29. Les poursuites judiciaires ainsi que le jugement et les sanctions sont abordées à l'art. 30. L'art. 31 de la convention régleme le gel, la saisie et la confiscation du produit des infractions telles que définies dans la convention. La protection des personnes qui communiquent des informations est abordée à l'art. 33, tandis que les art. 34 et 35 traitent des conséquences d'actes de corruption et de la réparation du préjudice. L'art. 37 se réfère à la coopération des auteurs d'infractions avec les services de détection et de répression, alors que les art. 38 et 39 disposent que les Etats Parties encouragent, d'une part, la coopération entre autorités nationales et, d'autre part, entre les autorités nationales et le secteur privé. Selon l'art. 40, le secret bancaire ne doit pas constituer un obstacle à la poursuite d'une infraction. Les antécédents judiciaires sont abordés à l'art. 41 et, finalement, l'établissement de la compétence d'un Etat Partie se fonde sur l'art. 42.

2.3.2.1 Participation et tentative (art. 27)

Selon la teneur de l'art. 27 de la convention, tout acte de participation (*par. 1*) à une infraction prévue par la convention doit être réprimé. Quant à la tentative (*par. 2*), sa punissabilité est prévue à titre facultatif par la convention. Les art. 24 ss CP traitent des différentes formes de participation (instigation et complicité) et les art. 22 s. CP portent sur les degrés de réalisation, dont la tentative. Le droit suisse répond pleinement aux exigences des par. 1 et 2 de l'art. 27.

¹⁰⁴ Art. 23quinquies de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, LB, RS **952.0**.

Le *par. 3*, rédigé sous forme potestative, invite les Etats Parties à incriminer le fait de préparer une infraction telle que définie dans la convention. Le droit suisse érige en infraction pénale les préparatifs caractéristiques de certaines infractions graves (art. 260^{bis} CP) telles que le meurtre, la prise d'otage ou le génocide. En revanche, le catalogue de l'art 260^{bis} CP ne comprend pas les infractions figurant dans la convention. Néanmoins, le droit suisse réprime sans exception la tentative pour tout crime et délit.

2.3.2.2 Connaissance, intention et motivation en tant qu'éléments d'une infraction (art. 28)

Selon l'art. 28, les éléments subjectifs d'une infraction peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives.

L'art. 12, al. 2, CP prévoit expressément le dol éventuel comme forme d'intention et ce, non seulement pour la corruption mais pour toute catégorie d'infractions. Selon la jurisprudence relative à l'infraction de blanchiment d'argent, ce que l'auteur sait ou devait présumer peut être déduit de circonstances factuelles objectives¹⁰⁵ et sert de fondement pour déterminer la volonté de l'auteur. Cette jurisprudence s'applique d'ailleurs plus généralement à l'établissement de l'intention de l'auteur pour toute infraction. Par ailleurs, l'ordre juridique suisse connaissant le principe de la libre appréciation des preuves, le juge est en mesure de déduire de circonstances factuelles objectives l'intention de l'auteur d'une infraction telle que définie dans la convention.

2.3.2.3 Prescription (art. 29)

L'art. 29 invite les Etats Parties à prévoir un long délai de prescription de l'action pénale pour les infractions figurant dans la convention ainsi qu'à prolonger ce délai ou à le suspendre lorsque l'auteur présumé s'est soustrait à la justice. Selon l'art. 97 CP, l'action pénale se prescrit par quinze ans si elle est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, ce qui est le cas pour les infractions qui constituent le noyau dur de la convention, et par sept ans si elle est passible d'une autre peine. La législation suisse satisfait ainsi aux intentions de la convention.

2.3.2.4 Poursuites judiciaires, jugement et sanctions (art. 30)

Aux termes du *par. 1*, les Etats Parties doivent rendre la commission d'infractions établies conformément à la convention passible de sanctions tenant compte de la gravité de l'infraction. La corruption active et passive d'agents publics suisses et étrangers peut donner lieu à une peine privative de liberté maximale de cinq ans ou à une peine pécuniaire. L'octroi et l'acceptation d'un avantage ainsi que la corruption privée constituent des délits pouvant donner lieu à une peine privative de liberté de trois ans au plus ou à une peine pécuniaire. Le blanchiment d'argent est réprimé dans les cas graves (notamment organisation criminelle) par une peine privative de

¹⁰⁵ ATF 119 IV 242

liberté de cinq ans au plus ou par une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée. De même, les autres infractions couvertes par la convention sont, dans leur grande majorité, passibles de peines privatives de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans. S'agissant des entreprises, elles s'exposent à une amende jusqu'à cinq millions de francs.

Selon le *par. 2*, chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre les immunités et les privilèges de juridiction de ses agents publics et la recherche, la poursuite et le jugement des infractions établies conformément à la convention.

Selon le droit suisse¹⁰⁶, les parlementaires, de même que les membres du gouvernement et les magistrats élus par le Parlement, bénéficient d'une immunité relative pour les infractions en rapport avec leurs fonctions ou leurs activités parlementaires. Elle est dite relative parce que des poursuites pénales peuvent malgré tout être engagées, mais moyennant l'autorisation des deux conseils. Quant aux employés de la Confédération, une autorisation du Département fédéral de justice et police est nécessaire pour ouvrir une poursuite pénale à leur rencontre en raison d'infractions en rapport avec leur activité ou leur situation officielle. Néanmoins, lorsqu'une infraction et les conditions légales de la poursuite pénale paraissent réalisées, l'autorisation ne peut être refusée que dans les cas de peu de gravité et si, au vu de toutes les circonstances, une mesure disciplinaire à l'encontre du coupable paraît suffisante.

Selon le *par. 3*, chaque Etat Partie accordant à ses autorités de poursuite pénale un pouvoir discrétionnaire s'efforce de faire en sorte que l'application du principe d'opportunité ne porte pas atteinte à l'efficacité de la justice pénale. L'efficacité de l'enquête en matière pénale et l'effet dissuasif des sanctions doivent être assurés. Selon la Cour de cassation du Tribunal fédéral, la sécurité du droit et l'égalité devant la loi appellent le respect du principe de légalité, de sorte que ce dernier ne peut être «mis en veilleuse» qu'à titre exceptionnel et dans des cas strictement définis¹⁰⁷. On peut donc affirmer que l'efficacité de la justice pénale n'est pas menacée, même lorsque cette dernière est régie par un code de procédure pénale admettant une application mesurée du principe d'opportunité.

Le *par. 4* requiert des Etats Parties de faire en sorte que les conditions auxquelles sont subordonnées les décisions de mise en liberté dans l'attente du jugement, tiennent compte de la nécessité d'assurer la présence du défendeur lors de la procédure pénale ultérieure. Le droit suisse prévoit des mesures non carcérales susceptibles de remplacer la détention préventive telles que la fourniture de sûretés ou l'obligation de se présenter régulièrement à un service administratif.

Le *par. 5* oblige les Etats Parties à garder à l'esprit la gravité des infractions visées au *par. 1* lorsqu'ils envisagent l'éventualité d'une libération conditionnelle de l'auteur. Les art. 86 à 89 CP ne permettent la libération conditionnelle que si le détenu a déjà purgé au moins deux tiers de sa peine, si son comportement durant l'exécution de la peine ne s'y oppose pas et s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il ne

¹⁰⁶ Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), RS 172.010; loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, RS 170.32; loi sur l'Assemblée fédérale (LParl), RS 171.10.

¹⁰⁷ ATF 109 IV 49 s.

commette de nouveaux crimes ou de nouveaux délits. Ces conditions prennent indirectement en compte la gravité de l'infraction.

Aux termes du *par. 6*, tout Etat Partie est invité à mettre en place des procédures de révocation, suspension ou de mutation d'un agent public accusé d'une infraction figurant dans la convention tout en garantissant le respect du principe de la présomption d'innocence. Le *par. 7* prévoit la possibilité pour un Etat Partie de déchoir les personnes coupables d'infractions établies conformément à la convention du droit d'exercer une fonction publique et du droit d'exercer une fonction dans une entreprise dont l'Etat est totalement ou partiellement propriétaire. Finalement, le *par. 8* prévoit que des sanctions disciplinaires peuvent être également appliquées. Le code pénal (art. 67) et le droit régissant le statut du personnel de la fonction publique contiennent des normes correspondant aux intentions de la convention.

En conclusion, le droit suisse satisfait pleinement aux exigences de l'art. 30 de la convention.

2.3.2.5 Gel, saisie et confiscation (art. 31)

L'art. 31 correspond, exception faite de son par. 3, à l'art. 12 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹⁰⁸. Aux *par. 1 et 2*, l'art. 31 exige des Etats Parties qu'ils confisquent les objets utilisés ou destinés à être utilisés pour une infraction visée par la convention ainsi que le produit de ces infractions ou des biens dont la valeur correspond à celle de ce produit. Ils doivent, en outre, adopter toutes les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie de tous ces objets, biens ou produits en vue d'une confiscation éventuelle. Le *par. 8* suggère aux Etats de renverser le fardeau de la preuve en cas de doute quant à l'origine licite de valeurs patrimoniales.

Avec les art. 69 à 72 CP, la Suisse s'est dotée de dispositions efficaces en matière de confiscation, lesquelles répondent aux exigences des *par. 1 et 2* de la convention. Elles permettent, en vue d'une confiscation ultérieure, la saisie d'objets (art. 69 CP) ainsi que la saisie de valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction (art. 70, al. 1, CP). Par ailleurs, les possibilités de confiscation et de saisie sont particulièrement étendues lorsqu'il s'agit de valeurs patrimoniales en possession d'organisations criminelles. Dans ce cas, le juge peut, en vertu de l'art. 72 CP, prononcer la confiscation de toutes les valeurs sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition. Les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation. Cette dernière règle répond ainsi au *par. 8* de la convention.

Selon le *par. 3*, chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires à l'administration des fonds saisis ou confisqués. Les autorités de poursuite pénales suisses appliquent, en matière de gestion des valeurs patrimoniales qui sont l'objet d'une mesure de blocage, les recommandations édictées en la matière¹⁰⁹.

¹⁰⁸ FF 2005 6269 6319 s.

¹⁰⁹ Recommandation de la Commission Crime organisé et criminalité économique de la Conférence des Chefs des Départements cantonaux de Justice et Police du 30 mars 1999 concernant la gestion de valeurs patrimoniales faisant l'objet d'une mesure de blocage.

Si le produit du crime a été transformé ou converti, en partie ou en totalité, en d'autres biens, ces derniers peuvent, selon le *par. 4*, faire l'objet des mesures précitées en lieu et place dudit produit. Si le produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement, ces biens peuvent, selon le *par. 5*, être confisqués à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé. En vertu du *par. 6*, les revenus tirés du produit du crime peuvent faire l'objet des mêmes mesures que le produit du crime.

Selon l'art. 71 CP, le juge peut, lorsque les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles, ordonner leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent. La créance compensatrice inclut, le cas échéant, le rendement produit par les valeurs à confisquer ou la créance compensatrice entre le moment de l'obtention des biens et celui de la décision de confiscation ou de la décision de remplacement par une créance compensatrice¹¹⁰. Ces dispositions satisfont aux mesures exigées par la convention.

En vertu du *par. 7*, les Etats Parties sont tenus d'assurer la production et la sécurité des documents bancaires, financiers ou commerciaux devant être saisis ou confisqués. Ils ne peuvent pas invoquer le secret bancaire pour se soustraire à cette obligation. L'art. 47, al. 4 de la loi fédérale sur les banques¹¹¹ délie les établissements bancaires du secret bancaire en cas d'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Quant aux possibilités qu'a l'autorité d'ordonner la production de documents, elles sont réglées de manière extensive par les normes procédurales applicables en la matière. Finalement, selon l'art. 70, al. 2 et 4, CP, les droits du tiers de bonne foi peuvent, à certaines conditions, être préservés, ce qui répond aux exigences du *par. 9* de la convention.

2.3.2.6 Protection des témoins, des experts et des victimes (art. 32)

L'art. 32 de la convention correspond matériellement à l'art. 24 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹¹² pour ce qui est de la protection des témoins. Par ailleurs, la protection octroyée par l'art. 32 est élargie aux experts. En outre, l'art. 32, par. 5, demande que les Etats Parties reconnaissent aux victimes des droits de participation dans le cadre de la procédure pénale.

L'art. 32, *par. 1*, pose le principe général selon lequel chaque Etat doit prendre, conformément à son système interne et dans la mesure de ses moyens, des mesures appropriées pour assurer aux témoins et aux experts, à leurs parents et à d'autres personnes qui leur sont proches une protection efficace contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation.

Selon le *par. 2, let. a*, ces mesures peuvent consister en une protection physique de ces personnes, par exemple sous la forme d'une procédure permettant de leur trouver un nouveau domicile et de garder secrets tant leur identité que le lieu où elles se trouvent. Selon le *par. 2, let. b*, elles peuvent aussi consister en une protection des

¹¹⁰ Niklaus Schmid, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, Zurich, 1998, N 110 ad art. 59 aCP.

¹¹¹ RS 952.0

¹¹² FF 2005 6269 6312 ss

témoins durant leur déposition, par le recours à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats.

Des mesures de protection des témoins telles que décrites au *par. 2, let. b*, sont prévues dans la plupart des codes cantonaux de procédure pénale. Au niveau fédéral, la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions¹¹³ prévoit des mesures de protection de la personnalité de la victime en tant que témoin ou partie. Par ailleurs, bien que l'expert ne soit pas un témoin au sens strict, plusieurs codes de procédure cantonaux¹¹⁴ renvoient aux règles de l'audition des témoins lorsqu'il s'agit d'entendre un expert. Relevons également que le projet de code de procédure pénale suisse¹¹⁵ étend explicitement aux experts notamment, la protection accordée aux témoins.

En ce qui concerne les *mesures extra-procédurales* au sens du *par. 2, let. a*, ces dernières s'appuient sur le mandat général de protection qui incombe aux cantons et oblige leur corps de police à prévenir les risques directs pour la vie et l'intégrité corporelle des citoyens. On peut citer, par exemple, la protection policière rapprochée de la personne avant, pendant et après le procès. Néanmoins, contrairement à d'autres Etats, la Suisse ne connaît pas, au niveau fédéral, de programme permettant de protéger les témoins après la fin du procès. Pour des raisons juridiques et pratiques, le projet de code de procédure pénale suisse n'a pas prévu de mettre en place des programmes destinés à protéger les témoins après la fin du procès; toutefois, il permet à la Confédération et aux cantons de prévoir de tels programmes¹¹⁶.

Etant donné cependant que les Etats ne doivent pas forcément mettre en œuvre toutes les mesures proposées au *par. 2* pour satisfaire aux exigences du *par. 1*, on peut en conclure que la législation suisse remplit les conditions posées par la convention.

Quant aux victimes, le *par. 5* demande à chaque Etat Partie de faire en sorte que les avis et les préoccupations des victimes soient pris en compte dans le cadre de la procédure pénale. Ce type de participation à la procédure pénale est possible dans tous les cantons. En outre, le droit suisse va même au-delà des exigences de la convention puisque les victimes bénéficient également de mesures de protection et de droits de procédure spéciaux¹¹⁷.

2.3.2.7 Protection des personnes qui communiquent des informations (art. 33)

L'art. 33 encourage les Etats Parties à assurer la protection des personnes qui signalent, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, aux autorités compétentes des faits en lien avec les infractions telles que définies dans la convention. La pro-

¹¹³ RS 312.5 V. également les mesures de protection prévues à l'art. 146 ss du projet d'unification du droit de la procédure pénale P-CPP; FF 2006 1057 1168 ss.

¹¹⁴ V. art 177 Cpp JU, art. 133 Cpp BE, par exemple

¹¹⁵ V. art.146 ss P-CPP, FF 2006 1057 1168 ss

¹¹⁶ Cf. art.153 P-CPP. Dans le rapport du Conseil fédéral du 9 juin 2006 donnant suite au postulat 05.3006 «Lutter plus efficacement contre le terrorisme et la criminalité organisée», le Conseil fédéral a chargé le DFJP de créer dans le droit fédéral les conditions en vue de la mise en œuvre de mesures extraprocédures de protection des témoins.

¹¹⁷ LAVI, RS 312.5

tection est destinée à toute personne, qu'elle soit partie à un rapport de travail de droit public ou de droit privé.

Le droit suisse du travail ainsi que le droit de la fonction publique octroient, à certaines conditions, une protection à la personne ayant procédé à la dénonciation d'un acte pénalement répréhensible. Ainsi, dans un tel cas, le licenciement est considéré comme abusif au sens de l'art. 336 CO¹¹⁸, si la personne en question s'adresse en premier lieu à l'employeur, puis aux autorités et en dernier lieu aux médias. En ce qui concerne plus spécifiquement l'agent public, ce dernier sera, selon l'art. 14, al. 3 de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération¹¹⁹, réintégré dans son emploi ou, si cela est impossible, dans un autre emploi équivalent.

Relevons également qu'une motion¹²⁰, adoptée par le Conseil des Etats le 22 mars 2006 et adoptée par le Conseil des Etats le 22 juin 2007 dans la même teneur, vise notamment à renforcer la protection de l'employé (secteur privé et public) qui dénonce un acte illicite. La question de l'obligation de dénoncer pour le personnel fédéral sera également examinée dans ce cadre.

Le Contrôle fédéral des finances gère une plate-forme pour les dénonciations. Les informateurs de l'administration fédérale peuvent la contacter non seulement par téléphone, mais aussi par Internet. La section suisse de Transparency International gère un bureau de communication indépendant pour recevoir des dénonciations, notamment du secteur privé.

Finalement, relevons que le Code pénal suisse réprime l'intimidation lorsqu'elle prend la forme de menaces, de contrainte ou de chantage. Les mesures de protection évoquées à l'art. 32 de la convention peuvent également s'appliquer.

En résumé, on peut affirmer que la législation actuelle répond déjà aux exigences de la convention, ces dernières étant formulées sous forme potestative.

2.3.2.8 Conséquences d'actes de corruption (art. 34)

L'art. 34 pose le principe selon lequel tout Etat Partie doit prendre des mesures pour s'attaquer aux conséquences de la corruption. Il revient à chaque Etat de choisir lesdites mesures, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne. Selon la convention, la corruption peut constituer une cause d'annulation d'un contrat ou de tout autre acte juridique.

En droit suisse, un contrat est nul selon l'art. 20 CO, si son objet est impossible, illicite ou contraire aux mœurs. Un contrat conclu suite à un acte de corruption sera nul selon cette disposition si l'acte de corruption a influencé le contenu du contrat. Si l'acte de corruption conduit à la conclusion d'un contrat à contenu licite, ce contrat est annulable pour dol (art. 28 CO) ou erreur essentielle sur les motifs (art. 24, al. 1, ch. 4, CO).

En droit administratif, les principes généraux s'appliquent, en particulier les règles sur la révocation.

¹¹⁸ RS 220

¹¹⁹ RS 172.220.1

¹²⁰ 03.3212 Motion Gysin. Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption.

2.3.2.9 Réparation du préjudice (art. 35)

Selon l'art. 35, chaque Etat Partie doit donner à la victime d'un acte de corruption la possibilité d'intenter une action en justice aux fins d'obtenir réparation de son dommage.

La victime d'un acte de corruption peut demander réparation de son dommage en vertu des art. 41 ss. CO (responsabilité pour actes illicites). Dans le cadre d'une relation contractuelle, elle peut également se fonder sur la responsabilité pour *culpa in contrahendo*.

2.3.2.10 Autorités spécialisées (art. 36)

A teneur de cet article, chaque Etat s'efforce, en fonction de son système juridique, de se pourvoir d'un ou plusieurs organes, voire personnes, chargés spécifiquement de lutter contre la corruption. Ceux-ci doivent bénéficier de l'indépendance nécessaire et ne subir aucune influence indue. Enfin, l'Etat Partie devrait s'assurer que les personnes chargées de cette mission bénéficient d'une formation et de ressources appropriées.

La compétence de poursuivre et de juger des actes de corruption appartient d'une part aux cantons et d'autre part à la Confédération lorsque les conditions fixées à l'art. 336 ou 337 CP sont réunies.

La plupart des cantons sont dotés d'unités spécialisées dans la lutte contre la criminalité économique, chargées également de traiter des affaires de corruption. Ces spécialisations peuvent exister aux différents stades de la procédure, que ce soit à celui de la police, de l'instruction (brigade financière et juge d'instruction spécialisé) ou du jugement (tribunal pénal économique). Quelques cantons ont prévus de tels organismes à tous les stades de la procédure.

Des moyens importants ont été mis à la disposition des autorités judiciaires et policières fédérales pour lutter contre le crime organisé, le blanchiment d'argent et la corruption. Dès le 1^{er} janvier 2002, date de l'entrée en vigueur des nouvelles compétences des autorités de poursuite pénale de la Confédération, le Ministère public a dû être renforcé. Un service spécifique a été mis en place pour combattre le crime organisé, le blanchiment d'argent et la corruption. Il compte actuellement 15 équipes composées chacune d'un procureur fédéral, d'un procureur fédéral suppléant ou assistant et d'un greffier. Une section composée de 3 équipes s'occupe notamment des affaires de corruption impliquant des fonctionnaires fédéraux ou commises au détriment de la Confédération. Enfin une autre section, composée actuellement de 3 équipes est spécialisée dans l'exécution des demandes d'entraide internationale adressées à la Suisse. Au sein de l'Office fédéral de la police, une division de la Police judiciaire fédérale (PJF) appelée «Enquête Protection de l'Etat/Délits spécifiques» a été créée, elle-même subdivisée en divers commissariats, dont l'un est destiné spécifiquement à la lutte contre la corruption; cette entité est constituée de sept personnes dont la moitié environ s'occupe de la lutte contre la corruption. A cela s'ajoute l'activité du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) qui sert d'interface entre les services financiers et les autorités de poursuite pénale.

Le 1^{er} avril 2004, le nouveau Tribunal pénal fédéral, dont le siège se trouve à Bellinzone, a commencé son activité. Il est l'autorité juridictionnelle de première instance de la Confédération en matière pénale. Son activité est scindée en une Cour des affaires pénales et deux Cours des plaintes. Depuis le 1^{er} janvier 2007, le Tribunal pénal fédéral (par la II^e Cour des plaintes) se prononce également sur les recours en matière d'entraide pénale internationale, se substituant en tant qu'autorité de recours aux cantons et, en partie, au Tribunal fédéral.

Outre la formation de trois mois dispensée à tous les nouveaux collaborateurs engagés par le Ministère public ou la police judiciaire, certains collaborateurs ont été incités à suivre une formation dispensée aux magistrats de Suisse (cours Forensik I et II). Plusieurs procureurs ont aussi suivi une formation postgrade pendant une année et demie dans le domaine de la criminalité économique. Les enquêteurs de la Confédération participent régulièrement, de manière active ou passive, à des conférences nationales et internationales organisées sur le thème de la corruption et de la criminalité économique ou organisée. Le Conseil fédéral attache une grande importance à la formation et au perfectionnement professionnel des employés des organes de police de la Confédération. Les enseignements doivent porter sur le droit positif, mais aussi sur la conception de l'entraide administrative et sur les liens entre prévention et répression. Des cycles de formation continue peuvent être organisés à l'interne ou être suivis dans le cadre de l'offre d'établissements spécialisés tels que l'Institut suisse de police ou l'Institut de lutte contre la criminalité économique.

Les cours de formation cités sont aussi suivis largement par les membres des autorités cantonales.

Au vu de ce qui précède, la Suisse prodigue aux services spécialisés des ressources et une formation suffisantes pour remplir les standards de la convention.

S'agissant de l'indépendance des autorités pénales, elle est garantie par le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

Si le procureur général est nommé par le Conseil fédéral, il agit néanmoins en toute indépendance. Cette dernière est expressément prévue par l'art. 16, al. 4 PPF qui précise aussi que la même indépendance vaut pour les substituts et représentants à l'égard du Procureur général. L'art. 14, al. 2, PPF, dispose que, pour ses réquisitions, le procureur ne s'inspire que de ses propres convictions. Les juges d'instruction, quant à eux, sont nommés par le Tribunal fédéral (art. 15, al. 1, let. e, LTPF). Actuellement, la surveillance du Ministère public de la Confédération est exercée par le Tribunal pénal fédéral, alors que sa surveillance administrative dépend du Département de justice et police. Dans le cadre des travaux de réorganisation des autorités de la Confédération, la question de savoir si l'ensemble de la surveillance du Ministère public de la Confédération doit être confiée au DFJP est examinée.

Les juges fédéraux sont élus par le Parlement fédéral pour une durée de 6 ans¹²¹.

Le principe de la séparation des pouvoirs prévaut dans tous les cantons. Le mode de désignation des magistrats de siège est partout l'élection. La durée des mandats varie entre trois et dix ans¹²². S'agissant des représentants du Ministère public, la règle est aussi l'élection; seule une petite minorité de cantons prévoit la nomination par le pouvoir exécutif.

¹²¹ Art. 5, al. 1, et 9, al. 1, LTF, RS **173.110**; art. 5, al. 1, et 9, al. 1, LTPF, RS **173.71**; art. 5, al. 1, et 9, al. 1, LTAF; RS **173.32**.

¹²² V. Gérard Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2006, p. 256.

2.3.2.11

Coopération avec les services de détection et de répression (art. 37)

Selon le *par. 1*, les Etats Parties prennent les mesures appropriées pour encourager les auteurs et participants à coopérer avec la justice. Cette obligation est formulée en termes généraux. Il appartient à chaque Etat Partie de choisir les mesures qu'il entend mettre en place pour atteindre le but visé, conformément à son droit interne. La coopération doit permettre de faciliter la recherche des preuves et de priver les auteurs de l'infraction du produit de leurs crimes.

Les Etats Parties doivent, aux termes du *par. 2*, *envisager* la possibilité d'alléger la peine. D'une manière générale, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que la coopération d'un accusé puisse entraîner une atténuation importante de la peine¹²³. Par ailleurs, l'art. 260^{ter} CP (organisation criminelle) prévoit à son ch. 2 que «le juge pourra librement atténuer la peine à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation». Il convient toutefois de relever que la prise en considération de cette coopération de l'accusé ne déploie d'effets concrets qu'au cours des débats et ne permet pas de donner des assurances au prévenu de manière anticipée.

Dans le cadre de l'élaboration du code de procédure pénale suisse¹²⁴, il est prévu d'attacher à l'avenir davantage d'importance à la coopération des prévenus dans la procédure. Le projet prévoit une procédure simplifiée (art. 365 à 369 P-CPP), selon laquelle le prévenu qui a reconnu les faits déterminants pour l'appréciation juridique et qui accepte dans leurs principe les prétentions civiles peut demander l'exécution d'une procédure simplifiée au ministère public.

La formulation non contraignante du *par. 2* est reprise au *par. 3*, selon lequel il appartient à chaque Etat Partie de régler lui-même la question de l'immunité de poursuites lorsque le prévenu coopère de manière substantielle. Comme cela a été mentionné plus haut, la personne qui coopère peut uniquement prétendre à une atténuation de la peine. Elle ne saurait échapper à toute sanction. Le projet de code de procédure pénale suisse a d'ailleurs renoncé à l'institution du témoin de la Couronne. Même si l'art. 260^{ter} CP constitue une ébauche de réglementation en ce sens, l'auteur n'échappe néanmoins pas à toute sanction.

Selon le *par. 5*, les Etats Parties *peuvent envisager* de conclure des accords portant sur l'allègement de la peine ou l'immunité de poursuite en faveur d'une personne visée au par. 1, lorsque celle-ci se trouve dans un Etat Partie et apporte à un autre Etat Partie une coopération substantielle.

En résumé, le droit suisse est conforme aux objectifs poursuivis par l'art. 37 de la convention.

¹²³ ATF 121 IV 202, cons. 2d/cc, voir également ATF 118 IV 342 cons. 2d.

¹²⁴ FF 2006 1057 1278 ss

2.3.2.12 Coopération entre autorités nationales (art. 38)

L'art. 38 prévoit des mesures d'encouragement à la coopération entre, d'une part, les autorités publiques et ses agents publics et, d'autre part, ses autorités chargées des enquêtes et des poursuites. L'étendue du devoir de cette collaboration est définie par le droit interne.

La Confédération ne connaît pas d'obligation générale, pour le personnel fédéral, de dénoncer des actes pénalement répréhensibles. Cette obligation peut néanmoins, dans certains cas, découler du devoir de fidélité et de loyauté des employés. La plupart des cantons, quant à eux, imposent à leurs agents publics une obligation générale de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance dans le cadre de leur fonction. Dans le secteur privé, l'obligation générale de fidélité peut, dans certains cas également, créer pour le travailleur une obligation de dénoncer à ses supérieurs un acte pénalement répréhensible.

Tant les cantons que la Confédération prévoient la possibilité d'entendre les fonctionnaires en qualité de témoin après levée du secret de fonction. Le projet de code de procédure pénale suisse (art. 167 P-CPP)¹²⁵ prévoit que les fonctionnaires tenus par une obligation de dénoncer seront obligés de témoigner, les autres ne pouvant le faire qu'avec l'accord de l'autorité supérieure. Cette dernière doit lever le secret de fonction si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret.

2.3.2.13 Coopération entre autorités nationales et secteur privé (art. 39)

Selon le *par. 1*, les Etats Parties prennent les mesures nécessaires pour encourager la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites et les entités du secteur privé, en particulier les institutions financières, concernant la commission des différentes infractions prévues par la Convention. Les Etats se voient octroyer une certaine marge de manœuvre dans l'application de cette disposition puisque la prise en compte de la législation interne de chaque Etat est explicitement mentionnée.

Depuis quelques années, la corruption – considérée comme infraction préalable au blanchiment d'argent – et l'argent sale lié à la corruption sont devenus des thèmes importants du débat public suisse, repris dans les médias comme sur la scène politique. En sus de son arsenal juridique se voulant à la fois dissuasif et performant en matière de répression, la Suisse a consenti des efforts considérables, en particulier dans le développement de structures centrales performantes et la coopération plus étroite avec les organismes privés, notamment les intermédiaires financiers. Dans le secteur financier, un système de coopération, qui trouve son fondement juridique dans la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), existe entre autorités de poursuite pénale et intermédiaires financiers. Ainsi, l'art. 9 LBA prévoit l'obligation pour l'intermédiaire financier qui sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que des valeurs patrimoniales impliquées dans une transaction ou une relation d'affaires proviennent d'une opération de blanchiment d'argent ou d'un autre crime tel que la corruption, d'informer sans délai le Bureau de communication en matière de blan-

¹²⁵ FF 2006 1057 1181

chiment d'argent (MROS)¹²⁶. En sus de l'obligation de communiquer ses soupçons, l'intermédiaire doit immédiatement bloquer les fonds qui lui ont été confiés, conformément à l'art. 10 LBA. L'obligation de communication vient compléter le droit pour les intermédiaires financiers de signaler aux autorités compétentes, à savoir les autorités de poursuite pénale suisses et le MROS, les valeurs patrimoniales d'origine suspecte (art. 305^{ter}, al. 2 CP). Lorsque le MROS reçoit une communication de soupçons, il analyse la communication et décide de sa transmission aux autorités de poursuite pénale conformément à l'art. 23, al. 4, LBA. Il arrive aussi que les intermédiaires financiers soient informés de la marche à suivre par le MROS et adressent ensuite leur dénonciation directement aux autorités de poursuite pénale compétentes. Les intermédiaires financiers entretiennent ainsi une relation directe et indirecte avec les autorités de poursuite pénale. L'autorité pénale saisie prendra ensuite en charge le dossier qui lui a été confié et elle informera, en fonction des règles de procédure qui régissent son activité, l'intermédiaire de la suite donnée à la dénonciation. Si l'infraction de corruption a été considérée comme une infraction préalable au blanchiment d'argent, le MROS sera ensuite informé en vertu de l'art. 29, al. 2 LBA qui prévoit la transmission de toute décision pénale rendue en application des art. 260^{ter}, 305^{bis} et 305^{ter} CP.

Aux termes de l'art. 8 LBA, les intermédiaires financiers sont tenus de veiller à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante lui permettant de déceler toute infraction à la LBA au sens large du terme. Ainsi, dans un but de sensibilisation des intermédiaires financiers à la problématique de la corruption, le MROS participe activement à l'organisation de cours de perfectionnement destinés aux intermédiaires financiers, durant lesquels le thème de la corruption est abordé.

De même, le MROS établit tous les ans une statistique sur l'évolution de la lutte contre le blanchiment d'argent, qui inclut une analyse (typologie) des infractions préalables, dont la corruption. Ce rapport annuel est transmis par le MROS aux intermédiaires financiers à des fins d'information. En outre, les fréquents rapports des médias, au cours des deux années passées, sur des affaires de corruption internationale, en particulier les procédures pénales ouvertes en Suisse dans le contexte du programme des Nations Unies «Pétrole contre nourriture», ont également contribué, dans une mesure importante, à la sensibilisation du secteur privé à l'interdiction de corruption étrangère. Cet aspect a également été relevé dans le rapport annuel du MROS 2006 qui fait état de l'importance que revêtent les médias en tant que facteur déclencheur de communications de soupçons. En 2006, 195 cas de communications ont été déclenchés par les médias, contre 83 cas en 2005, ce qui représente une augmentation de 112 cas.

Le par. 2 trace une sorte de perspective, dans la mesure où l'Etat Partie est invité à inciter le grand public à porter à la connaissance des autorités de poursuite la commission d'une infraction de corruption.

Sur ce point, il convient d'indiquer que le Conseil national a adopté le 13 juin 2005 la motion Gysin¹²⁷ qui vise à charger le Conseil fédéral de présenter au parlement un projet de loi qui garantisse une protection efficace des «donneurs d'alerte» en droit du travail. Cette motion a été amendée par le Conseil des Etats et le mandat confié

¹²⁶ Le sigle anglais MROS signifie «Money Laundering Reporting Office of Switzerland».

Le MROS est rattaché au Département fédéral de justice et police.

¹²⁷ 03.3212 Motion Gysin. Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption.

au Conseil fédéral s'est vu complété par l'examen de la question de «l'obligation de communiquer à l'autorité compétente des soupçons concrets de commission d'un acte pénalement réprimé dont les employés de la Confédération ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction». Le Conseil des Etats a adopté la motion dans sa forme amendée le 22 mars 2006. Le Conseil National a adopté la motion le 22 juin 2007 dans la teneur proposée par le Conseil des Etats.

2.3.2.14 Secret bancaire (art. 40)

Aux termes de l'art. 40, chaque Etat doit mettre en place des mécanismes appropriés permettant de surmonter, en cas d'enquêtes judiciaires, les obstacles qui peuvent résulter de l'application de lois prévoyant le secret bancaire.

Le secret bancaire, bien que protégé par la loi¹²⁸, ne fait pas obstacle aux enquêtes des autorités de poursuite pénale ni à celles de la Commission fédérale des banques (CFB) comme autorité de surveillance des marchés financiers. La loi¹²⁹ réserve expressément l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice. Le droit suisse est en pleine conformité avec la convention.

2.3.2.15 Antécédents judiciaires (art. 41)

En vertu de l'art. 41 de la convention, chaque Etat Partie peut prévoir dans sa législation nationale qu'une condamnation dont l'auteur présumé aurait fait l'objet dans un autre Etat puisse être prise en considération dans le cadre de sa procédure pénale nationale.

L'ancien droit (art. 67 aCP) prévoyait expressément la récidive comme circonstance aggravante de la peine. Il précisait, en outre, que l'exécution à l'étranger d'une peine ou d'une mesure analogue était assimilée à une exécution en Suisse. Selon le droit en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, la récidive ne fait plus l'objet d'une réglementation expresse. C'est désormais dans le cadre de la fixation de la peine que le juge tient compte des antécédents de l'auteur (art. 47 CP), y compris d'une condamnation prononcée à l'étranger. Cela présuppose que la Suisse ait connaissance d'une telle condamnation, ce qui est prescrit dans le cadre d'accords bilatéraux ainsi que dans la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale¹³⁰. Cette dernière prévoit, en effet, la communication des avis de condamnation entre Etats Parties.

2.3.2.16 Compétence (art. 42)

La convention distingue entre compétence obligatoire et compétence facultative des Etats Parties par rapport aux infractions telles que définies dans la convention.

Aux termes du *par. 1*, relèvent obligatoirement de la compétence d'un Etat Partie les infractions commises sur son territoire (principe de territorialité), les infractions commises à bord d'un navire qui bat son pavillon ou à bord d'un aéronef immatricu-

¹²⁸ Art. 47, ch. 1, LB, RS **952.0**

¹²⁹ Art. 47, ch. 4, LB, RS **952.0**

¹³⁰ RS **0.351.1**

lé conformément à son droit interne au moment où l'infraction a été commise (principe du pavillon). Dans ces cas, la compétence des tribunaux suisses est donnée: la compétence à raison des infractions commises sur le territoire suisse résulte de l'art. 3 CP et, dans le cas des infractions commises à bord de bateaux sous pavillon suisse, la compétence des autorités suisses est clairement établie par l'art. 4, ch. 2, de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse¹³¹. L'art. 97, al. 1, de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation¹³² contient une disposition analogue s'appliquant aux infractions commises à bord d'un avion.

Un Etat Partie peut en outre, à titre facultatif, établir sa compétence dans les quatre cas de figure décrits au *par. 2*, par exemple lorsque l'auteur ou la victime de l'infraction commise à l'étranger est ressortissant de l'Etat Partie en question. En vertu du principe de la personnalité active et passive découlant de l'art. 7, al. 1, CP, les crimes et les délits commis à l'étranger par une personne ou sur une personne de nationalité suisse peuvent eux aussi relever de la juridiction pénale suisse. La compétence des tribunaux suisses est, par principe, établie dans les autres cas visés au *par. 2* ainsi que dans le cas couvert par le *par. 4*.

Selon le *par. 3*, la Suisse doit aussi pouvoir établir sa compétence dans le cas où l'auteur présumé d'une infraction se trouve sur son territoire et qu'elle ne l'extrade pas parce qu'il a la nationalité suisse. L'obligation de poursuivre pénalement l'auteur d'un crime ou d'un délit qui n'est pas extradé parce qu'il possède la nationalité de l'Etat dans lequel il séjourne (*aut dedere, aut iudicare*) fait l'objet du *par. 11* de l'art. 44 (extradition) de la convention. Appliquant le principe de la personnalité active (art. 7, al. 1, CP), on peut d'ores et déjà dire que la Suisse satisfait pleinement à cette exigence.

2.4 Coopération internationale (art. 43 à 50)

2.4.1 Extradition (art. 44)

Cet article règle l'extradition des auteurs d'infractions visées par la convention (v. art. 15 à 26). L'extradition n'est possible qu'à la condition que l'infraction en cause soit punissable par le droit interne de l'Etat requérant et de l'Etat requis.

Les normes de l'art. 44 correspondent, pour l'essentiel, à celles d'instruments internationaux similaires, notamment au contenu de l'art. 16 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée¹³³. Leur application ne pose aucun problème à la Suisse.

Les principes essentiels qu'elles énoncent sont les suivants:

- Le principe de la *double incrimination* selon lequel l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée doit être sanctionnée par le droit interne de l'Etat Partie requérant et celui de l'Etat Partie requis (*par. 1*); à ce sujet voir également l'art. 43, *par. 2* de la convention.

¹³¹ Loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse, RS **747.30**.

¹³² Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS **748.0**.

¹³³ FF **2005** 6269 6306

- L’extradition est subordonnée aux conditions prévues par le droit interne de l’Etat Partie requis ou par les traités d’extradition applicables, y compris aux conditions concernant la *peine minimale requise pour extraditer* et aux motifs pour lesquels l’Etat Partie requis peut refuser l’extradition (*par. 8*)¹³⁴. La condition concernant la peine minimale ne pose aucun problème au regard du droit suisse puisque les infractions visées par la convention sont toutes passibles d’une peine privative de liberté, d’un maximum d’au moins un an¹³⁵.
- La maxime «*aut dedere aut judicare*» applicable dans le cas où l’Etat requis n’extrade pas une personne au seul motif qu’elle est l’un de ses ressortissants (*par. 11*)¹³⁶.
- *L’interdiction de discrimination*, qui permet à l’Etat requis de refuser l’extradition s’il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l’une quelconque de ces raisons (*par. 15*).
- La clause dite de «*défiscalisation*», aux termes de laquelle les Etats Parties ne peuvent refuser une demande d’extradition au seul motif que l’infraction est considérée comme touchant aussi à des questions fiscales (*par. 16*). Selon la doctrine juridique suisse, les infractions visées par la convention (corruption, blanchiment d’argent, crime et entrave au bon fonctionnement de la justice) ne constituent pas des infractions d’ordre fiscal, de sorte que, déjà sous l’empire du droit actuel, elles ne font pas obstacle à l’extradition¹³⁷.

2.4.2 Transfèrement des personnes condamnées (art. 45)

L’art. 45 est libellé en termes potestatifs. Il invite les Etats Parties à envisager de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs au transfèrement sur leur territoire de nationaux condamnés du fait d’infractions visées par la convention, afin qu’ils puissent purger le reliquat de leur peine dans leur pays d’origine. La Suisse est d’ores et déjà partie à de tels instruments¹³⁸. Au demeurant, l’art. 45 correspond à l’art. 17 de la Convention de l’ONU contre la criminalité transnationale organisée¹³⁹.

¹³⁴ Par exemple, art. 2 ss de la loi du 20 mars 1981 sur l’entraide pénale internationale, EIMP, RS **351.1**.

¹³⁵ Art. 35, al. 1, let. a, EIMP

¹³⁶ Art. 7 EIMP

¹³⁷ V. également l’art. 13 de la Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme, RS **0.353.22**.

¹³⁸ Mentionnons, en particulier, la Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées; RS **0.343**, et le Protocole additionnel du 18 décembre 1997 à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées; RS **0.343.1**.

¹³⁹ FF **2005** 6269 6308

2.4.3 Entraide judiciaire (art. 46)

Les dispositions sur l'entraide judiciaire correspondent, dans l'ensemble, à l'art. 18 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée¹⁴⁰. Leur application ne pose aucun problème à la Suisse.

En substance, les principes essentiels qu'elles énoncent sont les suivants:

- Elles soumettent les Etats Parties à une obligation générale de s'accorder *l'entraide judiciaire la plus large possible* lors de procédures concernant les infractions visées par la convention (*par. 1*).
- Les Etats Parties ne peuvent invoquer le *secret bancaire* pour refuser une demande d'entraide judiciaire (*par. 8*). En Suisse, le secret bancaire ne fait pas obstacle à l'entraide judiciaire en matière pénale, pas plus qu'il n'empêche la mise en œuvre d'un accord international conclu dans ce domaine, puisque, en application de l'art. 1, al. 1, EIMP, il prime le droit interne¹⁴¹.
- Réserve expresse est faite de la *double incrimination*. Dans la mesure où l'aide à fournir est compatible avec le droit interne de l'Etat requis et n'implique pas de mesures de contrainte, il y a lieu de faire droit à la demande d'entraide même dans les cas où il n'y a pas double incrimination (*par. 9*).
- Le *transfèrement de personnes condamnées*¹⁴², dont la présence est requise par un autre Etat Partie au titre d'une procédure pénale, est réglé aux *par. 10 à 12*.
- Chaque Etat Partie désigne une *autorité centrale*¹⁴³, dont le nom doit être communiqué au Secrétaire général des Nations Unies. L'autorité centrale assure l'exécution ou la transmission rapide et en bonne et due forme à l'autorité compétente des demandes d'entraide reçues (*par. 13*).
- La convention consacre expressément la *règle de spécialité*, selon laquelle l'Etat requérant ne peut communiquer ni utiliser les informations ou les éléments de preuve fournis par l'Etat requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande, sans le consentement préalable de l'Etat requis (*par. 19*).
- La convention énumère une série de *motifs de refuser l'entraide judiciaire* (*par. 21*)¹⁴⁴;
- En matière d'entraide judiciaire, la convention prévoit une clause dite de «*défiscalisation*» (*par. 22*), telle qu'elle existe dans domaine de l'extradition (art. 44, par. 16). Selon le droit en vigueur, l'entraide judiciaire est, d'ores et déjà, admissible aux fins de la poursuite d'infractions visées par la convention.

¹⁴⁰ V. le message concernant l'approbation de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée; FF **2005** 6269 6309.

¹⁴¹ ATF **123** II 160, cons. 7

¹⁴² En l'occurrence, il s'agit de personnes qui ne font pas elles-mêmes l'objet d'une inculpation dans l'Etat requérant.

¹⁴³ En Suisse, il s'agit de l'Office fédéral de la justice.

¹⁴⁴ P. ex. art. 1a ou 2 EIMP

2.4.4 Transfert des procédures pénales (art. 47)

Cette disposition libellée en la forme potestative correspond à l'art. 21 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée.

2.4.5 Coopération entre les services de détention et de répression (art. 48)

Cet art. également enjoint aux Etats Parties de coopérer étroitement en matière de poursuites pénales et de conclure, à cet effet, des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux. Son libellé reprend presque mot à mot celui de l'art. 27 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée¹⁴⁵. Sa mise en œuvre ne pose aucun problème à la Suisse.

Quant à l'ampleur de l'échange international d'informations et les conditions auxquelles il peut avoir lieu, elles sont réglées, sur le plan interne, notamment à l'art. 13, al. 2, LOC¹⁴⁶, à l'art. 102^{quater} PPF¹⁴⁷, aux art. 350 à 353 CP (collaboration avec INTERPOL), et enfin, pour ce qui a trait à l'entraide judiciaire en matière pénale, par l'EIMP¹⁴⁸. Dans ce contexte, plusieurs éléments revêtent une importance certaine: d'abord Interpol dont les activités se déploient dans le monde entier; ensuite, à l'échelon de l'Europe, l'accord de Schengen¹⁴⁹; enfin les multiples traités bilatéraux que la Suisse a conclus¹⁵⁰. Les centres de coopération policière et douanière de Genève et de Chiasso, dont l'implantation est fondée sur les protocoles additionnels aux accords conclus avec la France et l'Italie, contribuent dans une mesure significative à faciliter les échanges d'informations.

¹⁴⁵ V. le message concernant l'approbation de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée; FF **2005** 6269 6313.

¹⁴⁶ Loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération (LOC); RS **360**.

¹⁴⁷ RS **312.0**

¹⁴⁸ RS **351.1**

¹⁴⁹ L'accord de Schengen permettra à la Suisse d'intensifier la coopération policière, surtout grâce au système de recherche de personnes et d'objets (SIS).

¹⁵⁰ Accord du 27 avril 1999 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire (en vigueur depuis le 1^{er} mars 2002), RS **0.360.136.1**; Accord du 27 avril 1999 entre la Confédération suisse, la République d'Autriche et la Principauté du Liechtenstein concernant la coopération transfrontalière des autorités compétentes en matière de sécurité et de douane (en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2001, RS **0.360.163.1**; Accord du 11 mai 1998 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière (en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2000), RS **0.360.349.1**; Accord du 10 septembre 1998 entre la Confédération suisse et la République italienne relatif à la coopération entre les autorités de police et de douane (en vigueur depuis le 1^{er} mai 2000), RS **0.360.454.1**; Accord du 5 février 1999 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République de Hongrie sur la coopération en matière de lutte contre la criminalité (en vigueur depuis le 14 octobre 2001), RS **0.361.418.1**. Ces instruments internationaux contiennent tous des clauses qui permettent un échange d'informations intense, direct et rapide en matière policière et, partiellement aussi, en matière judiciaire. Six autres traités de même nature ont été signés et devraient être ratifiés sous peu (Slovénie, Lettonie et République tchèque, Roumanie, Albanie et Macédoine).

En ce qui concerne le renforcement de la coopération en matière d'enquêtes, la Suisse exploite de nombreux systèmes d'information qui visent à permettre de prendre plus facilement des mesures aux fins d'identifier des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions visées par la convention, le lieu où elles se trouvent et la nature de leurs activités de même que le lieu où séjournent d'autres personnes éventuellement impliquées dans ces infractions¹⁵¹. Les attachés suisses de police stationnés à l'étranger et les agents de liaison étrangers détachés en Suisse contribuent de manière prépondérante à assurer une coordination aussi efficace que possible entre les autorités des Etats Parties concernés.

S'agissant des accords bilatéraux, nous renvoyons aux instruments que la Suisse a conclu avec de nombreux Etats dans les domaines de l'entraide judiciaire et de l'extradition. Parmi les instruments multilatéraux auxquels la Suisse est partie, citons notamment la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime¹⁵², la Convention européenne d'entraide judiciaire¹⁵³ et le Deuxième protocole additionnel à cette convention¹⁵⁴, enfin la Convention européenne d'extradition¹⁵⁵.

2.4.6 Enquêtes conjointes (art. 49)

Cette disposition encourage les Etats Parties à conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux dans le but de permettre à leurs autorités compétentes de mener des enquêtes conjointes. Son libellé est identique à celui de l'art. 19 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée¹⁵⁶, dont les exigences sont déjà remplies par la Suisse.

2.4.7 Techniques d'enquête spéciales (art. 50)

Aux termes de cet article, chaque Etat Partie est tenu de prendre, dans la mesure où les principes fondamentaux de son système juridique le permettent et dans la limite de ses moyens, les mesures nécessaires pour que ses autorités compétentes puissent recourir de façon appropriée, sur son territoire, à des livraisons surveillées et à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration. Le libellé de cet article correspond, pour l'essentiel, à celui de l'art. 20 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée¹⁵⁷. Une réglementation similaire figure également dans le Deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la

¹⁵¹ Ainsi, l'Office fédéral de la police enregistre dans le système automatique d'identification des empreintes digitales (AFIS) les données signalétiques émanant d'autorités fédérales, cantonales et internationales dans le but de permettre l'identification de personnes vivantes ou décédées (art. 351^{septies}, al. 1, aCP). Le système de recherches informatisées de police (RIPOL) sert notamment à rechercher le lieu de séjour de personnes impliquées dans une enquête pénale ou disparues ou encore des véhicules ou des objets perdus ou volés (art. 351^{bis}, al. 1, let. a, aCP).

¹⁵² RS 0.311.53

¹⁵³ RS 0.351.1

¹⁵⁴ RS 0.351.12

¹⁵⁵ RS 0.353.1

¹⁵⁶ FF 2005 6269 6310

¹⁵⁷ FF 2005 6269 6311

Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale¹⁵⁸. La législation suisse est donc compatible avec l'art. 50 de la convention.

Une surveillance peut, à certaines conditions, être ordonnée aux fins de poursuivre les infractions énumérées de manière exhaustive dans la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication¹⁵⁹. Le recours aux investigations secrètes dans le cadre de procédures pénales conduites par la Confédération et les cantons est réglé dans la loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète¹⁶⁰. Quant à l'engagement d'un agent infiltré dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire, il exige, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un arrangement conclu entre les Etats concernés¹⁶¹. L'accord conclu avec l'Allemagne autorise les investigations secrètes également sur le territoire allemand¹⁶². S'agissant des livraisons surveillées, la Suisse peut y recourir sur le territoire de certains des Etats voisins, en collaboration avec eux¹⁶³.

2.5 Recouvrement d'avoirs (art. 51 à 59)

2.5.1 Disposition générale (art. 51)

L'art. 51 énonce que la restitution d'avoirs est un principe fondamental de la convention et que les Etats Parties s'accorderont mutuellement la coopération et l'assistance la plus étendue à cet égard. Bien que cet article soit dépourvu d'effet juridique, il manifeste la volonté des Etats Parties de tout mettre en œuvre pour que la Convention induise, par rapport aux textes antérieurs, une amélioration déterminante.

2.5.2 Prévention et détection des transferts du produit du crime (art. 52)

L'art. 52 énonce les règles et principes que les Etats Parties devront suivre pour prévenir et détecter des transferts du produit du crime. Il est en effet fondamental d'empêcher que les avoirs acquis grâce à la corruption ne trouvent accès au système financier international. Les fournisseurs de services financiers doivent prendre des mesures spécifiques pour identifier leurs clients et la provenance des fonds. Les normes suisses relatives aux obligations de diligence constituent la pièce maîtresse du dispositif de défense en la matière. Ces règles incluent notamment le traitement des avoirs de personnes politiquement exposées ainsi que l'interdiction d'établir des relations d'affaires avec des banques fictives. La Suisse procède également, au sens de la Résolution 1373 du Conseil de Sécurité, à la transmission aux intermédiaires financiers de certaines listes nationales indiquant l'identité de personnes physiques et morales, soupçonnées d'entretenir des liens avec des activités terroristes, et qui

¹⁵⁸ RS **0.351.12**; art. 18 ss

¹⁵⁹ LSCPT, RS **780.1**

¹⁶⁰ LFIS, RS **312.8**

¹⁶¹ ATF **132** II 1, cons. 3

¹⁶² V. art. 17 et 18 de l'Accord entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne relatif à la coopération transfrontalière en matière policière et judiciaire.

¹⁶³ V. accord conclu avec l'Allemagne (art. 19) et accord conclu avec l'Autriche et la Principauté du Liechtenstein (art. 12).

doivent – inter alia – faire l’objet de devoirs de diligence accrus par les intermédiaires financiers. Les obligations statuées à l’art. 52 sont ainsi intégralement couvertes par le droit suisse en vigueur.

2.5.3 Mesures pour le recouvrement direct de biens et coopération internationale aux fins de confiscation (art. 53 à 56)

Les art. 53 à 56 traitent de manière détaillée du recouvrement de biens sur le plan national et à l’échelon international. Le droit suisse comprend une ample réglementation relative à la confiscation des valeurs patrimoniales, intégrée dans le code pénal, de même que des dispositions réglant cette matière dans l’EIMP)¹⁶⁴.

2.5.4 Restitution et disposition des avoirs (art. 57)

Le *par. 2* oblige chaque Etat à adopter les mesures législatives et autres mesures nécessaires permettant aux autorités compétentes de restituer les biens confisqués. Selon l’art 74a, al. 1, EIMP, sur demande de l’autorité étrangère compétente, les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire peuvent lui être remis au terme de la procédure d’entraide, en vue de confiscation ou de restitution à l’ayant droit. L’al. 3 de cet article prévoit que la remise peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l’Etat requérant. La législation suisse ne se limitant pas aux valeurs confisquées, elle va plus loin que l’obligation conventionnelle. Dans ce contexte, il est important de souligner que la convention offre à l’Etat requérant des garanties lui permettant de refuser d’octroyer l’entraide judiciaire à des Etats qui ne seraient pas des Etats de droit. Conformément à l’art. 46, par. 21, de la Convention, l’art. 2 EIMP permet de déclarer irrecevables des demandes qui ne respectent pas certains principes fondamentaux, notamment les garanties de procédure contenues dans la CEDH. On relèvera aussi que l’exigence d’un jugement définitif rendu dans l’Etat requérant implique la coopération pleine et entière de celui-ci. En l’absence d’un tel jugement, l’Etat requis peut toujours restituer les avoirs confisqués à l’Etat requérant, mais il n’en a pas l’obligation.

Dans le cas d’une soustraction de fonds publics dont est victime l’Etat requérant, celui-ci doit pouvoir invoquer, à titre de lésé, son droit de propriété sur les fonds en question qui devront lui être restitués. C’est le cas de figure couvert par le *par. 3, let. a*, aux termes duquel l’Etat requis «dans les cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits, visés aux art. 17 et 23 de la présente Convention, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l’art. 55 et sur la base d’un jugement définitif rendu dans l’Etat Partie requérant, exigence à laquelle il peut renoncer, restitue les biens confisqués à l’Etat Partie requérant». Pour ces cas de figure, le texte de la Convention établit ainsi une véritable obligation de restitution à la charge des Etats requis, ce qui constitue, du point de vue du droit international, une avancée majeure et tient compte de la nature particulière des infractions visées. Par contre, lorsqu’on n’est pas en présence d’une soustraction de fonds publics, mais du produit de «toute autre infraction» visée par la Convention, les

¹⁶⁴ V. Art. 70 ss CP et 74a EIMP, notamment

réponses doivent être plus nuancées. En effet, il pourrait y avoir des cas dans lesquels l'Etat requérant ne peut pas faire valoir des droits prépondérants sur les avoirs confisqués; d'autres solutions en faveur des victimes de la corruption devront alors être trouvées. Pour tenir compte de ces situations visées au *par. 3, let. b et c*, la Convention institue un régime différent qui ne prévoit pas d'automatisme en faveur de la restitution à l'Etat requérant et qui permet de réserver dans chaque situation particulière, le sort le plus juste et équitable aux avoirs confisqués, compte tenu de toutes les circonstances de faits et de droit. En Suisse, la loi fédérale du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées¹⁶⁵ est déjà conforme à la Convention et pourra trouver application.

En dédommagement de son rôle dans la procédure de recouvrement, l'Etat requis peut, «s'il y a lieu et sauf si les Etats Parties en décident autrement», déduire les dépenses raisonnables encourues pour les enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires ayant abouti à la restitution (*par. 4*). Par «dépenses raisonnables» il faut entendre les coûts et les dépenses encourues et non les honoraires d'intermédiaires ou d'autres dépenses sans affectation précise. Les Etats sont encouragés à se consulter sur les dépenses probables¹⁶⁶.

Le *par. 5* rappelle que l'Etat requis et l'Etat requérant disposent d'une alternative pour tenter de résoudre une situation dont l'issue paraît douteuse, notamment lorsque l'Etat requérant n'est pas à même de coopérer sur le plan judiciaire. Pour que le rapatriement des fonds confisqués à l'étranger intervienne plus rapidement, les Etats peuvent convenir d'une solution *ad hoc*, ce qui évite d'avoir à attendre la fin de procédures judiciaires longues et complexes. Cette solution devra toutefois prendre la forme d'un accord bilatéral, car on se trouve alors hors du mécanisme de la restitution automatique et obligatoire. L'Etat requis aura ainsi son mot à dire, notamment sur le sort des fonds rapatriés, qui devront être utilisés, dans toute la mesure du possible, au bénéfice de la population et des victimes de la corruption.

2.5.5 Service de renseignement financier (art. 58)

L'art. 58 invite les Etats Parties à envisager d'instituer un service de renseignement financier qui sera chargé de recevoir, d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes les déclarations d'opérations financières suspectes.

En Suisse, ces tâches sont d'ores et déjà assumées par le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) en vertu de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier¹⁶⁷.

¹⁶⁵ RS 312.4

¹⁶⁶ Cf. les travaux préparatoires, A/58/422/Add.1., p. 11

¹⁶⁷ RS 955.0

2.6 Assistance technique et échange d'informations (art. 60 à 62)

2.6.1 Formation et assistance technique (art. 60)

Le *par. 1* énumère, à titre exemplatif, des domaines dans lesquels chaque Etat Partie pourrait, sans y être contraint, agir en matière de formation spécifique; les Etats Parties gardent ainsi une grande liberté dans le choix des mesures ou recommandations qu'ils adopteront.

Il existe en Suisse des moyens de formation divers, proposés par des établissements conçus pour la formation de base et continue tels que l'Institut suisse de police ou l'Institut de lutte contre la criminalité économique. Ce sont des formations qui s'adressent à des parquets cantonaux et à des offices cantonaux des juges d'instruction ainsi qu'aux collaborateurs du Ministère public de la Confédération et de l'Office fédéral de la police. Par ailleurs, les collaborateurs de la Police judiciaire fédérale (PJF), qui ont été engagés pour donner effet aux nouvelles compétences de la Confédération relevant du champ d'application de l'art. 340^{bis} CP, ont tous suivi un programme de formation interne d'une durée de trois mois. D'une manière générale, les collaborateurs de la PJF assistent régulièrement à des cours de perfectionnement, en Suisse et à l'étranger.

Les *par. 2 à 8* mettent l'accent sur la nécessité d'accorder une assistance technique ainsi qu'un appui matériel à d'autres pays, en particulier aux pays en développement et en transition. L'échange d'informations compte également parmi les mesures à appliquer. Il est également stipulé que chaque Etat Partie devrait verser des contributions à l'ONUDC, afin d'assurer l'application de la Convention dans les pays en développement.

La Suisse, par l'intermédiaire de la DDC, offre déjà une assistance technique, en matière de lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent, aux pays qui le demandent. Elle le fait au travers de programmes de gouvernance plus généraux ou au travers de programmes spécifiques de lutte contre la corruption. Elle met également à disposition une offre de formation en Suisse, qu'il est possible de moduler selon les besoins et les particularités des pays en question. L'échange d'informations et la conduite de recherches et d'études sur le phénomène de la corruption se font en collaboration ou en régie avec des organisations de la société civile ou des instituts académiques en Suisse ou dans les pays en développement et en transition. Des contributions ponctuelles en faveur de projets précis peuvent être versées à l'ONUDC. Enfin, pour ce qui est de la police, mentionnons que, dans le cadre du projet OCTN (*Organised Crime Training Network for operational managers in South Eastern Europe*), la Suisse – avec l'aide de l'Autriche et de la Norvège – assiste d'autres Etats Parties à la convention dans la mise sur pied de filières de formation dans le sud-est de l'Europe. Le but de l'opération est d'accroître l'efficacité de la police.

2.6.2

Collecte, échange et analyse d'informations sur la corruption (art. 61)

L'art. 61 invite les Etats Parties à analyser avec le concours d'experts la situation prévalant en matière de corruption sur leur territoire et notamment à partager leurs connaissances au-delà des frontières nationales afin de trouver des moyens susceptibles d'aider à la prévention et à la répression, ainsi qu'à assurer le suivi des mesures prises et à évaluer leur mise en œuvre et leur efficacité.

Le *Service d'analyse et de prévention (SAP)* de l'Office fédéral de la police suit de près l'évolution de la criminalité en générale, notamment celle de nature transnationale organisée. Ce service rédige des rapports d'analyse stratégique concernant différents domaines de la criminalité économique et plus précisément à la corruption. Ces rapports servent de bases de décision et d'information aux responsables politiques et aux services de police, de même qu'à d'autres autorités de la Confédération et des cantons. Certains rapports sont aussi destinés à l'information du public¹⁶⁸. Ce service a également pour tâche d'assurer les échanges d'informations avec les autorités internationales et les services scientifiques.

2.6.3

Autres mesures: application de la Convention par le développement économique et l'assistance technique (art. 62)

L'art. 62 enjoint notamment aux Etats Parties d'assister financièrement, matériellement et techniquement les pays en développement dans les efforts qu'ils déploient pour combattre la corruption.

La Suisse participe à diverses initiatives internationales et régionales visant à renforcer les capacités d'autres pays de prévenir et de combattre la corruption. Les efforts consentis par la Suisse en ce domaine visent à «traiter le mal à la racine». Différents programmes mis sur pied au titre de la coopération bilatérale au développement visent à améliorer la gouvernance dans les pays partenaires par des mesures telles que des réformes des administrations et des finances publiques, des réformes de la justice ou encore le renforcement du statut de la presse et de la société civile. Important contributeur de la Banque mondiale et des banques régionales de développement¹⁶⁹ ainsi que de l'ONU et de ses organisations spécialisées, la Suisse milite également, dans le cadre multilatéral, pour que des mesures efficaces soient prises tant au niveau national qu'à l'échelon régional et mondial, aux fins de prévenir la corruption et de la combattre. La Suisse est, en outre, membre du *Global Corporate Governance Forum*¹⁷⁰, fondé par le groupe de la Banque mondiale et par l'OCDE et financé par différents contributeurs. Elle est également représentée au sein du *Network on Governance* de l'OCDE¹⁷¹. Par ailleurs, la Suisse participe activement à deux initiatives d'envergure régionale sous l'égide de l'OCDE: la *Stability Pact*

¹⁶⁸ P. ex. le rapport annuel sur la sécurité intérieure de la Suisse.

¹⁶⁹ Banques africaine, asiatique et interaméricaine de développement.

¹⁷⁰ Ce forum s'est donné pour objectifs principaux de favoriser la prise de conscience des problèmes liés à la corruption et de mettre en place des institutions et des structures propres à prévenir et à combattre efficacement la corruption dans les pays en développement.

¹⁷¹ Dans cette enceinte, on s'efforce, notamment, de rechercher des solutions permettant de renforcer la coordination des actions des pays donateurs au titre des programmes de lutte contre la corruption.

Anti-Corruption Initiative for South Eastern Europe (SPAI) et l'*Anti-Corruption Initiative for Eastern Europe and Central Asia*. En outre, elle soutient des projets spécifiques dans différents pays, soit en apportant son appui à la mise en place d'une autorité nationale de lutte contre la corruption¹⁷², soit en finançant des campagnes radiophoniques de sensibilisation de la population¹⁷³. La Suisse apporte aussi son soutien à différentes ONG qui œuvrent dans le domaine de la prévention de la corruption¹⁷⁴.

Dans le cadre de la collaboration internationale, la Suisse soutient prioritairement les mesures qui sont prises à l'échelon gouvernemental (réformes institutionnelles) et les actions qui font appel à la société civile (sensibilisation, approches participatives des problèmes, audits sociaux). En matière de lutte contre la corruption, il importe de distinguer deux aspects: d'une part, la corruption doit être considérée comme un mal en soi auquel il convient de remédier par des mesures directes¹⁷⁵; d'autre part, il y a lieu d'y voir le symptôme d'une gouvernance déficiente de l'Etat, carence dont il convient de rechercher les causes et de les éliminer¹⁷⁶. La DDC mène sur ces plans différents programmes, soutient les initiatives régionales, offre une assistance technique et coordonne ses actions avec celles d'autres Etats donateurs. Mentionnons enfin l'effet préventif de la clause anticorruption que la DDC et le SECO intègrent systématiquement dans les accords bilatéraux en matière de coopération au développement.

Il ressort de ce qui précède que la Suisse déploie une intense activité en matière de développement économique et d'assistance technique, ce qui répond tout à fait aux objectifs de cette disposition.

2.7 Mécanismes d'application (art. 63 et 64)

2.7.1 Conférence des Etats Parties à la convention (art. 63) et Secrétariat (art. 64)

La Conférence des Etats Parties à la convention a pour missions d'améliorer la capacité des Etats Parties à atteindre les objectifs énoncés dans la convention et de promouvoir et d'examiner l'application de celle-ci (*art. 63, par. 1*). Elle se dote d'un règlement intérieur (*art. 63, par. 3*). L'*art. 63, par. 4*, énumère, à titre exemplatif, des mesures pouvant être prises pour atteindre les objectifs de la convention: il s'agit non seulement d'améliorer et de faciliter les échanges d'informations, mais encore d'examiner périodiquement l'application de la convention par les Etats Parties et de formuler des recommandations en conséquence. Aux fins visées au par. 4, les Etats Parties sont tenus de communiquer à ladite conférence, lorsque celle-ci le requiert, des informations sur leurs programmes, plans et pratiques ainsi que sur les mesures législatives et administratives qu'ils ont prises pour assurer la mise en œuvre de la

¹⁷² Par exemple, l'Equateur et Madagascar

¹⁷³ Par exemple, le Sénégal, le Bénin et le Niger

¹⁷⁴ Par exemple le Burkina et le Mozambique

¹⁷⁵ Par exemple, réformes du droit pénal, création d'agences anti-corruption, protection des informateurs (*whistle-blowers*)

¹⁷⁶ Par exemple, promouvoir l'accès à l'information, réformer le système judiciaire et l'administration publique, mettre en place des mécanismes obligeant l'Etat à rendre des comptes aux citoyens.

convention (*art. 63, par. 6*). Le Secrétaire général de l'ONU fournit les services de secrétariat nécessaires à la Conférence des Etats Parties (*art. 64, par. 1*).

La Conférence des Etats Parties à la convention a tenu sa première réunion en Jordanie en décembre 2006. Elle a arrêté les conditions à respecter sur le plan organisationnel pour mettre en œuvre la convention en vigueur depuis décembre 2005. Le résultat le plus saillant de cette réunion a été la création de groupes d'experts chargés d'accompagner la mise en œuvre de la convention (pilotage de la mise en œuvre dans les Etats Parties, restitution de valeurs patrimoniales illicitement acquises; assistance technique). Ces groupes d'experts entameront leurs activités dans le courant de 2007 et soumettront des recommandations concrètes à la Conférence des Etats Parties qui tiendra sa deuxième assemblée début 2008.

2.8 Dispositions finales (art. 65 à 71)

2.8.1 Application de la Convention (art. 65)

Les art. 65 à 71 contiennent les dispositions finales usuelles concernant l'application de la convention, le règlement des différends, la signature, l'entrée en vigueur, l'amendement, la dénonciation, enfin le dépositaire et les langues.

Application de la convention (art. 65)

Chaque Etat Partie est tenu de prendre, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures nécessaires, y compris législatives et administratives, pour assurer l'exécution de ses obligations en vertu de la convention (*par. 1*). Chaque Etat Partie peut prendre des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la convention afin de prévenir et de combattre la corruption (*par. 2*).

Procédure de règlement des différends (art. 66)

L'art. 66 fixe la procédure de règlement des différends concernant l'interprétation ou l'application de la convention. Les Etats Parties doivent, tout d'abord, s'efforcer d'aplanir leurs différends par la voie de la négociation (*par. 1*). Dans une seconde phase, ceux-ci sont soumis à arbitrage à la demande de l'un des Etats Parties (*par. 2*). Enfin, si les Etats Parties ne sont toujours pas parvenus à s'entendre, la cause peut être déférée à la Cour internationale de Justice (*par. 2*).

Le libellé de l'art. 66 correspond à celui qui est utilisé dans d'autres conventions des Nations Unies auxquelles la Suisse est partie (notamment en matière de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée). Rappelons, en outre, que la Suisse a adhéré au Statut de la Cour internationale de Justice¹⁷⁷ et qu'elle en reconnaît la juridiction obligatoire au sens de l'art. 36 du statut.

Signature, ratification, entrée en vigueur et dénonciation (art. 67, 68 et 70)

La convention a été ouverte à la signature de tous les Etats du 9 au 11 décembre 2003, à Mérida (Mexique), puis, jusqu'au 9 décembre 2005, au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York (*art. 67, par. 1*). La convention a été signée

¹⁷⁷ RS 0.193.501; le statut est entré en vigueur pour la Suisse le 28 juillet 1948.

par 140 Etats et, à ce jour, 90 l'ont ratifiée. La Suisse a signé la Convention le 10 décembre 2003.

L'*art 68* dispose que la convention entre en vigueur le quatre-vingt-dixième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Pour les Etats qui ratifieront, accepteront ou approuveront la convention ou y adhéreront après le dépôt du trentième instrument, le *par. 2* prévoit que la convention entre en vigueur le trentième jour suivant la date de dépôt de l'instrument pertinent par lesdits Etats. La convention est entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

Enfin, tout Etat Partie peut dénoncer la convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (*art 70*).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour les finances et le personnel de la Confédération et des cantons

La ratification de la convention ne devrait, dans l'ensemble, pas avoir d'incidences directes sur les finances ni sur l'état du personnel. Comme le droit suisse satisfait d'ores et déjà pleinement aux exigences posées par la convention, il ne sera pas nécessaire de procéder à des modifications législatives.

Il se pourrait que la portée universelle de la convention se traduise par un surcroît de travail et de charges financières pour les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons et par une augmentation du nombre des demandes d'entraide judiciaire. Toutefois, les éventuelles incidences sur le plan financier et sur celui des effectifs ne pourront être estimées qu'une fois que l'on aura commencé à appliquer la convention.

Quant à la seule tâche nouvelle imposée à la Suisse par la convention, à savoir l'envoi de délégations aux Conférences des Etats Parties, conformément à l'*art. 63*, elle sera assumée avec les ressources humaines existantes.

3.2 Conséquences économiques

La ratification de la convention n'aura pas de conséquences directes pour l'économie. On peut cependant supputer que, notamment, le fait d'augmenter l'efficacité de la prévention et de la répression de la corruption se traduira, dans le monde entier, par une certaine diminution des préjudices que ce type de criminalité fait subir à l'économie.

Le présent projet n'a pas été annoncé dans le rapport du Conseil fédéral du 25 février 2004 sur le programme de la législature 2003 à 2007¹⁷⁸ car le projet de convention n'a été adopté par l'Assemblée plénière de l'ONU qu'à la fin de 2003.

L'arrêté fédéral portant approbation de la convention se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.) qui statue que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Quant à l'art. 184, al. 2, Cst., il habilite le Conseil fédéral à signer et à ratifier les traités internationaux. Pour sa part, l'Assemblée fédérale est compétente pour approuver lesdits traités, en vertu de l'art. 166, al. 2, Cst.

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst., sont sujets au référendum facultatif les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3).

La convention qui fait l'objet du présent message peut être dénoncée en tout temps et ne prévoit pas l'adhésion à une organisation internationale. Sa ratification n'exige aucune modification du droit suisse. En revanche, en adhérant à la convention, les Etats Parties s'engagent à satisfaire sur le plan national aux normes minimales prévues par celle-ci et à prendre au besoin les mesures législatives et autres mesures appropriées pour y parvenir. La mise en œuvre de ces normes exigerait l'adoption de nouvelles dispositions législatives fédérales, si la législation suisse actuelle ne contenait déjà les réglementations nécessaires.

L'arrêté de l'Assemblée fédérale portant approbation de la convention est donc sujet au référendum facultatif en matière de traités internationaux. Selon l'art. 163, al. 2, Cst. et l'art 24, al. 3, LParl¹⁷⁹, l'Assemblée fédérale doit approuver la convention sous la forme d'un arrêté fédéral.

La Suisse a ratifié la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et le Protocole additionnel à ladite Convention. Ces instruments visent à harmoniser, dans les Etats membres, les dispositions pénales réprimant la corruption et à renforcer ainsi la collaboration internationale. Leur mise en œuvre est notamment garantie par les examens de l'application auxquels se livrent réciproquement les Etats membres. Entamée sous l'effet de ces deux instruments, l'harmonisation au niveau européen des normes pénales définissant les éléments constitutifs de la corruption d'agents publics et de la corruption dans le secteur privé a progressé dans une notable mesure en raison du nombre relativement important d'Etats qui y ont adhéré. La

¹⁷⁸ FF 2004 1035 ss

¹⁷⁹ RS 171.10

Convention des Nations Unies contre la corruption permet de compléter ces efforts d'harmonisation à l'échelle mondiale.

Ces dernières années, l'Union européenne a également contribué à la lutte contre la corruption sur le plan international; ce faisant, elle a dans une large mesure aligné sa législation sur les dispositions existantes adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe, plus précisément sur celles de la Convention pénale¹⁸⁰. En outre, le 2 mars 2006, la Commission a soumis au Conseil un projet de décision concernant la signature de la convention des Nations Unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne¹⁸¹. Ainsi donc le projet qui vous est soumis est en harmonie avec le droit de l'UE, même si celui-ci n'a pas de portée contraignante pour la Suisse.

¹⁸⁰ V. message du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention; FF **2004** 6549 6605.

¹⁸¹ Proposition du 2 mars 2006 de Décision du Conseil concernant la signature de la convention des Nations unies contre la corruption au nom de la Communauté européenne COM 2006 0082 final.

Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	2007
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	43
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	07.078
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	23.10.2007
Date	
Data	
Seite	6931-6996
Page	
Pagina	
Ref. No	10 141 030

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.

Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.

I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.