



Chapitre de livre

1998

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La corruption de fonctionnaire : répression pénale d'un pacte

Cassani, Ursula

How to cite

CASSANI, Ursula. La corruption de fonctionnaire : répression pénale d'un pacte. In: Pacte, convention, contrat : mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin. Dufour, Aldred, Rens, Ivo, Meyer-Pritzl, Rudolf et Winiger, Bénédicte (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998. p. 207–226. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:10720>

La corruption de fonctionnaire: répression pénale d'un pacte¹

Ursula CASSANI

I. L'INTÉRÊT PUBLIC ASSERVI À L'INTÉRÊT PRIVÉ

La corruption est le pacte conclu entre deux personnes, aux termes duquel l'une, assumant une fonction publique ou privée, se voit accorder, directement ou indirectement, un avantage qui ne lui est pas dû, pour contrevenir aux devoirs qui lui incombent².

Le cas de figure classique est celui de l'agent de l'Etat qui, en violation de ses devoirs de fonction, commet ou omet un certain acte, parce qu'il s'est vu accorder ou promettre un avantage. Dans une optique plus large, la corruption peut être définie comme la trahison par un représentant des intérêts qui lui sont confiés; peu importe, sous cet angle, que le représenté soit une entité publique ou privée. A l'hypothèse de la corruption de fonctionnaire s'ajoute alors celle du pot-de-vin accordé à un représentant d'une entité économique non étatique, dans le but d'inciter celui-ci à violer les devoirs qui lui incombent vis-à-vis du représenté³. Nous limiterons toutefois notre examen

¹ Notre gratitude va à Madame Carole-Anne KAST et à Monsieur Yann WERMEILLE, assistants à la Faculté de droit, pour leur aide compétente dans la mise au point de cet article, ainsi qu'aux étudiants du séminaire de recherche en droit pénal 1997/1998, consacré aux délits de fonction.

² Cette définition large, qui inclut également la corruption privée, s'inspire de celle adoptée par le Parlement européen dans sa Résolution sur la lutte contre la corruption en Europe, du 15 décembre 1995, JOCE n° C 17/443 du 22.1.96.

³ *De lege lata*, ce cas de figure est régi, sur le plan pénal, par les art. 4 lit. b et 23 LCD, ainsi que par l'art. 158 CP réprimant la gestion déloyale et l'abus d'un pouvoir de représentation (Anne HÉRITIER, *Les pots-de-vin*, Genève 1981, pp. 89 ss, 94 ss; Anne HÉRITIER LACHAT, «La corruption, le droit civil, le droit de la concurrence et le droit fiscal», *Plaidoyer* 3/97, pp. 49 ss, p. 52; Christof MÜLLER, *Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG*, thèse, St-Gall 1997, *in toto*). Tout comme la corruption publique, la corruption privée entraîne en outre les sanctions prévues par le droit des contrats (HÉRITIER, *Pots-de-vin*, pp. 104-126 et pp. 143-173; HÉRITIER LACHAT, *Corruption*, pp. 49 ss).

au premier cas de figure, soit à celui de la corruption publique réprimée par les art. 288, 315 et 316 CP.

La corruption des agents de l'Etat vise à pervertir le processus de décision au sein de l'administration, afin d'asservir l'intérêt public à des fins personnelles⁴. Lorsqu'elle a pour but l'obtention d'un marché ou d'un contrat, la corruption fausse le jeu de la concurrence, ou plutôt en déplace l'objet, puisque le contrat ne sera pas adjugé au concurrent dont l'offre est la meilleure du point de vue des intérêts de la collectivité, mais à celui qui sait se montrer le plus persuasif par les avantages accordés à un fonctionnaire infidèle. Le coût social de cet infléchissement des lois de la concurrence est alors double: d'une part, le corrupteur tentera de répercuter l'avantage accordé au corrompu sur le prix payé par la collectivité pour sa prestation; d'autre part, dans un marché où les entreprises luttent pour leur survie, la corruption favorise une sélection fondée non sur des facteurs tels que la solidité de l'entreprise et la qualité du travail fourni, mais sur des critères extrinsèques, conduisant à un abaissement global du niveau des prestations.

II. LA CORRUPTION, UN THÈME ÉMERGENT DE LA POLITIQUE CRIMINELLE SUISSE

En Suisse comme ailleurs, l'émergence de la corruption en tant qu'objet d'étude et de politique criminelle est récente.

A. Représentations sociales et réalités: la Suisse, une île d'intégrité?

Aujourd'hui encore, l'image dominante en Suisse est celle d'un pays où règnent la transparence et l'intégrité, doté d'une classe politique honnête et de fonctionnaires servant fidèlement les intérêts de la collectivité. Cette image est confortée par le fait que la corruption a fort peu occupé les tribunaux suisses jusqu'à présent, puisque ceux-ci n'ont rendu guère plus d'une dizaine de condamnations par année en application des dispositions réprimant la corruption active (art. 288 CP) et passive (art. 315 CP), ainsi que l'acceptation

⁴ Marco BALMELLI, *Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Berne 1996, p. 6.

d'un avantage (art. 316 CP)⁵. S'ajoute à cette faible présence des affaires de corruption dans la pratique judiciaire suisse la conviction, probablement fondée, que notre pays constitue un terrain peu fertile pour la corruption politique de haut niveau, du fait de sa culture politique peu encline au «césarisme»⁶, du caractère multi-focal du pouvoir politique dû au fédéralisme et à l'existence des instruments de la démocratie directe qui peuvent à tout moment faire voler en éclats un arrangement conclu avec un agent public bénéficiant d'un pouvoir de décision.

Cela dit, les expériences de nos voisins démontrent que les apparences peuvent être trompeuses. Si la corruption fut généralement perçue en Italie, avant même le grand ménage politico-judiciaire appelé *mani pulite*, comme une donnée de base de la vie économique et politique, nos voisins français⁷ et allemands croyaient «vivre dans une île d'innocents non corrompus»⁸ jusqu'au jour où l'actualité judiciaire leur imposa l'abandon de cette illusion⁹. Or, certains auteurs opposent d'ores et déjà à l'image rassurante d'une Suisse préservée de la gangrène celle d'un pays dans lequel la corruption s'installe progressivement comme un système généralisé reposant sur l'exploitation de dépendances et de réseaux de relations¹⁰.

⁵ Condamnations pénales définitives prononcées par les tribunaux suisses (renseignements de l'Office fédéral de la statistique):

	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
art. 288	15	11	5	5	7	7	7	10	13	9
art. 315	1	0	0	2	2	0	2	1	1	1
art. 316	3	2	0	1	1	1	0	0	1	0

⁶ Expression employée par LAMO DE ESPINOSA pour décrire la situation espagnole (E. LAMO DE ESPINOSA, «Corruption politique et éthique économique en Espagne», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 261 ss, p. 265.

⁷ Philippe ROBERT, «La justice française et les affaires de corruption», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 239 ss, p. 239.

⁸ Werner RÜGEMER, «La justice allemande et la corruption», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 275 ss, p. 275.

⁹ Alors que la police allemande avait en moyenne connaissance de 167 cas de corruption pendant les années 1963-70 (pour l'Allemagne de l'Ouest seulement), ce chiffre se monte à 3253 pour l'année 1994 (pour toute l'Allemagne); cf. Dieter DÖLLING, «Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?», in: Gutachten C., *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Munich 1996, vol. I, p. C 13. Nonobstant cette évolution, DÖLLING estime que le chiffre noir reste important (p. C 16 ss).

¹⁰ «...ein flächendeckendes, auf die Ausnützung von Abhängigkeit und Beziehungen beruhendes System», BALMELLI, *Bestechungstatbestände* (n. 4), p. 2; également Mark PIETH, «Die Bestechung schweizerischer und ausländischer Beamter», in: *Strafrecht und Öffentlichkeit*, Zurich 1996, pp. 233 ss, p. 235; à l'opposé, le groupe de travail «Sicherheits-

En l'absence de données fondées sur des recherches empiriques, l'ampleur réelle des pratiques dans le domaine des paiements illicites est encore inconnue. Une certitude existe cependant: l'on ne saurait se fonder sur le nombre très faible des condamnations prononcées par les tribunaux suisses pour en déduire que la corruption est un phénomène marginal dans les pratiques sociales effectives. Dans ce domaine comme dans tout autre, la production du système de justice pénale est entièrement tributaire de ceux qui l'alimentent par la dénonciation d'infractions¹¹. Or, plusieurs facteurs contribuent à préserver les corrupteurs d'un renvoi à la justice pénale. Les deux principaux intéressés, soit le corrupteur et le corrompu, ont un intérêt convergent à la sauvegarde du secret qui entoure leur transaction, du moins aussi longtemps que se poursuivent leurs relations mutuellement profitables. Ce souci de discrétion peut d'ailleurs être partagé par l'administration dont l'agent est corrompu, qui préfère régler l'affaire sur le plan interne plutôt que de la porter sur la place publique. Restent ceux qui subissent un préjudice immédiat ou médiat du fait de la corruption, soit non seulement les tiers écartés – concurrents malheureux dans l'adjudication d'un contrat ou partie condamnée par un juge indélicat à payer des sommes qui ne sont pas dues – mais également le contribuable. Ces victimes ultimes de la corruption auraient certes un intérêt économique évident à porter l'affaire sur la place publique, mais elles n'ont en général pas connaissance du marché secret dont elles ont fait les frais.

Ces facteurs nous conduisent à formuler l'hypothèse que le chiffre noir est relativement élevé et qu'une proportion importante des cas de corruption ne parviennent pas à la connaissance du système de justice pénale. Le taux de dénonciation pourrait cependant évoluer en fonction de l'acuité avec laquelle le phénomène de la corruption est perçu, notamment au sein de l'administration elle-même. Il faut donc s'attendre à ce que l'attention croissante suscitée dans les médias par quelques affaires récentes à haute visibilité sociale, à l'instar du procès Huber¹², entraîne un effet de boule de neige¹³.

prüfung und Korruption» du DFJP dresse un état des lieux très rassurant dans son rapport final rendu en octobre 1996 (pour une appréciation critique, cf. Marco BALMELLI/Christof SCHWYZER, «Der Korruptionsbericht – ein Beruhigungsmittel!», *NZZ* du 28 janvier 1997).

¹¹ ROBERT, *Justice française* (n. 7), p. 240.

¹² Raphael Huber, à l'époque chef du service des autorisations de commerce à Zurich, avait octroyé des autorisations et patentes en échange d'avantages plus ou moins subtilement déguisés (prêts sans intérêts ou partiellement remboursables; vente à un prix surfait de toiles peintes par son père, etc.). L'affaire a eu un retentissement particulier en raison de l'identité des personnes impliquées du côté actif, bien établies à Zurich.

B. L'émergence d'une problématique

Nonobstant le faible nombre des affaires portées devant les tribunaux, la lutte contre la corruption s'impose progressivement comme un thème majeur de la politique criminelle suisse. Elle retient l'intérêt soutenu de la doctrine depuis quelques années¹⁴. Les premières recherches empiriques sur le sujet ont été lancées en 1995 dans le cadre du programme national de recherche *Violence au quotidien et crime organisé* du Fonds national suisse de la recherche scien-

Condamné par contumace pour abus d'autorité, corruption passive et acceptation d'un avantage par le Bezirksgericht de Zurich (RSJ 1996, p. 13), Huber a fait appel.

¹³ Constat fait par ROBERT à propos de la situation française (Justice française [n. 7], p. 240); pour l'Allemagne, SCHAEFER parle du déferlement d'une vague déclenchée par une affaire découverte par hasard à Francfort en 1987 (Hans Christoph SCHAEFER, «Referat», in: *Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Munich 1996, vol. II/1, pp. L 9 ss, p. L 10); cf. également Hans Rudolf CLAUSSEN, *Korruption im öffentlichen Dienst*, Cologne (etc.) 1995, p. 7 s.; Werner VAHLENKAMP/Ina KNAUSS, *Korruption – hinnehmen oder handeln*, Wiesbaden 1995, p. 19.

¹⁴ On citera notamment les Actes du IXe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 3-5 février 1994, Marco BORGHI/Patrice MEYER-BISCH (éd.), *La corruption, l'envers des droits de l'homme*, Fribourg 1995, ainsi que les articles et ouvrages de doctrine récents: BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4); Paolo BERNASCONI, «Die Bestechung von ausländischen Beamten nach schweizerischem Straf- und Rechtshilferecht zwischen EG-Recht und neuen Antikorruptions-Staatsverträgen», *RPS* 1992, pp. 383 ss; *id.*, «La corruzione di pubblici ufficiali stranieri», *Rivista trimestriale di diritto penale dell'economia* 1993, pp. 1 ss; *id.*, «Internationale Anti-Korruptions Konvention – Entwurf und Kommentar», in: *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, Zurich 1994, pp. 423 ss; *id.*, «Nature et contenu juridique d'une convention internationale contre la corruption», *Riv. di Studi politici internazionali* 1995, LXII, 2, pp. 280 ss; *id.*, «Présentation d'un projet de convention internationale contre la corruption», in: BORGHI/MEYER-BISCH, *op. cit.*, pp. 209 ss; Marco BORGHI/Nicolas QUELOZ, «Lücken und beschränkte Wirksamkeit des schweizerischen Rechts gegenüber Korruption: Die Voraussetzungen für eine interdisziplinäre Untersuchung», *recht* 15 (1997), pp. 16 ss; Ursula CASSANI, «Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires», *Plädoyer* 3/97, pp. 44 ss; Maurice HARARI, «Corruption à l'étranger: quel sort réserver aux fonds saisis en Suisse?», *RPS* 1998, pp. 1 ss; HÉRITIER, Pots-de-*vin* (n. 3); HÉRITIER LACHAT, *Corruption* (n. 3); PIETH, *Bestechung* (n. 10); *id.*, «Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität», *ZStW* 1997, pp. 757 ss; *id.*, «Korruption – ein Thema?», in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, *Baurechstagung 1997*, vol. II, Fribourg 1997, pp. 31 ss; *id.*, «Strafrechtsvereinheitlichung durch 'Soft Law' am Beispiel der Korruptionsbekämpfung», in: *Recht, Macht und Gesellschaft*, Zurich 1995, pp. 107 ss; *id.*, «Die verjährungsrechtliche Einheit gemäss Art. 71 Abs. 2 StGB bei Bestechungsdelikten», *BJM* 1996, pp. 57 ss; Nicolas QUELOZ, «Crise de valeurs et processus de corruption: au-delà de la stratégie pénale», *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1996/3, pp. 330 ss; *id.*, «Le problème de la corruption en droit pénal suisse, en particulier dans le domaine de la construction», *RPS* 1997, pp. 409 ss.

tifique¹⁵. Le Département Fédéral de Justice et Police a chargé un groupe de travail d'évaluer la situation en Suisse, ainsi que les possibilités d'action future. Le rapport final de ce groupe, rendu en octobre 1996¹⁶, a été suivi par l'élaboration d'un projet de loi révisant les infractions en matière de corruption par le professeur Mark PIETH, mandaté comme expert¹⁷.

Sans doute la cause première de cet intérêt nouveau réside-t-elle dans la perméabilité de notre politique criminelle à celle de nos pays voisins, ainsi qu'aux efforts de sensibilisation entrepris sur le plan international¹⁸. S'ajoute à cela que les procédures conduites dans le cadre des enquêtes menées en Italie, en France et ailleurs, ont eu de nombreuses retombées en Suisse, sous la forme de requêtes d'entraide internationale en matière pénale, et que les magistrats instructeurs des cantons abritant une place financière forte ont été confrontés au thème de la corruption par ce biais.

III. LA RÉPRESSION PÉNALE DE LA CORRUPTION EN DROIT SUISSE

A. Le dispositif légal mis en place par le Code pénal suisse

La loi suisse consacre deux dispositions au serviteur de l'Etat qui accepte un avantage indu dans le cadre de ses fonctions, soit la corruption passive (art. 315 CP) et l'acceptation d'un avantage (art. 316 CP). La première de ces infractions est commise par les *«membres d'une autorité, les fonctionnaires, les personnes appelées à rendre la justice, les arbitres, les experts, traducteurs ou interprètes commis par l'autorité qui, pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge, auront d'avance sollicité, accepté ou se seront fait promettre un don ou quelque autre avantage auquel ils n'avaient pas droit»*. La seconde infraction (art. 316 CP) réprime l'avantage sollicité ou accepté par les agents publics *«pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions»*. Le par-

¹⁵ L'un des projets est présenté par l'un de ses auteurs dans QUELOZ, *Crise de valeurs* (n. 14), pp. 332 ss.

¹⁶ *Schlussbericht der Arbeitsgruppe «Sicherheitsprüfungen und Korruption»*, anonymisée Ausgabe, Berne, ronéo, octobre 1996.

¹⁷ Le projet, remis au chef du DFJP à la fin de l'année 1997, n'a pas encore été rendu public à la date où nous finalisons le manuscrit.

¹⁸ PIETH, *Soft Law* (n. 14), p. 108 ss; cf. sect. IV ci-dessous. Il est à noter que la Suisse, par l'intermédiaire du professeur Mark PIETH, a été non seulement partie prenante, mais extrêmement active, dans le cadre des travaux récents de l'OCDE.

ticulier, quant à lui, tombe sous le coup de l'art. 288 CP réprimant la corruption active, lorsqu'il accorde un avantage au fonctionnaire dans le but d'obtenir de lui un acte contraire aux devoirs découlant de sa charge.

L'art. 288 CP réprimant la corruption active fait partie des infractions contre l'autorité publique, tandis que les art. 315 et 316 CP sont rangés parmi les infractions contre les devoirs de fonction. Nonobstant leur position systématique différente dans le Code pénal, les versants actif et passif de la corruption portent atteinte ou mettent en danger le même bien juridique, à savoir le caractère régulier et impartial du processus de décision au sein de l'administration¹⁹. Le but ultime et commun de ces dispositions est la sauvegarde de l'égalité des citoyens devant l'acte public ou administratif²⁰.

La sanction varie selon l'incrimination considérée. Le particulier qui se rend coupable de corruption active commet un délit passible de l'emprisonnement pour trois ans au plus et de l'amende, alors que la corruption passive constitue un crime passible de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement. La peine-menace applicable au fonctionnaire passe à la réclusion pour cinq ans, avec un seuil minimum d'un mois d'emprisonnement, s'il viole effectivement les devoirs de sa charge. Enfin, l'infraction à l'art. 316 CP est un délit passible de l'emprisonnement pour six mois au plus et de l'amende. Le fonctionnaire indélicat peut, en outre, être déclaré indigne de revêtir la charge ou la fonction officielle en application de l'art. 51 CP.

Les valeurs patrimoniales qui sont le résultat de l'infraction, ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, sont sujettes à la confiscation (art. 59 ch. 1 CP); si elles ne sont plus dans le patrimoine de l'auteur, le juge ordonnera une créance compensatrice (art. 59 ch. 2 CP). La confiscation portera non seulement sur les avantages matériels obtenus par le corrompu, mais également sur tout avantage matériel contraire au droit retiré par le corrupteur du pacte conclu, par exemple les gains réalisés par l'exécution d'un contrat obtenu grâce à la corruption²¹,

¹⁹ Dans un sens comparable, BALMELLI, *Bestechungstatbestände* (n. 4), p. 88.

²⁰ Dans ce sens, QUELOZ, *Problème de la corruption* (n. 14), p. 412; Marco BORGHI, «Les droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse», in: BORGHI/MEYER-BISCH (éd.), *La corruption* (n. 14), p. 7; également BORGHI/QUELOZ, *Lücken* (n. 14), p. 22.

²¹ La question de l'étendue de la confiscation – valeur brute ou valeur nette, sous déduction des frais liés à l'obtention de la valeur patrimoniale – reste controversée. Jurisprudence et doctrine reconnaissent une certaine validité à chacune des deux théories (Stefan TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2e éd., Zurich 1997, n. 12 ad art. 59; Niklaus SCHMID, «Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.», *RPS* 1995, p. 321, p. 338, se prononce «tendanciellement» pour le principe de la valeur nette; le Tribunal fédéral exprime une préférence marquée pour la théorie brute, ATF

voire les dépenses évitées²² grâce à la complaisance d'un fonctionnaire qui «ferme un oeil» et ne perçoit pas une somme due, ne constate pas un défaut de la chose livrée ou omet de relever un état de fait qui obligerait le corrupteur à prendre des mesures coûteuses, en particulier en matière de protection de l'environnement, de la santé ou de la sécurité d'autrui, etc.

L'art. 315 CP étant un crime, les actes entravant la confiscation des valeurs patrimoniales qui en sont issues relèvent du blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP); contrairement à l'opinion de TRECHSEL²³, le blanchiment peut également porter sur les gains réalisés par le corrupteur, puisque ceux-ci peuvent être considérés non seulement comme le produit du délit réprimé à l'art. 288 CP, mais également du crime commis par le fonctionnaire.

B. Le contenu du pacte de corruption: un échange «*do ut des*»

La corruption est le pacte qui vise à l'échange de deux prestations réciproques: le corrupteur offre, accorde ou promet un avantage au fonctionnaire corrompu, en échange d'un acte futur de la part de ce dernier. Telle qu'elle est définie actuellement en droit suisse, de même d'ailleurs qu'en droit français²⁴, la corruption suppose un lien de réciprocité (*Äquivalenzverhältnis*) entre les prestations fournies ou au moins offertes, promises ou attendues de part et d'autre; toutefois, aussi bien l'art. 288 CP que l'art. 315 CP font intervenir la sanction pénale en amont de la conclusion effective de l'accord, puisque l'offre du particulier qui n'est pas acceptée (art. 288 CP) et la sollicitation par le fonctionnaire qui n'est pas suivie d'effets (art. 315 et 316 CP) sont déjà constitutives de l'infraction consommée.

123 IV 70; 103 IV 142). En matière de corruption, il serait éthiquement insoutenable de soustraire de l'avantage économique réalisé par le corrupteur l'«investissement» que représente le montant payé au corrompu, sauf lorsque le corrupteur est dans une situation de détresse particulière. A l'inverse, la prise en compte des coûts ordinaires encourus de manière licite dans l'exécution du contrat obtenu grâce à la corruption, tels que les frais de production, paraît à la fois économiquement justifiée et acceptable sous l'angle éthique.

²² ATF 119 IV 10, 16; TRECHSEL, Kurzkomentar (n. 21), n. 1 ad art. 59.

²³ TRECHSEL, Kurzkomentar (n. 21), n. 6a ad art. 288. L'opinion concurrente exprimée par PIETH (Bestechung [n. 10], p. 248) se limite à l'hypothèse de la corruption d'un fonctionnaire étranger *de lege ferenda*; la corruption passive n'entre alors pas en considération, comme acte préalable au blanchiment, en raison des vues en matière de double punissabilité défendues par cet auteur (cf. Sect. III, A ci-dessous).

²⁴ Art. 432-11 ch. 1 et 433-1 ch. 1 N.C.P. Fr.; la doctrine française qualifie ce lien de «lien de causalité» (André VITU, «Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique», *Juris-Classeur 1993*, p. 17 s.).

Pour que les art. 288, 315 et 316 CP puissent s'appliquer, il faut et il suffit que le lien de connexité entre l'avantage consenti et l'acte futur du fonctionnaire soit réalisé subjectivement, dans l'esprit des parties en présence. En l'absence d'une détermination explicite et précise de la prestation attendue de la part du corrompu, la jurisprudence exige «*au moins un lien suffisant entre l'avantage et un ou plusieurs actes futurs du fonctionnaire, déterminables de manière générique*» (ATF 118 IV 316). En dépit de cette conception large, les dispositions pénales actuelles sont inaptes à saisir deux types d'avantages, même lorsqu'ils dépassent des valeurs modiques: d'une part, ceux qui sont destinés à récompenser le fonctionnaire pour son comportement passé et, d'autre part, ceux qui sont fournis sans contrepartie déterminable. C'est ainsi, pour prendre un exemple tiré de la jurisprudence soleuroise, que l'action pénale en raison de l'infraction à l'art. 316 CP s'est soldée par un acquittement dans le cas du «voyage d'étude» en Espagne offert par la Kernkraftwerk Gösgen-Däniken A.G. à soixante-dix fonctionnaires et particuliers, dont le Conseil d'Etat du canton de Soleure *in corpore*. Le tribunal semble avoir fondé sa décision sur la considération qu'aucun acte de la part du gouvernement soleurois en relation avec la centrale nucléaire n'était prévisible au moment où le voyage fut entrepris²⁵.

Certains auteurs²⁶, dont l'expert Mark PIETH²⁷, considèrent que l'exigence du lien de réciprocité constitue un obstacle indésirable à la répression, dans la mesure où elle rend le droit pénal inapte à saisir la corruption comme processus évolutif. Les études récentes de cas de corruption en Allemagne ont démontré que l'instauration du lien entre les parties débute souvent par une phase d'approche (*Anfütterungsphase*), dans laquelle le corrupteur «apprivoise» sa proie en lui accordant de menus avantages, anodins en apparence et sans lien évident avec une contreprestation future²⁸. Dans certains cas, ces cadeaux sont distribués de manière large, selon le principe de l'arrosoir, dans le but d'identifier les fonctionnaires particulièrement enclins à faire preuve de gratitude.

Pour saisir également les avantages remis pendant cette phase d'approche, de même que les récompenses pour services déjà rendus, BALMELLI et PIETH proposent de créer une infraction de base, applicable à titre subsidiaire,

²⁵ Résumé par Peter HAENNI, *Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstrecht*, Fribourg, 1993, p. 6 s.

²⁶ BALMELLI, *Bestechungstatbestände* (n. 4), p. 14, p. 282; BORGHI/QUELOZ, *Lücken* (n. 14), p. 21.

²⁷ PIETH, *Bestechung* (n. 10), p. 243; *id.*, *Korruption* (n. 14), p. 47 s.

²⁸ CLAUSSEN, *Korruption* (n. 13), p. 13; VAHLENKAMP/KNAUSS, *Korruption* (n. 13), p. 298.

visant tout avantage octroyé au fonctionnaire en relation avec sa position²⁹. Quant au groupe de travail *Sicherheitsprüfungen und Korruption*, il propose deux solutions alternatives, l'abandon de l'*Äquivalenzverhältnis* ou la renonciation à l'exigence que l'acte pour lequel l'avantage est octroyé soit postérieur à l'accord, la promesse ou la sollicitation³⁰. La proposition de créer une incrimination de portée générale réprimant l'octroi de tout avantage accordé en relation avec la fonction avait également été envisagée en Allemagne³¹, à l'occasion de la révision des infractions en matière de corruption par une loi adoptée le 13 août 1997 (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KBG*³²); elle a été écartée en faveur d'une voie médiane consistant en un simple assouplissement de l'*Äquivalenzprinzip* par l'exigence d'un lien entre l'avantage octroyé et l'exercice de la charge officielle («für die Dienstausübung»)³³.

Une incrimination réprimant toute libéralité en relation avec la position officielle du fonctionnaire élargirait de manière très considérable la répression en matière de corruption, puisqu'elle constituerait un délit obstacle visant des comportements de mise en danger abstrait, qui sont propres à créer l'apparence de la vénalité, mais non à influencer concrètement l'activité de

²⁹ BALMELLI, Bestechungstatbestände (n. 4), pp. 91, 280 ss; PIETH, Bestechung (n. 10), p. 243.

³⁰ Schlussbericht (n. 16), p. 81.

³¹ Le Land de Berlin avait fait une proposition de loi exigeant un simple lien entre l'avantage accordé et la fonction occupée par le bénéficiaire («im Zusammenhang mit seinem Amt»); Gesetzesantrag des Landes Berlin vom 24. 5. 1995, BR-Drs 298/95; cette proposition a été reprise par le Bundesrat (Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 3.11. 1995, BR-Drs 298/95). Sur les projets de loi, cf. Wolfgang SCHAUPENSTEINER, «Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, eine scharfe Waffe gegen ein verbreitetes Übel?», *Kriminalistik* 1996, pp. 237 ss; Bernd-Rüdeger SONNEN, «Eindämmung der Korruption», *Neue Kriminalpolitik* 3/1996, pp. 6 ss.

³² BGBl 1997 I p. 2038, entrée en vigueur le 20 août 1997.

³³ § 331 et 333 CP allemand révisés, réprimant l'octroi et l'acceptation d'avantages; la solution retenue a été fortement influencée par les travaux des juristes allemands, réunis lors de leur 61e Congrès annuel, qui s'étaient ralliés à la proposition du rapporteur DÖLLING (Gutachten C [n. 9], p. C 65), exigeant un lien avec l'activité, et non seulement avec la position, du fonctionnaire (Verhandlungen [n. 13], p. L 57). La notion d'avantage en relation avec l'exercice de la charge incombant au fonctionnaire n'emporte pas renonciation à l'existence d'un pacte unissant les parties. La révision a simplement modifié le contenu de ce dernier, dans le sens que la volonté concordante des parties ne porte plus sur l'échange entre l'avantage octroyé et un acte précis du fonctionnaire, mais sur le lien entre cet avantage et l'activité concrètement exercée par ce dernier (cf. Wolfgang SCHAUPENSTEINER, «Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, Erstes Etappenziel erreicht», *Kriminalistik* 1997, pp. 699 s.; Matthias KORTE, «Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts», *NSZ* 1997, pp. 513 ss, p. 514).

l'administration. Le danger qui est ainsi créé est bien plus abstrait et éloigné encore que celui qui est actuellement visé par l'art. 316 CP, qui se contente pourtant d'avantages dont le but est l'obtention de la part du fonctionnaire d'un acte parfaitement conforme à ses devoirs. L'incrimination proposée assortirait ainsi d'une sanction pénale un comportement que le législateur a sciemment abandonné au seul droit disciplinaire³⁴. Ce dernier interdit au fonctionnaire, de manière générale, «*de solliciter, d'accepter ou de se faire promettre pour lui ou pour autrui, en raison de sa situation officielle, des dons ou autres avantages*» (art. 26 al. 1 StF³⁵), sous réserve des «*gratifications modiques ayant le caractère de pourboires usuels et d'attentions*»³⁶.

Des arguments sérieux s'opposent à la création d'un délit obstacle réprimant les avantages accordés à un fonctionnaire sans aucun lien avec une contre-prestation de sa part. En premier lieu, une telle norme porterait en elle le danger d'un renversement du fardeau de la preuve³⁷, puisque toute personne offrant un avantage quelconque à un fonctionnaire serait, de fait, présumée le faire en raison de la position de ce dernier. Il incomberait donc à celui-ci d'établir les éléments qui font apparaître ce cadeau comme totalement étranger à la charge qu'il exerce, compte tenu, par exemple, des liens privés qui l'unissent au donateur. En second lieu, l'incrimination de tout avantage accordé à un fonctionnaire en relation avec sa position aurait pour conséquence fâcheuse de lui interdire l'acceptation de prestations qui sont également dans l'intérêt du service, par exemple un repas d'affaires dans lequel est discutée l'exécution d'un contrat déjà attribué ou un cours de formation offert gratuitement par des particuliers. Tomberait également sous le coup de la loi le soutien financier accordé par les sponsors aux activités récréatives collectives de fonctionnaires, telles que la course de ski annuelle des maîtres d'école ou le match amical opposant deux clubs de football de la police.

³⁴ Le dispositif mis en place dans le Code pénal de 1937 repose sur la subsidiarité du droit pénal vis-à-vis du droit disciplinaire; Emil ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'avant-projet de Code pénal suisse d'avril 1908*, trad. Gautier 1914, p. 405.

³⁵ Statut des fonctionnaires (StF), RO 172.221.10 du 30 juin 1972, révisé par la LF du 19 décembre 1986; la loi genevoise emploie des termes semblables (art. 22 Règlement d'application genevois de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale du 7 décembre 1987; RSLG B 5 05.01).

³⁶ Art. 20 al. 2 Règlement des fonctionnaires 1, du 10 novembre 1959, RS 172.221.101; art. 24 RF 2, applicable aux agents des PTT et des CFF (RS 172.221.102); lorsque la nature du service ou l'indépendance du fonctionnaire l'exige, l'acceptation de telles prestations peut cependant également être interdite par l'autorité compétente. L'art. 32 al. 2 RF 3 (172.221.102.103) règle le cas particulier des avantages divers liés aux fonctions exercées par le personnel diplomatique.

³⁷ Klaus VOLK, «Referat», in: Verhandlungen (n. 13), pp. L 35 ss, p. L 41.

Enfin, l'incrimination générale de tout avantage accordé à un fonctionnaire en relation avec sa position serait contraire aux usages qui existent dans certaines professions; on songe à l'exemple souvent cité du pourboire qu'il est usuel dans certaines régions de donner au facteur, aux pompiers ou aux éboueurs au moment des Fêtes, ou encore aux cadeaux publicitaires que certaines entreprises distribuent aux employés de leurs clients potentiels. L'incrimination des avantages accordés sans contre-prestation serait donc inconcevable en l'absence de critères clairs permettant l'identification des libéralités de peu d'importance correspondant aux usages (*sozialadäquat*)³⁸. Or, dans la mesure où les règlements de service des fonctionnaires énoncent certains principes en la matière³⁹, ces derniers sont peu précis et appellent des concrétisations. Le groupe de travail institué par le Département Fédéral de Justice et Police recommande à cet égard d'exempter de la répression pénale les cadeaux de politesse ne dépassant pas Frs. 100.—, à condition qu'ils soient annoncés par le fonctionnaire⁴⁰. Le critère proposé est donc double: il faut à la fois que la valeur économique ne dépasse pas la limite fixée et que l'avantage ne soit pas confidentiel.

C. Corruption active et passive: inégalité de traitement entre deux actes complémentaires

La corruption active est un délit commun qui ne suppose aucune qualité particulière de la part de l'auteur. A l'inverse, les infractions aux art. 315 et 316 CP constituent des délits propres purs qui ne peuvent être commis que par les personnes expressément visées par la loi. Il s'agit des fonctionnaires au sens de l'art. 110 ch. 4 CP et des membres d'une autorité, y compris les personnes appelées à rendre la justice, ainsi que des arbitres et des personnes qui assistent l'autorité en tant qu'experts, traducteurs ou interprètes. Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, la qualité de fonctionnaire s'apprécie selon des critères matériels: il suffit, dès lors, que l'auteur exerce une fonction pour le compte de l'administration, dans laquelle il accomplit des tâches in-

³⁸ Dans ce sens également PIETH, *Bestechung* (n. 10), p. 249.

³⁹ Cf. n. 36 ci-dessus.

⁴⁰ *Schlussbericht* (n. 16), pp. 79 et 80.

combant, de par leur nature, à la collectivité publique⁴¹. Cette interprétation très souple va cependant au-delà de la définition légale énoncée à l'art. 110 ch. 4 CP, qui déclare que le «*terme fonctionnaire s'applique au fonctionnaire et à l'employé d'une administration publique ou de la justice*», y compris les personnes occupant une fonction ou un emploi à titre provisoire ou temporaire, posant ainsi l'exigence d'un lien juridique dans lequel l'auteur est subordonné à la collectivité et rémunéré par elle.

En dissociant le versant actif du versant passif de la corruption, la loi suisse fait bénéficier le corrupteur d'un régime juridique privilégié vis-à-vis de celui qu'elle réserve au fonctionnaire corrompu. D'une part, la corruption passive au sens de l'art. 315 CP constitue un crime, alors que la corruption active réprimée à l'art. 288 CP ne constitue qu'un simple délit. D'autre part, l'art. 316 CP réprimant l'acceptation d'un avantage en vue de commettre un acte non contraire aux devoirs incombant au fonctionnaire ne connaît pas de contrepartie active. Or, la doctrine dominante, à l'instar de la jurisprudence, considère que l'art. 288 CP règle exhaustivement la punissabilité du corrupteur et ne laisse aucune place aux dispositions ordinaires gouvernant la participation⁴². Il en découle que l'absence de pendant du côté actif à l'infraction réprimée à l'art. 316 CP constitue un silence qualifié de la loi.

Le motif invoqué pour justifier ce traitement inégal des deux parties au pacte est que le fonctionnaire viole le devoir de fidélité qui le lie à la collectivité, ce qui n'est pas le cas du simple citoyen qui le corrompt⁴³. La création

⁴¹ ATF 121 IV 220; Jörg REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2e éd., Zurich 1996, p. 405; PIETH, *Korruption* (n. 14), p. 46; TRECHSEL, *Kurzkommentar* (n. 21), n. 11 ad art. 110. De manière plus nuancée, BALMELLI (*Bestechungstatbestände* [n. 4], p. 109 ss, p. 127) retient que lorsque le critère formel de l'existence d'un statut de fonctionnaire ou d'employé en vertu du droit public est réalisé, cette circonstance est toujours déterminante. S'agissant des employés des établissements de droit privé dominés par l'Etat, BALMELLI admet que leurs employés sont des fonctionnaires au sens large, alors que, dans le cas des établissements de droit privé jouissant d'une large autonomie, seules les personnes exerçant des tâches relevant de la souveraineté étatique possèdent cette qualité.

⁴² BALMELLI, *Bestechungstatbestände* (n. 4) p. 225; Rudolf GERBER, «Zur Annahme von Geschenken durch Beamte des Bundes», *RPS* 1979, p. 248; REHBERG, *Strafrecht IV* (n. 41), p. 410; TRECHSEL, *Kurzkommentar* (n. 21), n. 8 ad art. 288, n. 10 ad art. 315; Günter STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 4e éd., Berne 1995, § 57 n. 13. La doctrine plus ancienne appliquait les règles ordinaires en matière de participation (Ernst HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, BT II*, Zurich 1943, pp. 756 et 761; Paul LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (art. 213 à 332)*, Neuchâtel/Paris 1956, n. prélim. 4 ad art. 312, n. 7 ad art. 316; Philipp THORMANN/Alfred VON OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, II, BT, Einführung und Anwendung*, Zurich 1941, n. 5 ad art. 316).

⁴³ TRECHSEL, *Kurzkommentar* (n. 21), n. 6a ad art. 288.

d'une infraction spéciale de moindre gravité visant la participation d'un particulier à un délit de fonction constitue toutefois une exception dans le Code pénal. L'application des règles générales gouvernant la participation aux délits propres purs conduirait à infliger à l'*extraneus* qui se rend coupable d'instigation la même peine qu'à l'auteur principal (art. 24 CP), alors que le complice bénéficierait d'une atténuation facultative de la peine (art. 25 CP).

Du point de vue de l'intérêt social lésé par la corruption, soit l'égalité des citoyens devant l'administration, la différence de traitement entre les deux parties au pacte de corruption ne se justifie pas⁴⁴. Le serviteur de l'Etat est peut-être le dépositaire des règles garantissant l'égalité des chances des citoyens, mais c'est le corrupteur qui tire profit de l'infléchissement de ces mêmes règles en sa faveur et en défaveur des tiers éliminés⁴⁵. Quant au rôle tenu par les parties respectives dans la perpétration de l'infraction, toutes les constellations sont imaginables: l'initiative du pacte peut certes émaner du fonctionnaire qui peut user de pressions allant jusqu'à l'extorsion, mais elle peut également être le fait du particulier, qui soumet le fonctionnaire à sa volonté par une stratégie subtile, mêlant flatterie, générosité et chantage.

Enfin, sur le plan de l'action pénale, la peine-menace plus clémentine qui frappe le corrupteur se traduit par un délai de prescription plus bref, soit de cinq ans au lieu de dix (art. 70 CP). Il se peut donc que le fonctionnaire soit seul jugé pour une infraction dont le versant actif est prescrit. Cette circonstance peut faciliter l'enquête à certains égards, étant entendu que les corrupteurs, qui ne risquent plus la condamnation pénale, coopéreront d'autant plus librement avec les autorités; elle n'en reste pas moins contraire à l'équité.

De lege ferenda, il se justifierait, par conséquent, d'ériger la corruption active en crime et de créer une incrimination visant la contrepartie active de l'art. 316 CP⁴⁶.

⁴⁴ Dans ce sens, BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 21.

⁴⁵ L'objection de TRECHSEL, qui estime que le corrupteur ne retire qu'un bénéfice de moindre importance de la corruption (Kurzkomentar [n. 21], n. 6a ad art. 288), ne tient pas compte des bénéfices énormes qui peuvent être réalisés grâce à l'obtention d'un marché. L'on ne saurait, par ailleurs, se rallier à l'argument de TRECHSEL (*loc. cit.*) en vertu duquel les actes constitutifs de l'art. 288 seraient plus largement définis que ceux de l'art. 315 CP. L'art. 288 CP réprime certes, au titre de l'infraction consommée, la simple offre; en contrepartie, l'art. 315 CP vise la sollicitation par le fonctionnaire, soit un comportement qui est également en amont du pacte.

⁴⁶ Il s'agit là également des propositions du groupe de travail *Sicherheitsprüfungen und Korruption* (Schlussbericht, n. 16, p. 81).

III. LA DIMENSION INTERNATIONALE

A. *De lege lata*: la corruption d'un fonctionnaire étranger, un acte pénalement indifférent

Comme toute infraction pénale, la corruption peut avoir une dimension internationale. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une compagnie suisse désireuse d'obtenir un contrat à l'étranger fait un paiement illicite à un fonctionnaire haut placé du pays concerné, ou encore lorsque le corrupteur et le corrompu, tous deux étrangers, conviennent d'un avantage accordé au fonctionnaire par l'intermédiaire du système bancaire suisse.

Le droit pénal suisse ne réprime pas la corruption de fonctionnaires étrangers. Cette limitation n'est pas posée par la lettre de la loi, puisque ni la définition légale de la notion de fonctionnaire à l'art. 110 ch. 4 CP ni la formulation des incriminations contenues aux art. 288, 315 et 316 CP n'exigent expressément que la personne corrompue soit un agent d'une autorité administrative suisse. Elle découle du but des infractions contre l'autorité publique (dont l'art. 288 CP) et contre les devoirs de fonction (dont les art. 315 et 316 CP) qui consiste à protéger des intérêts juridiques nationaux.

Notre ordre juridique détourne ainsi son regard des paiements effectués par des ressortissants suisses à l'étranger, considérant que les intérêts commerciaux des entreprises helvétiques sur les marchés étrangers ne peuvent être sauvegardés que si celles-ci sont en mesure de se plier aux «usages locaux» et préserver ainsi leur égalité de chances avec leurs concurrents. Le droit suisse n'est d'ailleurs pas le seul à adhérer à cette conception égoïstement étriquée de la lutte contre la corruption, suivie jusqu'il y a peu par la communauté internationale dans son ensemble, à l'exception des Etats-Unis d'Amérique, qui répriment la corruption par leurs ressortissants de fonctionnaires étrangers depuis l'adoption du *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* du 19 décembre 1977, amendé en 1988⁴⁷.

De lege lata, les tribunaux pénaux suisses ne sauraient donc réprimer la corruption de fonctionnaires étrangers. Il s'agit là d'une limitation qui découle de la définition des incriminations et non de la délimitation de la juridiction territoriale du juge suisse en vertu des art. 3 à 7 CP. Elle interdit une

⁴⁷ La comparaison des différentes législations nationales effectuée en 1997 par le Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg démontre que le choix consistant à limiter la répression de la corruption aux fonctionnaires nationaux est très largement partagé (Albin ESER/Michael ÜBERHOFEN/Barbara HUBER, *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, Freiburg 1997, pp. 780 ss).

condamnation en Suisse, même si l'infraction a été perpétrée sur le territoire national, à l'occasion d'un déplacement du fonctionnaire étranger, ou si le corrupteur est de nationalité suisse. En outre, la jurisprudence et la doctrine dominante appliquent les mêmes principes en matière de confiscation de valeurs patrimoniales issues de l'infraction (art. 59 CP). Le juge suisse ne saurait donc confisquer, au titre du produit de la corruption, l'avantage perçu par le fonctionnaire étranger, quand bien même il aurait été versé sur un compte en Suisse⁴⁸. Cette interprétation restrictive est rejetée par SCHMID, qui reconnaît au juge suisse le droit de prononcer la confiscation des avoirs dans une procédure nationale, sans égard à la punissabilité concrète de l'infraction en vertu du droit suisse et même lorsqu'il n'existe aucun for pour l'action pénale⁴⁹. Le juge suisse aurait ainsi pour mission de confisquer, peut-être même contre la volonté de l'Etat dont les intérêts ont été lésés, le produit de la corruption d'un fonctionnaire étranger, commise à l'étranger par des ressortissants étrangers. Cette opinion ne saurait être suivie, car le principe de la légalité interdit au juge pénal suisse de prononcer des peines ou des mesures en l'absence de la perpétration d'un acte déclaré punissable par notre ordre juridique⁵⁰.

Nonobstant ces limitations, le droit suisse ne se désintéresse pas entièrement de la corruption de fonctionnaires étrangers, puisque l'entraide internationale en matière pénale peut être accordée, la condition de la double incrimination à laquelle celle-ci est soumise étant interprétée de manière abstraite. Lorsque le juge suisse de l'entraide est saisi d'une requête basée sur la corruption d'un fonctionnaire, il doit *«raisonner comme si non seulement le corrupteur présumé avait agi en Suisse, mais que le fonctionnaire corrompu appartenait à une administration suisse»* (SJ 1994, p. 109)⁵¹. L'entraide

⁴⁸ SJ 1994, p. 110; ATF 115 Ib 553; Paolo BERNASCONI, «Bankbeziehungen und internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Neuere Entwicklungen», RSDA 1995, p. 66.

⁴⁹ SCHMID estime que le juge suisse est en droit de confisquer les avoirs provenant de toute infraction, même non soumise à sa juridiction (Einziehungsrecht [n. 21], p. 332); HARARI semble suivre cet avis, tout en exprimant certaines hésitations (Corruption à l'étranger [n. 14], pp. 5 s., 12 s.). La doctrine dominante est de l'avis contraire (cf., pour un résumé des opinions exprimées, Ursula CASSANI, «Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte [Art. 3-7 StGB]», RPS 1996, pp. 237 ss, p. 259 s., en particulier note 104). Le Tribunal fédéral a renoncé à trancher la question dans l'ATF 122 IV 93.

⁵⁰ Cette question ne se confond pas avec celle – expressément résolue par le texte légal de l'art. 58 CP, mais non de l'art. 59 CP – de savoir si des avoirs peuvent être confisqués alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable pour l'infraction dont ils sont issus.

⁵¹ Dans le même sens, ATF 117 Ib 89; 118 Ib 546.

sera donc accordée s'agissant de la corruption d'un fonctionnaire appartenant à l'administration de l'Etat requérant mais non lorsque la requête émane d'un Etat tiers (SJ 1994, p. 110). Dans ce contexte, l'assistance fournie relèvera cependant essentiellement de la «petite entraide», y compris la remise des valeurs patrimoniales à l'étranger aux fins de confiscation en vertu de l'art. 74a EIMP⁵². Quant à l'extradition, elle représentera un cas de figure très exceptionnel, puisque le fonctionnaire étranger corrompu ne se trouvera selon toute vraisemblance pas dans notre pays et que le corrupteur ne peut être extradé sans son consentement s'il est de nationalité suisse (art. 7 EIMP).

Le produit issu de l'infraction est en outre susceptible de faire l'objet de blanchiment d'argent sur sol suisse. L'art. 305bis ch. 3 CP déclare expressément punissables les actes de blanchiment portant sur des valeurs patrimoniales obtenues par une infraction commise à l'étranger, à condition que l'acte constitue un crime au regard du droit suisse. Tel est bien le cas en l'espèce, puisque la corruption passive réprimée à l'art. 315 CP est un crime et qu'il convient, à notre sens, d'interpréter l'exigence de double incrimination de manière abstraite, comme c'est le cas en matière d'entraide⁵³. L'application par analogie des principes développés en matière d'entraide permet de retenir le blanchiment d'argent portant sur les avoirs provenant de la corruption d'un fonctionnaire du lieu où se déroule l'infraction. Les tribunaux suisses sont ainsi en mesure de réprimer non pas l'infraction initiale mais les actes visant à dissimuler les valeurs patrimoniales qui en sont issues, dans la mesure tout au moins où la compétence territoriale de la Suisse en raison des actes de blanchiment est donnée. De la même manière, la confiscation pourra s'exercer sur ces valeurs, non pas au titre de la corruption, mais à celui du blanchiment.

⁵² HARARI, Corruption à l'étranger (n. 14), pp. 9 et 23.

⁵³ Dans le même sens, Bernard BERTOSSA, «Corruption et entraide internationale: rôle de la Suisse», *Déviance et Société* 1996 (20/3), pp. 291 ss, p. 294. Ce point de vue est contesté par SCHMID qui estime que la condition de la double punissabilité doit être interprétée de manière concrète dans le contexte de l'art. 305bis ch. 3 CP (Niklaus SCHMID, «Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen Geldwäscherei, vor allem StrGB Art. 305bis», in: *Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, FSA vol. 8, p. 113); sur ces questions, cf. Ursula CASSANI, *Commentaire du droit pénal suisse*, vol. 9, *Crimes ou délits contre l'administration de la justice (art. 303-311 CP)*, Berne 1996, n. 17 ad art. 305bis CP.

B. *De lege ferenda*: solidarité de la communauté internationale

La conception étroitement nationaliste du bien juridique lésé par la corruption apparaît de plus en plus insatisfaisante, en Suisse comme dans les pays qui nous sont proches. D'une part, elle ne se justifie que sur la base d'une prise en compte très partielle des intérêts sociaux lésés par la corruption, dans laquelle l'atteinte à l'«autorité» en tant qu'expression de la souveraineté nationale occulte les autres intérêts sociaux en présence, en particulier les intérêts économiques des tiers écartés. Or, à mesure que les grandes entreprises sont de plus en plus actives sur les marchés étrangers, la concurrence acquiert une dimension mondiale qui mérite la protection sans égard aux frontières nationales.

S'ajoute à cela la conscience croissante des responsabilités incombant aux pays économiquement forts vis-à-vis des pays du tiers monde. De plus en plus, la position libérale et relativiste, qui consistait à considérer la corruption comme une maladie de l'enfance et un passage obligé de l'économie en développement, cède le pas à une vision plus normative, percevant la corruption comme un phénomène universel, violant l'intérêt public et, en fin de compte, les droits de l'homme⁵⁴. L'impunité de la corruption de fonctionnaires étrangers est combattue par diverses organisations supranationales et non gouvernementales; l'OCDE s'y emploie depuis 1976⁵⁵. En date du 21 novembre 1997, ces efforts ont abouti à une Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Il s'agit là d'une victoire d'étape qui doit être confirmée par la ratification par un nombre significatif de pays industrialisés et la transposition des principes découlant de la Convention dans les législations nationales, puis – et ce sera l'aune à laquelle on mesurera la volonté réelle de combattre la corruption internationale – par la prise de sanctions contre les contrevenants⁵⁶.

⁵⁴ Riccardo LUCCHINI, «Entre relativisme et universalisme. Réflexions sociologiques sur la corruption», *Déviance et Société* (19/3) 1995, p. 219 ss, p. 220; cf. également PIETH, *Internationale Harmonisierung* (n. 14), p. 773 s.

⁵⁵ Cf. la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales* (du 21 juin 1976), Annexe 1, Principes généraux, ch. 7 et 8, ainsi que la *Recommandation sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales*, adoptée par le Conseil lors de sa 829^e session, le 27 mai 1994 et révisée le 23 mai 1997; PIETH, *Soft Law* (n. 14), p. 110; *id.*, *Internationale Harmonisierung* (n. 14), pp. 759, 769 s.

⁵⁶ Cette convention a été précédée de quelques mois par une convention applicable sur le plan de l'Union européenne (Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du Traité de l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, du 26 mai 1997, JOCE n° C 195/2 du 25.6.97; PIETH, *Internationale Harmonisierung* (n. 14), p. 768.

IV. CONCLUSION: LA SANCTION PÉNALE, UNE PIERRE DE L'ÉDIFICE

Le droit pénal n'est pas le seul, ni même le premier, instrument du contrôle social en matière de paiements illicites dans le secteur public. Conformément au principe de la subsidiarité qui régit son utilisation, il convient d'épuiser les possibilités offertes par les autres branches du droit, avant d'avoir recours à la sanction pénale. Or, la corruption de fonctionnaire intéresse, au tout premier chef, le droit administratif, qui définit les droits et devoirs des serviteurs de l'Etat, met en place l'organisation des administrations et fixe leur mode de fonctionnement, établit les règles gouvernant les marchés publics, le financement des partis politiques et le traitement des paiements illicites en droit fiscal.

Compte tenu des multiples facettes de la problématique, la lutte contre la corruption ne saurait être menée par la seule révision des dispositions pénales; elle exige une stratégie globale qui tienne compte de tous les instruments du contrôle social à disposition. Dans ce domaine comme dans tant d'autres, on se souviendra du conseil de BECCARIA: «*Le législateur doit être un architecte habile, qui sache en même temps employer toutes les forces qui peuvent contribuer à la solidité de l'édifice, et amortir toutes celles qui pourraient le ruiner*»⁵⁷.

A la différence de la France⁵⁸, la Suisse ne connaît pas de législation générale sur la corruption⁵⁹. L'approche est ponctuelle et procède par touches. C'est ainsi que les règles fiscales permettant la déductibilité, au titre des dépenses justifiées par l'usage commercial, des pots-de-vin payés à des particuliers ou à des fonctionnaires, ont fait l'objet d'attaques successives qui remettent en cause la perspective autonome et amoralisée de cette discipline⁶⁰.

⁵⁷ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris 1979, § XXIII, p. 113.

⁵⁸ La Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (JO 30 janvier 1993 p. 1588) a mis en place un Service central de prévention de la corruption et prévu un dispositif préventif destiné à améliorer la transparence dans des domaines tels que le financement des partis et campagnes politiques, les marchés publics et l'urbanisme commercial; cf. Guy DROUOT, «La loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques», *Actualité législative Dalloz*, 1993, 15e cahier, pp. 153 ss; Christophe GUETTIER, *La loi anti-corruption*, Paris, 1993.

⁵⁹ BORGHI/QUELOZ, *Lücken* (n. 14), p. 17.

⁶⁰ La déductibilité fiscale des pots-de-vin découle d'une circulaire administrative («*Kreisschreiben der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. November 1946, Steuerrechtliche Behandlung der Schmiergelder*», *Archives* 15 (1946/1947), p. 141).

Quant aux règles gouvernant les marchés publics, elles ont certes été entièrement repensées dans le cadre de l'adoption de la nouvelle législation fédérale et d'un accord intercantonal⁶¹, avec pour but déclaré la création de conditions garantissant la transparence, mais ce but n'a été que partiellement atteint⁶².

Enfin, le financement des partis politiques échappe encore à toute tentative de maîtrise et constitue une inconnue que BORGHI et QUELOZ ont qualifié à juste titre de «*noyau dur*» et de «*tabou*» dans le débat sur la corruption en Suisse⁶³. Dans ce domaine, les réticences manifestes du pouvoir politique s'opposent à la création des conditions de transparence indispensables à la lutte contre la corruption. Ce constat nous conduit à emprunter à notre dédicataire les paroles de KANT qui concluent sa contribution aux mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève⁶⁴: «*Le droit ne doit jamais s'assujettir à la politique, c'est la politique qui doit être soumise au droit*»⁶⁵.

L'initiative parlementaire déposée le 16 juin 1993 par le conseiller national Carobbio, intitulée *Pots-de-vin. Non reconnaissance des déductions fiscales*, vise à déclarer non déductibles les pots-de-vin versés en Suisse et à l'étranger. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a élaboré un projet de loi prévoyant la non-déductibilité des paiements occultes à des agents publics suisses et, selon l'avis de la majorité, étrangers (Initiative parlementaire, *Pots-de-vin. Non-reconnaissance des déductions fiscales* [Carobbio], Rapport du 29 janvier 1997, FF 1997 II 929 ss et avis du Conseil fédéral du 22 octobre 1997, FF 1997 IV 1195). Le projet sera envoyé prochainement en procédure de consultation.

⁶¹ Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1); Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02); Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (RS 172.056.4).

⁶² Peter GAUCH, «Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes», *RDS* 1995 I, pp. 3113 ss, p. 326; BORGHI/QUELOZ, Lücken, p. 18.

⁶³ BORGHI/QUELOZ, Lücken (n. 14), p. 18; cf. également le rapport final du groupe de travail institué par le DFJP (n. 16), p. 43 s.

⁶⁴ Bruno SCHMIDLIN, «Le Mien, le Tien et le Nôtre. Quelques réflexions philosophiques sur les limites du droit fondamental de la propriété», in: *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, pp. 137 ss, p. 151.

⁶⁵ Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 4e éd., Francfort 1982, VIII 642: «*Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.*»