

L'OCTROI ET L'ACCEPTATION D'UN AVANTAGE : UN COMPORTEMENT AU-DELÀ DE LA CORRUPTION, MAIS AVEC QUELLES LIMITES ?

I. DE LA CORRUPTION À L'ACCEPTATION D'UN AVANTAGE : L'EXEMPLE DE L'AFFAIRE DORIOT.

Par Yves NICOLET

(cf. conférence données par Yves NICOLET)

* * * * *

II. MAIS OÙ S'ARRÊTENT L'OCTROI ET L'ACCEPTATION D'UN AVANTAGE ?¹

Par Daniel STOLL

A. Introduction

Mon collègue Yves NICOLET vient de vous exposer un cas concret illustrant bien les distinctions à faire entre la corruption au sens strict et l'acceptation d'un avantage, puisque l'on est passé de l'un à l'autre entre l'acte d'accusation et le jugement. Je vais pour ma part concentrer mon exposé sur les limites des dispositions réprimant l'octroi et l'acceptation d'un avantage, après une très brève présentation des raisons qui ont conduit à l'élargissement de la punissabilité.

Le législateur a voulu combler les lacunes de la loi pénale en matière de corruption et a notamment décidé d'élargir le champ d'application de l'acceptation d'un avantage et d'introduire une nouvelle disposition réprimant l'octroi d'un avantage. Il s'agissait de punir l'« alimentation progressive » (« das Anfüttern ») de l'agent public sans contreprestation de sa part en vue d'entretenir un climat de bienveillance.

La crainte exprimée par la minorité du parlement portait sur l'imprécision de la norme et le risque de rendre punissable les étrennes du facteur ou le bouquet de fleurs à un fonctionnaire ou du moins que l'on ne sache pas où exactement les limites devaient être posées. Elle mettait précisément le doigt sur les difficultés d'interprétation que ne manquerait pas de poser la définition de cette infraction aux contours plutôt flous.

B. Corruption active et passive versus octroi et acceptation d'un avantage

L'objet de nos deux exposés n'est pas de reprendre tous les éléments constitutifs de la corruption, mais uniquement de différencier brièvement la corruption au sens strict et la corruption au sens large, d'une part, et de tenter de délimiter la corruption au sens large, d'autre part.

La corruption au sens strict et la corruption au sens large ont comme point commun le fait qu'un agent public suisse reçoive un avantage indu.

Les différences entre les deux groupes d'infractions consistent dans les éléments qui suivent.

¹ Cette conférence présentée ici telle que donnée en mai 2011 à l'occasion de l'assemblée générale de la société suisse de droit pénal fera l'objet d'une publication dans la Revue pénale suisse dans une version plus complète.

Concernant la corruption au sens strict, il faut une contreprestation de l'agent public qui soit contraire à ses devoirs ou qui dépende de son appréciation. Cette contreprestation doit être dans un rapport d'équivalence avec l'avantage indu. Le bénéficiaire de l'avantage n'est pas nécessairement le corrompu, mais peut être une tierce personne, pour autant que l'avantage indu accordé au tiers soit destiné à influencer l'agent public dans sa fonction².

Concernant l'octroi et l'acceptation d'un avantage, il suffit que l'avantage indu soit remis « pour qu'il (l'agent public) accomplisse les devoirs de sa charge »³. Ainsi, une violation des devoirs n'est pas prévue par les dispositions des art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, et encore moins un rapport d'équivalence avec l'avantage indu⁴. Le bénéficiaire de l'avantage ne peut être que l'agent public et non pas une tierce personne, ce qui ressort clairement du texte légal⁵.

C. Les limites de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage

1. Le caractère indu de l'avantage

1.1. Notion

La notion d'« avantage » peut être définie comme toute amélioration objectivement mesurable de la situation du bénéficiaire sur un plan juridique, économique ou personnel⁶. Il n'est pas question ici de détailler cette notion, mais plutôt de se concentrer sur celle du caractère indu de l'avantage, car cela permet de faire une première distinction entre ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas.

Le caractère indu de l'avantage doit être retenu lorsque l'agent public qui en bénéficie n'a pas le droit de l'accepter et ne peut faire valoir aucune prétention à recevoir un tel avantage⁷. L'examen de cet élément constitutif doit se faire en tenant compte de la définition négative de l'avantage donné à l'art. 322^{octies} ch. 2 CP selon lequel « *ne constituent pas des avantages indus les avantages autorisés par le règlement et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux* ». Le législateur entend ainsi exclure du champ d'application des art. 322^{ter} et ss CP les avantages que les agents publics ont expressément le droit d'accepter ou qui demeurent insignifiants et socialement acceptés⁸.

1.2. Les critères de délimitation

Pour juger du caractère indu ou non d'un avantage, il faut se référer au règlement de service applicable à l'agent public. En outre, il faut tenir compte de deux critères pour juger du

² Message 1999, 5077 ; BSK Strafrecht II – Pieth, N 28 ad art. 322^{ter} ; Trechsel et al, Praxiskommentar, N 6 ad rem. prélim. art. 322^{ter} ; Corboz, Les infractions en droit suisse, II, N 12 ad art. 322^{ter} ; Jositsch, Das schweizerische Korruptionsstrafrecht, Art. 322^{ter} bis art. 322^{octies} StGB, Schulthess 2004, p. 347 ; Perrin Bertrand, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse, étude de l'art. 322^{septies} du code pénal et de ses enjeux procéduraux, thèse, Fribourg 2008, p. 161.

³ Art. 322^{quinquies} CP.

⁴ BSK Strafrecht II - Pieth, N 9 ad art. 322^{quinquies} ; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, p. 374.

⁵ Message 1999, 5086 ; BSK Strafrecht II-Pieth, N 12a ad art. 322^{quinquies} ; Corboz II, N 6 ad art. 322^{quinquies} ; Donatsch / Wohlers, p. 528.

⁶ Message 1999, 5075 ; Corboz II, N 9 ad art. 322^{ter}, Stratenwerth/Bommer, BT II, § 60 N 7 ; Perrin, thèse, p. 167.

⁷ Message 1999, 5076 ; Corboz II, N 10 ad art. 322^{ter} ; Donatsch/Wohlers, p. 514 ; Perrin, thèse, p. 170.

⁸ Message 1999, 5076 ; BSK Strafrecht II – Pieth, N 27 ad art. 322^{ter} ; Corboz II, N 11 ad art. 322^{ter} ; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, p. 334.

caractère punissable ou non de l'avantage. Il s'agit du critère de la valeur et du critère de l'adéquation aux us et coutumes sociales qui se cumulent donc entre eux.

Dès le moment où il est constaté que l'avantage n'est ni autorisé par le règlement de service, ni ne peut être considéré comme de faible importance et conforme aux usages, il faudra examiner dans un second temps si l'élément constitutif de l'influence sur l'agent public dans le cadre de son activité officielle se trouve réalisé.

1.2.1. L'exclusion des avantages autorisés par le règlement de service

Il n'y a pas lieu de s'étendre sur le sujet puisqu'il suffit de se référer à la réglementation applicable à l'agent public pour savoir si l'avantage qu'il a obtenu est autorisé. C'est lorsque rien n'est prévu par le règlement, que le cas de figure rencontré n'y figure pas ou qu'au regard de l'usage social le règlement paraît déraisonnable⁹ qu'il faut prendre en compte les critères qui vont suivre pour juger du caractère indu ou non de l'avantage.

1.2.2. Le critère de la valeur et sa relativité

Le critère de la valeur peut être déduit de l'art. 322^{octies} ch. 2 CP qui exclut de la punissabilité les avantages de faible importance, conformes aux usages sociaux.

De manière générale, la doctrine se refuse à fixer le montant qui pourrait correspondre à un avantage de faible importance, celui-ci pouvant varier selon les régions, selon le type de commerce et selon la situation financière des auteurs. Elle estime d'ailleurs en général que les notions d'avantage de faible importance et d'avantage conforme aux usages sociaux doivent être interprétées ensemble. Dans certains cas cependant, le fait de connaître à quoi correspond un avantage de faible importance peut aider à l'interprétation.

Selon Quéloz, la pratique autrichienne retenait comme seuil déterminant celui de 1'000 Schillings (env. CHF 115.--) dont s'est inspiré le groupe de travail en 1996 pour fixer la limite des cadeaux usuels à CHF 100.--¹⁰. Mingard s'est inspirée de la jurisprudence relative à l'art. 172^{ter} CP pour arrêter dite valeur de faible importance à CHF 300.--. Il ne lui a pas échappé que les termes exacts sont différents et les circonstances ne sont pas comparables. Il faut néanmoins admettre, comme cet auteur, que les notions de « faible importance » de l'art. 322^{octies} CP et de « faible valeur ou de moindre importance » de l'art. 172^{ter} CP illustrent le même concept et la cohésion du droit veut que ces notions soient interprétées de la même façon¹¹.

Dans son arrêt de principe, le Tribunal fédéral fixé à CHF 300.- la limite permettant de dire qu'un élément patrimonial est de peu de valeur¹².

⁹ En effet, le législateur a fait référence aux usages sociaux, pour ne pas permettre de légaliser des pratiques hautement critiquables (Corboz II, N 11 ad art. 322ter).

¹⁰ Quéloz, Analyse de la législation et des pratiques relatives à la corruption en Suisse : critique et proposition en droit pénal, in : Processus de corruption en Suisse, éd. N. Queloz/M. Borghi/M.-L. Cesoni, Collection latine Volume I, Bâle 2000 p. 340 et les réf. citées.

¹¹ Mingard, RPS 2010, p. 210.

¹² Cf. ATF 121 IV 261 c. 2d, JdT 1997 IV 103.

Il faut considérer qu'avec la valeur objective de la libéralité, il faut tenir compte des aspects subjectifs, c'est-à-dire de la perception de la valeur¹³ tant par celui qui octroie l'avantage que par celui qui l'accepte. Il faudra ainsi tenir compte de la situation financière de l'un et de l'autre et déterminer notamment le seuil qui conduira l'agent public à violer les devoirs de sa charge¹⁴ (en cas de corruption) ou simplement à être influencé dans les prises de décision dans le cadre de sa fonction.

Ainsi, si l'on peut considérer qu'il est indiqué de se référer à cette valeur de CHF 300.-- avec toute la relativité dont il faut faire preuve, il ne faut pas perdre de vue que l'examen doit aussi être fait sous l'angle de l'adéquation aux us et coutumes sociales.

1.2.3. Le critère de l'adéquation aux us et coutumes sociales

L'art. 322^{octies} ch. 2 CP exclut de l'application des dispositions réprimant la corruption, les avantages conformes aux usages sociaux. Ces avantages sont ceux correspondant aux avis, représentations, habitudes et conventions de la société. Ils diffèrent de pays en pays, voire de régions en régions. Dans la mesure où l'avantage est conforme aux usages, il n'appelle pas de contrepartie, de sorte qu'il n'est pas dangereux sous l'angle de la corruption et justifie son caractère non punissable¹⁵. Cette notion ne peut pas être plus clairement définie, puisqu'elle varie selon les régions et dans le temps. Ainsi pour reprendre l'exemple cité par Jositsch, là où il est dans les usages pour un petit village d'offrir un présent aux facteurs lors des fêtes de Noël, une telle attention paraîtrait incongrue dans une grande ville¹⁶. Le message du Conseil fédéral cite également des exemples où les usages sociaux jouent un rôle. Ainsi, un même cadeau relativement important sera considéré de manière fort différente selon qu'il est offert au pasteur partant à la retraite après de longues années de services ou à l'occasion de Noël par un fournisseur informatique au responsable des achats d'un département de l'administration¹⁷. De même, une invitation à un apéritif de Noël adressé par un consortium aux fonctionnaires d'un service dont dépend une prochaine adjudication serait mal perçue par les concurrents et donc non conforme aux usages¹⁸.

2. La nécessité d'une influence sur l'agent public.

L'avantage indu est octroyé « pour qu'il (l'agent public) accomplisse les devoirs de sa charge » ... (« Im Hinblick auf die Amtsführung » ... « in consideratione dell'espletamento della sua attività ufficiale »). Cette notion implique que l'avantage indu doit avoir pour but d'influencer l'agent public dans le cadre de sa fonction. Autrement dit, on ne se rend pas coupable d'octroi d'un avantage par le seul fait de donner un cadeau d'une valeur importante à l'occasion de l'anniversaire d'un ami qui se trouve être fonctionnaire de police, car dans cette hypothèse, la remise du cadeau tient à un lien d'amitié et non pas à la qualité de fonctionnaire du policier. La nécessité d'une influence sur l'agent public constitue ainsi un autre critère qui permet de distinguer ce qui est punissable de ce qui ne l'est pas.

¹³ Quéloz, p. 340 et réf. citées ; Mingard, RPS 2010, p. 211.

¹⁴ Mingard, RPS 2010, p. 211.

¹⁵ Jositsch, Korruptionsstrafrecht, p. 337.

¹⁶ Jositsch, Korruptionsstrafrecht, p. 337.

¹⁷ Message 1999, p. 5085.

¹⁸ Message 1999, p. 5085.

Jurisprudence et doctrine majoritaire précisent que cette influence est par définition tournée vers le futur, de telle sorte que les libéralités qui récompenseraient l'agent public sont exclues du champ d'application de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage¹⁹.

Le juge doit acquérir la conviction que l'agent public était amené à intervenir dans le cadre de son activité officielle à l'égard de l'auteur de l'octroi d'un avantage et qu'il avait un intérêt à s'attirer ses bonnes grâces pour en tirer avantage sans pour autant attendre de l'agent public un acte illicite²⁰. On réprime ainsi la création d'un climat de bienveillance, sans qu'il soit nécessaire que l'agent public soit effectivement intervenu dans sa fonction.

D. Quelques cas limites passés au crible des critères de délimitation

1) a) Quid de la remise chaque année à Noël par une chocolaterie, d'une boîte de chocolats de 1 kg au Ministère public ?

Il faut se placer tout d'abord du point de vue de l'entreprise. Si celle-ci n'adresse pas sa boîte de chocolats qu'au Ministère public, mais à plusieurs services de l'Etat et aux entreprises avec lesquelles elle collabore. Son comportement a un but manifestement publicitaire, l'optique étant de faire connaître ses produits.

Concernant le critère de la valeur, chacun des membres du Ministère public ne reçoit qu'une valeur symbolique, la valeur de la boîte de 1kg étant déjà bien inférieure à CHF 300.--. Concernant les usages, il s'agit d'un geste publicitaire et commercial.

L'avantage n'est ni propre, ni destiné à avoir de l'influence sur les procureurs.

b) Puisque l'on semble admettre que des entreprises commerciales puisse remettre leurs produits en cadeau à Noël sans que l'on n'y retrouve rien à redire, quid d'un concessionnaire de voiture ? Peut-il offrir à un fonctionnaire une Porsche ou même une Twingo ?

A priori, le critère de la valeur de l'objet fera obstacle à l'impunité. C'est en raison de la valeur élevée qu'un comportement, jugé dans d'autre cas strictement publicitaire, sera considéré comme contraire à l'usage. Un tel don est susceptible d'influencer l'agent public. Il s'agira alors d'établir ce que l'auteur de l'octroi d'un avantage pouvait attendre de lui.

c) Si l'on reprend l'exemple de la boîte de chocolats, que penser de l'entreprise de transport qui en offre chaque Noël au préposé au retrait du permis de conduire et à lui seul et non au service, ni à d'autres personne du service.

Sous l'angle du critère de la valeur, nous sommes encore dans les normes, si l'entreprise n'agissait qu'une seule fois. Mais la répétition du cadeau qui, de fait, augmente la valeur conduirait à retenir un avantage contraire aux usages. Sous l'angle de l'influence, on constate que les circonstances (entreprise de transport ; préposé au retrait de permis) peuvent conduire à retenir en l'espèce l'octroi et l'acceptation d'un avantage, là où l'on ne l'aurait pas retenu, dans un contexte publicitaire.

2) a) Pour rester dans la même logique du but publicitaire, quid d'une société vinicole ? Peut-elle remettre une caisse de 6 bouteilles de vin à un fonctionnaire ou doit-elle se limiter à une seule bouteille ?

¹⁹ ATF 135 IV 198 c. 6.3 ; Arrêt du TPF du 03.11.2009, SK.2009.18, c. 2.1 ; BSK Strafrecht II - Pieth, N 9 ad art. 322^{quinquies} ; Trechsel et al, Praxiskommentar, N 2 ad art. 322^{sexies}, Arzethauser Martin, Die Vorteilsgewährung bzw. die Vorteilsannahme nach dem revidierten Schweizerischen Korruptionsstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der unteren Begrenzung der Strafbarkeit im Rahmen der Sozialadäquanz und der freiwilligen Mitfinanzierung öffentlicher Aufgaben, thèse Bâle, p. 154 s. ; Donatsch/Wohlers, p. 529 ; Corboz II, N 9 ad art. 322^{quinquies} et N 7a ad art. 322^{sexies}.

²⁰ Corboz II, N 10 ad art. 322^{quinquies}.

Sur le critère de la valeur, c'est a priori admissible, si on reste dans des bouteilles de valeurs raisonnables. Concernant les usages, la quantité admissible de bouteilles dépendra sans doute des régions. Selon certaines régions, la norme sera la bouteille, dans certaines autres, la caisse de six bouteilles sera peut-être la norme. Puisqu'il est toujours question du but publicitaire, l'influence sur le fonctionnaire peut être considérée comme nulle en principe.

b) Quid si les bouteilles de vin en question valent CHF 200.- chacune ?

Sous l'angle des us et coutumes, le nombre de bouteilles reste a priori dans les usages, mais du fait de leur valeur élevée, sans doute va-t-on au-delà de ce qui est admissible. Tel est en tout cas le cas si la société vinicole offre plus d'une bouteille de vin. Sous l'angle de l'influence, la valeur de la bouteille devra conduire le juge à déterminer ce que l'agent public est susceptible d'offrir dans le cadre de sa mission.

c) Toujours dans le but d'un impact publicitaire, quid du négociant en vin, ayant subi par le passé une condamnation pénale, qui offre à un groupe de magistrats en sortie le vin accompagnant leur repas ?

Si les magistrats boivent raisonnablement, le critère de la valeur ne devrait pas poser problème. En revanche la situation pourrait s'avérer problématique sous l'angle des usages et il s'agira d'examiner dans quelles circonstances exactes le négociant en vin a décidé de l'offrir. Concernant l'influence, selon la doctrine majoritaire, cela doit concerner un comportement futur du magistrat dans le cadre de ses fonctions. Dans la mesure où il s'agit en l'espèce d'un groupe d'agents publics et que l'avantage ne vise pas particulièrement celui qui serait susceptible dans un futur proche d'être en charge d'un dossier du négociant, le critère de l'influence ferait donc défaut.

3) Quid d'un citoyen qui paie la facture du repas d'un groupe de pompier ? Il faut en rechercher les raisons, Selon Corboz, il n'est pas punissable s'il y a lieu de considérer qu'il agit par reconnaissance pour leurs activités et que l'on ne voit pas de quel avantage il pourrait bénéficier en retour²¹. Il manque ainsi l'élément constitutif de l'influence du fonctionnaire sur son activité officielle, Si l'on remplace les termes « groupe de pompiers » par « Municipalité in corpore de la commune X » et que le citoyen a déposé une demande de permis de construire dans ladite commune, il faudra alors se poser la question de la valeur de l'avantage pour en déterminer la conformité ou non aux usages, la tentative d'influence devenant évidente.

4) Quid de l'auteur qui « graisse la patte » d'un fonctionnaire pour que son dossier soit traité plus rapidement sans que l'agent public ne viole de devoirs de sa charge ? Cas d'école selon Corboz²². On constate que dans ce cas, le critère de la valeur de l'avantage perd totalement de son utilité et est totalement absorbé par le critère des seuls usages, puisque même pour une valeur dite de faible importance, la tendance sera de retenir l'octroi et l'acceptation d'un avantage.

5) Qu'en est-il du prêt accordé à un fonctionnaire à un taux d'intérêt réduit, voire sans intérêts ?

Quant au critère de la valeur, il faudra calculer le gain réalisé par le fonctionnaire par rapport au taux du marché des prêts. Concernant l'usage, un prêt sans intérêt paraîtra plus inhabituel qu'un prêt à taux réduit. Sous l'angle de l'influence, il reste à déterminer quel est l'intérêt du prêteur dans ce marché et déterminer s'il peut attendre quelque chose du fonctionnaire.

²¹ Corboz II, N 11 ad art. 322^{quinquies}.

²² Corboz II, N 12 ad art. 322^{quinquies}.

6) Le cas particulier du sponsoring. Le message du Conseil fédéral aborde expressément le cas du sponsoring pour expliquer que le sponsoring n'est en principe pas punissable notamment compte tenu de la transparence et de l'absence d'influence de l'agent public²³.

E. Conclusion

Les us et coutumes font partie du vécu des régions. Dans les cas limites, notre Haute Cour devrait se montrer plutôt retenue dans son appréciation relative aux avantages conformes aux usages et n'intervenir que dans l'hypothèse où la notion « d'avantage de faible importance, conforme aux usages » a fait l'objet d'une interprétation juridiquement erronée ou en cas d'arbitraire dans l'appréciation.

Comme on l'a vu, une situation a priori semblable peut, selon les circonstances, être appréhendée de manière fort différente en fonction de la position de l'agent public et des rapports existant entre lui et la personne octroyant l'avantage. Il est d'autant plus important de tenir compte des critères qui viennent d'être exposés pour trancher les cas limites.

III. CONCLUSION COMMUNE

Les rares arrêts publiés à ce jour n'ont pas encore suffisamment donné l'occasion au Tribunal fédéral de préciser les contours des normes permettant de lutter contre la corruption. Cette situation rend difficile, malgré l'apport de la doctrine, l'appréhension pratique et la qualification juridique des cas se trouvant à la limite de la corruption et de l'octroi ou l'acceptation d'un avantage. Les art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP et surtout leurs limites demeurent également flous.

Pour reprendre l'exemple de l'affaire du Municipal de Montreux, les motifs qui ont conduit à écarter la corruption au profit de l'acceptation d'un avantage méritent d'être discutés. Il apparaît en effet que l'avantage indu et la contreprestation fournie sont décrits dans l'arrêt. Il paraît en ressortir que s'il n'est pas établi d'actes contraires aux devoirs, il apparaît néanmoins que c'est bien dans le cadre de son pouvoir d'appréciation que le prévenu a influencé ses collègues et pris avec eux la décision de vendre la parcelle à la société dont le représentant avait accordé un prêt sans intérêt au municipal. Quant à l'infraction relative à l'octroi ou l'acceptation d'un avantage, l'arrêt illustre la difficulté, non pas de la notion d'avantage indu, mais de celle relative à l'avantage accordé dans le but d'influencer l'agent public dans le cadre de ces activités officielles, la défense tentant de démontrer que l'avantage n'a été octroyé que dans un but privé. Le but n'est bien entendu pas de remettre en cause les conclusions de l'affaire en question, mais bien de démontrer par un cas concret les difficultés rencontrées dans la délimitation des conséquences juridiques d'un comportement corrupteur.

²³ Message 1999, p. 5085 ; Corboz II, N 14 ad art. 322^{quinquies}.