



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES ET DES ENTREPRISES

SUISSE : PHASE 2

**RAPPORT SUR L'APPLICATION DE LA CONVENTION SUR LA LUTTE
CONTRE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS DANS LES
TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES ET DE LA
RECOMMANDATION DE 1997 SUR LA LUTTE CONTRE LA
CORRUPTION DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES
INTERNATIONALES**

*Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans
le cadre de transactions commerciales internationales le 24 décembre 2004.*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
a) La Suisse, place économique et financière	4
b) Exposition de la Suisse à la corruption transnationale	4
c) Sensibilisation de la Suisse à la corruption et au blanchiment de son produit.....	6
d) Méthodologie et structure du rapport.....	7
A. LA PREVENTION ET LA DETECTION DE L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS	8
1. La prévention des faits de corruption d'agents publics étrangers	8
a) Sensibilisation des agents des administrations fédérales et cantonales	8
b) Mesures organisationnelles préventives dans le secteur des entreprises commerciales	9
i) Les programmes de conformité des grandes entreprises suisses	9
ii) Les mesures préventives au sein du tissu économique des autres entreprises	9
iii) La fonction de prévention et de détection exercée par la comptabilité et les réviseurs d'entreprises	11
c) Mesures organisationnelles préventives dans le secteur financier.....	13
i) Devoirs de diligence et mesures de précaution des intermédiaires financiers.....	13
ii) Dispositifs de surveillance	14
2. La détection des faits de corruption d'agents publics étrangers et infractions connexes	15
a) Le dépistage fondé sur l'autorégulation privée dans le secteur financier	15
b) Le dépistage en dehors du secteur financier	18
i) Les révélations émanant des organes dirigeants et autres unités de l'entreprise	18
ii) Le dépistage fondé sur des dénonciations émanant de salariés du secteur privé et d'agents des administrations publiques	19
iii) La corruption d'agents publics étrangers constatée par l'administration fiscale	22
c) Les demandes d'entraide et la presse étrangère en tant que source d'information des autorités de poursuite helvétiques.....	25
B. LA POURSUITE DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DES INFRACTIONS CONNEXES	26
1. Les procédures, les techniques d'investigation et l'entraide judiciaire	26
a) Les nouvelles compétences de la Confédération en matière de procédures concernant des infractions de corruption transnationale, de blanchiment et connexes	26
i) La poursuite de la corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes	26
ii) La nécessité d'une répression plus efficace de la délinquance économique transnationale.....	27
iii) La compétence de la Confédération en pratique.....	28
b) La conduite des enquêtes	30
i) Modes de preuves, techniques d'investigations et délais de prescription.....	30

ii) La recherche d'éléments de preuve à l'étranger	31
iii) L'entraide judiciaire : Le traitement par la Suisse des commissions rogatoires internationales.....	32
2. L'établissement de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers	34
a) Le traitement du comportement incriminé de corruption active.....	34
i) L'offre, la promesse, l'octroi	34
ii) La délimitation de l'avantage indu et des usages sociaux	35
iii) L'antériorité de l'avantage et la relation d'équivalence entre la prestation et la contre-prestation	36
b) Le traitement de la notion d'agent public étranger et de ses actes.....	36
i) La notion d'agent public étranger.....	36
ii) Les paiements aux agents publics pour l'accomplissement de leurs devoirs et l'infraction en droit interne d'octroi d'avantages	37
c) L'arrêt du Tribunal Fédéral du 5 décembre 2003.....	38
d) La compétence et le problème de la participation	40
3 La mise en jeu de la responsabilité des personnes morales	41
a) L'infraction de l'alinéa 2	41
b) L'infraction de l'alinéa 1er	44
C. LA RÉPRESSION DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DES INFRACTIONS CONNEXES.....	44
1. Condamnations et sanctions prononcées pour des actes de corruption	44
a) Les peines applicables et la fixation de celles-ci par les juges pénaux.....	44
i) Les peines susceptibles d'être appliquées.....	44
ii) Éléments pris en considération par les juges répressifs dans l'application des peines	45
b) Les peines prononcées par les juridictions pénales suisses	47
i) Les peines principales et accessoires prononcées par les tribunaux répressifs.....	47
ii) La mesure accessoire de confiscation.....	47
c) Mesures d'exclusion des marchés publics et des subventions à l'exportation	49
i) Mesures d'exclusion des marchés publics	49
ii) Mesures de refus ou de retrait d'octroi de garanties à l'exportation.....	50
2. Sanctions pour faits de blanchiment liés à la corruption d'agents publics étrangers.....	51
3. Les personnes jugées responsables en matière d'infractions comptables et fiscales.....	52
a) Poursuites engagées en matière d'infractions comptables.....	52
b) Répression de la non déductibilité fiscale des paiements indus aux agents publics étrangers.....	53
RECOMMANDATIONS	55
Annexe 1 : Liste des abréviations	58
Annexe 2 : Dispositions légales pertinentes.....	59
Annexe 3: Condamnations depuis 1984 pour infraction au code pénal suisse en matière de corruption d'agents publics suisses et étrangers, de blanchiment et d'infractions connexes	63
Annexe 4 : Liste des institutions rencontrées lors de la visite sur place organisée du 10 au 14 mai 2004	64
Annexe 5 : Composition de l'équipe d'examen	68

INTRODUCTION

a) *La Suisse, place économique et financière*

1. La Suisse abrite aujourd'hui quelques-unes des principales compagnies actives à l'échelle mondiale dans des secteurs aussi divers que ceux des produits chimiques, des machines ou des services financiers. De nombreuses compagnies des pays de l'OCDE ont également choisi la Suisse comme site pour leurs quartiers généraux européens, pour la production de haute technologie ou pour leurs opérations de recherche. A ces grands groupes, très présents sur les marchés étrangers, s'ajoute une multitude de petites et moyennes entreprises que l'exiguïté du marché national pousse à faire commerce à l'étranger.

2. En 2003, la Suisse se classait au 14^e rang des pays OCDE en termes d'exportation. Avec une part de 41 % du produit intérieur brut (PIB) en 2001, les exportations de biens et de services soulignent l'importance du commerce extérieur pour la Suisse. Les biens et produits qui représentaient la plus grande part des exportations étaient les produits chimiques (35%), les machines et l'électronique (24%), et les instruments de précision, l'horlogerie et la joaillerie (17%), ces trois secteurs totalisant 75% des exportations suisses. Les pays de l'Union européenne étaient les premiers destinataires des exportations (59% du total), suivis par les pays en transition ou émergents (15% du total), les États-Unis (11% du total), et les pays en voie de développement (7% du total)¹.

3. En termes d'investissement directs étrangers (IDE), selon les statistiques de l'OCDE, la Suisse se place au 9^e rang des pays OCDE. Les IDE suisses sont réalisés surtout dans les secteurs de haute technologie, de la métallurgie et des machines ainsi que dans les secteurs des assurances et des services financiers. Entre 1990 et 2001, les IDE suisses à l'étranger ont été multipliées par cinq ; les principaux destinataires de ces investissements ont été les pays de l'UE (47%), les États-Unis (24%) et les pays en développement et émergents (22,5%).

4. Avec environ 11% du produit intérieur brut (PIB), le secteur financier constitue un pilier de l'économie suisse. La Suisse est le leader mondial pour la banque privée : selon certaines estimations, près de 30 pour cent de la fortune privée mondiale placée hors du pays de résidence seraient gérés en Suisse. Le montant des avoirs gérés en Suisse sous forme de dépôts de clients était de quelque 2 870 milliards de CHF en 2002, soit plus de six fois le PIB de la Suisse (428 milliards en 2002). A la fin 2001, le secteur financier employait quelque 222 000 personnes, dont environ 115 000 dans les banques et 63 000 dans les assurances (liées au secteur financier), auxquels venaient s'ajouter quelque 42 000 emplois dans les sociétés fiduciaires ou de révision et les autres prestataires de services financiers, soit 6,5 pour cent de l'emploi total en Suisse en 2001. La Suisse joue aussi un rôle significatif en termes de transactions sur le marché des capitaux. En 2002, la Bourse suisse se plaçait au huitième rang mondial pour ce qui est de la capitalisation boursière².

b) *Exposition de la Suisse à la corruption transnationale*

5. La place financière suisse, qui draine des masses importantes de capitaux venant de l'étranger, présente le risque d'une mise à contribution afin de déguiser le produit direct de la corruption sur les marchés étrangers. La sollicitation de la Suisse par les autorités judiciaires

¹ Administration fédérale des douanes 2003 et *Mémento statistique de la Suisse 2003* (Office fédérale de la statistique).

² *La Place financière suisse*, Département fédéral des finances, juin 2003.

étrangères en matière d'entraide dans des dossiers de ce type en témoigne. La ventilation par pays de résidence des suspects de blanchiment en Suisse, tout comme la part de la corruption comme délit initial aux opérations de blanchiment, tel que le révèle l'analyse des soupçons de blanchiment d'argent transmis aux autorités fédérales, sont un autre indicateur de ce risque : au cours des dernières années, plus de la moitié des suspects d'agissements de blanchiment en Suisse étaient des non-résidents et de 20 à 40 dossiers de soupçons de blanchiment transmis aux autorités fédérales compétentes sont associés chaque année à une infraction préalable de corruption³. Deux enquêtes en cours pour blanchiment présentaient les caractéristiques de l'infraction préalable de corruption d'agents publics étrangers au moment de l'examen de la Suisse en Phase 2.

6. Ce n'est toutefois pas la place financière seule qui présente le risque d'être exposée à l'argent de la corruption transnationale. Certes, les entreprises suisses conduisent leurs activités dans des secteurs qui, en général, sont reconnus comme étant moins sujets aux versements de pots-de-vin (haute technologie, métallurgie et machines-outils, ingénierie industrielle). Grandes, petites et moyennes entreprises sont cependant présentes sur certains marchés étrangers où la corruption est parfois endémique, quel que soit le secteur d'activité. Quelques dossiers récents traités par la justice helvétique, bien qu'ayant reçu une qualification différente de celle de corruption d'agents publics étrangers – car celle-ci n'était pas encore punissable en droit suisse jusqu'en 2000 –, ont montré que les entreprises suisses n'étaient pas toujours à l'abri d'agissements liés à la corruption transnationale : par exemple, la récente instruction d'un dossier de versements de pot-de-vin commis dans les années 1990 par l'une des grandes multinationales suisses, leader mondial dans le secteur, pour l'obtention d'un marché de certification de marchandises au Pakistan, et qui a abouti à la condamnation de la compagnie pour blanchiment en été 2003. Ou bien le dossier concernant un intendant du Kremlin, condamné en 2002 par la justice genevoise pour blanchiment après avoir été reconnu coupable d'avoir reçu d'importants pots-de-vin en échange de l'attribution de marchés publics à deux entreprises suisses et d'en avoir blanchi une partie en Suisse.

7. Le profil de certains dossiers en cours d'enquête au moment de l'examen de la Suisse en Phase 2 semble également confirmer la participation d'entreprises suisses dans des agissements de corruption transnationale. Si aucune condamnation pour des faits de corruption tels que définie par la Convention OCDE n'avait encore été prononcée à la date de l'examen de la Suisse⁴, parmi les enquêtes pendantes sous la nouvelle infraction de corruption d'agents publics étrangers telle qu'introduite en droit suisse, un dossier au moins, porté à l'attention des autorités judiciaires du canton de Zurich dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire émanant du Brésil, faisait ressortir des faits commis par une entreprise suisse pouvant relever de la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales. Une autre enquête, ouverte dans le canton de Genève, concernait des faits de corruption de fonctionnaires internationaux.

³ Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS), *6^e rapport annuel 2003*, (mars 2004).

⁴ Au moment de l'examen de la Suisse en Phase 2, si une condamnation pour corruption d'agents publics étrangers avait été prononcée (en 2001) par les tribunaux suisses, cette condamnation concernait des faits sortant de l'intention de la Convention OCDE, puisque touchant au versement d'un pot-de-vin par un ressortissant étranger à un douanier italien pour l'obtention d'un timbre attestant son entrée en Italie contrairement à la vérité.

c) *Sensibilisation de la Suisse à la corruption et au blanchiment de son produit*

8. Depuis quelques années, la corruption et l'argent sale lié à la corruption sont devenus un thème important du débat public suisse, dans les médias comme sur la scène politique. Au niveau fédéral comme au niveau cantonal, le nombre des enquêtes pénales ouvertes pour corruption a augmenté et chaque année, en moyenne, une douzaine de condamnations sont prononcées pour corruption active ou passive d'agents publics suisses. Des commissions d'enquêtes ont été chargées de faire la lumière sur des cas de corruption interne. Pas moins d'une soixantaine d'interventions écrites consacrées au sujet de la corruption ont été déposées par les parlementaires fédéraux depuis le début des années 1990. La corruption interne d'agents publics suisses, a fait l'objet de trois rapports initiés par le gouvernement fédéral, le premier datant d'octobre 1996 et intitulé « *Contrôles de sécurité et corruption* », le deuxième de mars 1998 et portant sur les « *Risques de corruption et mesures de sécurité au sein de l'administration fédérale* » et le troisième publié en juin 2003 et portant sur la prévention de la corruption au sein de l'administration fédérale.

9. Le thème de l'exposition de la place financière suisse au blanchiment de l'argent sale, notamment lié à la corruption à l'étranger, a tout autant fait l'objet d'une grande attention. La Suisse a joué un rôle moteur dans le développement de mesures innovantes au sein du GAFI. Tout un arsenal législatif visant à prévenir l'injection de fonds d'origine douteuse dans le secteur financier a été développé au cours des quinze dernières années afin de soumettre celui-ci à de nombreuses obligations lorsque celui-ci accepte et garde en dépôt des avoirs de clients ou exerce son rôle de conseil en placement. L'insertion, depuis 2000, de la corruption d'agents publics étrangers dans la liste des infractions de base aux fins de l'application de la législation relative au blanchiment des capitaux est venue renforcer le dispositif de contrôle. Ces efforts législatifs ont été relayés par les professionnels du secteur au travers de nombreuses instructions, lignes directrices et formations à l'intention des intermédiaires financiers - banques, fiduciaires, gérants de fortune, etc.

10. La problématique plus large de la grande criminalité économique, et de son caractère international croissant, est devenue également un sujet important de débat, suscitant un train de réformes législatives et organisationnelles dont l'objectif est d'accroître l'efficacité de la lutte contre ce type de délinquance. Parmi les mesures prises figure la décision, mise en œuvre progressivement depuis janvier 2002, de renforcer les pouvoirs de la Confédération dans le cadre d'un projet dit « projet d'efficacité », en lui attribuant de nouvelles compétences et de nouveaux moyens en matière de procédure concernant des infractions qui relèvent des domaines de la criminalité transnationale, du blanchiment d'argent, de la corruption d'agents publics étrangers et de la criminalité économique. De même, en complément des dispositions qui sont entrées en vigueur le 1^{er} mai 2000 et établissant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, la responsabilité pénale des entreprises a été consacrée dans le code pénal depuis octobre 2003. Enfin, un projet d'unification de la procédure pénale a été mis en consultation publique, dans le but de remédier au fractionnement actuel des procédures - il existe en effet 29 procédures pénales différentes, une pour chaque canton, une pour la Confédération, une procédure pénale militaire et une procédure pénale administrative. A l'issue de ce processus, la Suisse devrait ainsi disposer, d'ici 2008 ou 2010, d'une seule et unique procédure pénale applicable à l'ensemble de son territoire.

11. La presse s'est faite considérablement l'écho de ces préoccupations : le nombre des dépêches transmises par l'Agence télégraphique suisse (ATS) à l'ensemble des médias suisses portant sur la corruption et le blanchiment de son produit a augmenté de près de 300 pour cent au

cours de la période 1985-1997, atteignant un total de 4 134 dépêches⁵. Le lecteur suisse a pu ainsi prendre connaissance d'importantes affaires de corruption interne, mettant en cause des agents publics suisses, mais aussi d'affaires internationales dans lesquelles la Suisse s'est retrouvée directement ou indirectement impliquée, soit parce que l'argent de la corruption avait été déposé sur des comptes bancaires en Suisse, soit parce que des entrepreneurs suisses étaient soupçonnés de participation à des faits de corruption commis à l'étranger. Ces dépêches ont permis sans doute de sensibiliser le public suisse en lui montrant que la corruption n'était ni réservée aux autres ni un sujet tabou. L'engagement intense de plusieurs magistrats cantonaux dans la lutte contre la grande délinquance financière, assistés de policiers très engagés dans le traitement de dossiers de criminalité économique particulièrement complexes, a également contribué à la sensibilisation du public à la corruption transnationale.

12. Pour autant, la grande majorité des affaires révélant des liens entre la Suisse et d'autres pays qui ont suscité une couverture médiatique ont généralement concerné des dossiers mettant à jour le placement de l'argent de la corruption à l'étranger dans des banques suisses et les procédures d'entraide judiciaire qui s'en sont suivies. Cette relation de la corruption par les médias semble avoir contribué à la perception en Suisse de la corruption transnationale comme étant un phénomène venant avant tout de l'extérieur. Malgré les efforts de sensibilisation entrepris par les autorités helvétiques sur le thème couvert par la Convention OCDE, cette vision n'a apparemment pas pu à ce jour être vraiment modifiée.

d) *Méthodologie et structure du rapport*

13. Le présent rapport a pour objectif d'étudier les structures mises en place par la Suisse pour faire appliquer la législation de transposition de la Convention, d'évaluer l'application sur le terrain de ces textes, ainsi que de suivre le respect concret par la Suisse de la Recommandation de 1997. Il tient compte des réponses fournies par les autorités helvétiques aux questionnaires général et spécifique de Phase 2, des entretiens avec les experts gouvernementaux, les représentants des milieux d'affaire, les avocats, les professionnels comptables et intermédiaires financiers, et les représentants de la société civile rencontrés lors de la visite sur place du 10 au 14 mai 2004 (voir la liste des institutions rencontrées en annexe de ce rapport), d'une étude de la législation pertinente, et des analyses indépendantes menées par les examinateurs principaux et le Secrétariat.

14. La première partie de ce rapport est consacrée aux mécanismes mis en place, tant au sein du secteur public que privé suisse, pour prévenir et détecter les infractions de corruption d'agents publics étrangers et examine la façon dont leur efficacité pourrait être améliorée. La deuxième partie traite de l'efficacité des mécanismes de poursuite de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes en matière de blanchiment d'argent, de comptabilité et de fiscalité. La troisième partie concerne la répression des personnes jugées responsables de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes. Enfin, le rapport se termine sur les recommandations spécifiques formulées par le Groupe de travail OCDE de lutte contre la corruption en ce qui concerne aussi bien la prévention et la détection que les poursuites et sanctions. Cette partie met en outre en évidence les questions qui méritent, de l'avis du Groupe de travail, un suivi ou un nouvel examen dans le cadre de l'effort continu en la matière.

⁵ Nicolas Queloz et al., *Processus de corruption en Suisse* (Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2000), pp. 59-68.

A. LA PREVENTION ET LA DETECTION DE L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS

1. La prévention des faits de corruption d'agents publics étrangers

a) Sensibilisation des agents des administrations fédérales et cantonales

15. Le nombre d'enquêtes ouvertes pour corruption d'agents publics suisses a augmenté au cours des dernières années, témoignant de la sensibilité du personnel policier et judiciaire à cette forme de délinquance. L'entrée en vigueur du nouveau droit pénal de la corruption en 2000, et le transfert de compétences à la Confédération en matière de dossiers complexes de corruption – dont celle d'agents publics étrangers - n'a fait que renforcer cette sensibilisation. En plus de l'information sur le nouveau cadre légal, des mesures d'accompagnement ont été entreprises par les pouvoirs publics pour soutenir le travail des magistrats et policiers tant fédéraux que cantonaux. Le personnel du Ministère public de la Confédération reçoit une formation spécifique de trois mois, dont une partie dévolue à la corruption⁶, tandis que la Conférence des directeurs de justice et de police des cantons suisses a, en collaboration avec la Confédération, décidé de mettre sur pieds une formation *postgrade* en matière de lutte contre la criminalité économique dont plusieurs modules traitent de la corruption d'agents publics étrangers et de ses infractions connexes. Les premiers diplômés ont été délivrés en 2003.

16. Parallèlement aux mesures législatives et organisationnelles des efforts ont été entrepris par les pouvoirs publics pour sensibiliser leurs agents au nouveau cadre légal et prévenir les risques de corruption. Au niveau fédéral, la sensibilisation à la corruption sur les marchés étrangers concerne essentiellement trois catégories de personnel. Ainsi, les bureaux de coordination à l'étranger de la Direction du Développement et de la Coopération en charge des contrats liés à l'aide bilatérale sont instruits de faire immédiatement part d'un cas de corruption à leur supérieur direct à la centrale. Un travail de sensibilisation et de formation des agents diplomatiques à l'importance de la lutte contre la corruption est également entrepris par le Département fédéral des affaires étrangères: des instructions détaillées sont données au personnel des représentations à l'étranger d'assister les sociétés suisses concernées par la nouvelle législation et sur les actions à prendre lorsque celles-ci apprennent qu'une entreprise a fait l'objet d'une demande de pots-de-vin (conseils, recommandation d'un avocat fiable)⁷; le thème de la corruption des agents publics étrangers, les implications pénales, les répercussions commerciales sont traités chaque année dans le cadre du séminaire de formation destiné aux diplomates stagiaires. Finalement, le personnel de l'organisme fédéral en charge de l'octroi de garanties à l'exportation, la GRE, est tenu d'attirer l'attention de ceux qui demandent une garantie sur le fait que l'octroi et la validité de celle-ci dépendent expressément du respect des prescriptions légales concernant la corruption active d'agents publics étrangers. Au niveau cantonal, la plupart des efforts de sensibilisation entrepris par les autorités cantonales semblent avoir à ce jour considéré la lutte contre la corruption en termes plutôt généraux, ou bien sous l'angle de la prévention de la corruption de leurs propres agents.

⁶ Au moment de l'examen de la Suisse en Phase 2 par le Groupe de travail, les autorités suisses ont indiqué à l'équipe d'examen qu'un programme de formation continue dévolu en partie à la corruption était en train d'être mis en place par le Ministère public de la Confédération et la Police judiciaire fédérale.

⁷ Le personnel diplomatique se tient en outre prêt, tout comme le Point de contact national pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, à intervenir auprès de l'État étranger dans les cas de sollicitations de pots-de-vin.

b) *Mesures organisationnelles préventives dans le secteur des entreprises commerciales*

i) Les programmes de conformité des grandes entreprises suisses

17. Dans le secteur privé suisse ce sont surtout les grandes entreprises qui tiennent généralement compte des risques liés à la corruption sur les marchés étrangers et ont mis en place des systèmes plus ou moins compréhensifs pour essayer de prévenir des infractions de corruption par leurs agents et employés. Pour la plupart d'entre elles, qui ont la majorité de leur personnel et opérations localisés hors de Suisse, leurs politiques en la matière semblent prendre en compte, outre le nouveau droit suisse de la corruption, les obligations imposées dans des pays autres que la Suisse ainsi que les possibilités de la mise en cause de la responsabilité pénale ou civile de l'entreprise ou de leurs organes dirigeants dans ces pays, et d'autre part l'impact possible sur la réputation de l'entreprise des allégations de corruption. Ces entreprises, dans la mise en place de leurs politiques de prévention, s'efforcent généralement d'adopter des normes uniformes dans l'ensemble du groupe plutôt que de les adapter à la législation de chaque pays.

18. Évidemment, les politiques de conformité (*compliance policies*) peuvent parfois paraître davantage destinées à prévenir ou atténuer une éventuelle responsabilité de la société plutôt que de véritablement réduire la corruption mais il est difficile de faire la part des choses dans ce domaine. Un certain nombre de dossiers, judiciaires ou non, impliquant les grandes entreprises suisses (généralement, mais pas exclusivement, dans des domaines étrangers à la corruption) a cependant convaincu nombre d'entre elles, en particulier celles cotées en bourse, du coût potentiellement important d'allégations d'abus. Les dirigeants considèrent que l'intérêt de la société est de tout faire pour gérer les risques juridiques de manière active, à l'égard de la corruption comme envers d'autres risques analogues. Les entreprises les plus performantes dans le domaine de la lutte contre la corruption ne se contentent pas d'adopter les codes de conduite; elles bénéficient d'un engagement public d'une tolérance zéro de la corruption au plus haut niveau de l'entreprise et appliquent leurs codes de conduite avec détermination et méthode⁸. Ce type d'approche active, qui demeure toutefois exceptionnelle même dans les très grandes entreprises, donne lieu à l'imposition régulière de sanctions internes allant jusqu'au licenciement pour des violations des codes de conduite.

ii) Les mesures préventives au sein du tissu économique des autres entreprises

19. Les pratiques en matière de prévention des autres entreprises sont apparues plus en retrait. La connaissance du nouveau droit anti-corruption est apparue à l'équipe d'examen encore limitée. Les efforts méritoires de sensibilisation des pouvoirs publics et de certaines ONG suisses ne semblaient en effet pas avoir eu encore, à la date de la visite sur place de l'équipe d'examen, de répercussions significatives sur le degré de connaissance de la nouvelle infraction parmi les petites et moyennes entreprises, soit la majorité des entreprises qui constituent le tissu économique de la Suisse - les PME représentant en effet plus de 90 pour cent du total des entreprises enregistrées en Suisse⁹.

⁸ Le code de conduite introduit par une grande entreprise suisse active sur les marchés étrangers d'inspection des marchandises stipule par exemple que « *ni les souhaits de clients, ni la croissance du chiffre d'affaire ou du bénéfice, ni les ordres de supérieurs hiérarchiques ne sont plus importants que notre intégrité* ». Communiqué à l'ensemble des employés, son respect fait l'objet d'un examen annuel.

⁹ Les résultats préliminaires d'une enquête conduite conjointement par le chapitre suisse de l'organisation non gouvernementale Transparency International (TI) et Economiesuisse (la principale organisation patronale), auprès d'un échantillon d'entreprises en mars 2004, et présentée à l'équipe d'examen, participent à cette observation, même si le caractère réduit de l'échantillon invite à la prudence quant aux conclusions qui peuvent être faites à l'égard de cette enquête : des 123 questionnaires remplis (sur un total de 1100 distribués), il est ressorti que 48 pour cent des sociétés ayant répondu à l'enquête ne connaissaient pas l'existence de l'interdiction de la corruption des agents publics étrangers et 45 pour cent ignoraient la nouvelle loi sur la responsabilité pénale des entreprises. 63 pour cent

20. Après une première campagne de sensibilisation menée au moment de l'introduction de la nouvelle infraction en droit suisse, le Secrétariat à l'économie (SECO), en collaboration avec d'autres offices fédéraux, l'organisation patronale des entreprises suisses (Economiesuisse) et le chapitre suisse de l'organisation non gouvernementale Transparence Internationale, a publié en 2003 une brochure à l'intention des entreprises suisses actives sur les marchés étrangers, destinée à les informer des risques et des conséquences de la corruption de décideurs étrangers. Édité en quatre langues, tirée à 30 000 exemplaires, distribuée aux entreprises, organisations faitières, parlementaires et représentations suisses, diffusée sur Internet et médiatisée, cette publication a sans nul doute contribué à une plus grande sensibilisation du monde économique aux nouveaux risques. Des collaborateurs de l'administration fédérale, en particulier ceux du SECO, ont également été mis à la disposition de clubs souhaitant organiser des formations sur le thème de la corruption à l'étranger, comme cela a été fait dans le cadre de séminaires du Business Network Switzerland (OSEC).

21. Pour autant, une conférence programmée fin 2003 par TI, avec le soutien du SECO, afin de présenter les *Business Principles for Countering Bribery* de TI aux entreprises a dû être reportée à fin octobre 2004 faute d'intérêt suffisant. Le représentant de l'Association suisse des arts et métiers (USAM), association patronale représentant les petites et moyennes entreprises suisses, a fait part à l'équipe d'examen que son organisation laissait le rôle de premier plan en matière de sensibilisation des entreprises à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers à Economiesuisse parce que, de son point de vue, les PME « ne sont pas en première ligne » en ce qui concerne la corruption sur les marchés étrangers.

22. La récente introduction de la responsabilité pénale des personnes morales offre des perspectives intéressantes pour le renforcement de l'effort préventif des entreprises: jusqu'à maintenant, les politiques de prévention évoquées plus haut ont été mises en place notamment dans une optique de bonne gestion des risques, au regard des principes généraux de gestion et de la responsabilité civile des dirigeants et, pour les grandes entreprises en particulier, au regard des législations d'une multitude de pays éventuellement applicables à leurs activités internationales. Cependant l'impact éventuel des nouvelles dispositions en matière de responsabilité pénale des personnes morales sur les entreprises dépendra surtout de leur application effective par les tribunaux. Elles risquent de n'avoir que des effets limités si les entreprises ne voient pas qu'elles sont effectivement appliquées et que des entreprises sont sanctionnées. Or, les examinateurs considèrent qu'il existe plusieurs interrogations liées tant à la teneur des nouvelles règles qu'aux perspectives de leur application. Ces questions plus spécifiquement juridiques sont examinées dans le cadre de l'analyse de la responsabilité des entreprises aux §§ 105-113.

Commentaire :

Les examinateurs principaux reconnaissent les efforts exemplaires de certaines grandes entreprises et quelques PME suisses en matière de développement de mesures préventives organisationnelles mais regrettent la faible connaissance de l'infraction de corruption d'agent public étranger parmi beaucoup de petites et moyennes entreprises. Ils recommandent aux autorités suisses de poursuivre et d'amplifier leurs précieux efforts de sensibilisation aux dispositions anti-corruption de la loi suisse ciblant le secteur privé, en s'attachant particulièrement, en coopération avec les milieux économiques concernés, aux petites et moyennes entreprises présentes dans le commerce international.

d'entre elles avaient connaissance de la non-déductibilité des impôts pour les commissions occultes payées à des agents publics.

- iii) La fonction de prévention et de détection exercée par la comptabilité et les réviseurs d'entreprises

23. En matière d'établissement des comptes, les entreprises sont soumises à des conditions minimales fixées par les prescriptions applicables. Les normes comptables suisses (GAAP suisse ou normes RPC) établies par une fondation de droit privé - la Fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes - sur le principe d'une image fidèle de la situation de l'entreprise (True and fair view), ne sont obligatoires que pour les sociétés régies par la SWX Swiss Exchange.¹⁰ Beaucoup de grandes entreprises suisses, la plupart cotées en Suisse, ont adopté les normes IAS (International Accounting Standards) ou celles des 4^{ème} et 7^{ème} directives UE sur la comptabilité pour des raisons de comparabilité, crédibilité ou de compatibilité avec la réglementation des bourses étrangères (la 4^{ème} Directive contient des obligations minimales concernant la publicité et le contrôle des comptes, tandis que la 7^{ème} Directive concerne les comptes consolidés). Pour les autres entreprises, soit la plupart des entreprises opérant en Suisse¹¹, il n'existe pas de normes comptables « généralement acceptées », parce que l'application des normes RPC est facultative sauf pour des sociétés cotées en bourse et, de plus, celles-ci concernent principalement la présentation des comptes consolidés.

24. L'étendue de l'obligation légale de tenir une comptabilité commerciale varie en outre grandement selon la nature de l'entreprise. La loi laisse à chaque société la liberté de choisir le nombre et la forme des livres de commerce. Il en est de même pour le plan comptable qui peut être plus ou moins complet ou détaillé : à l'exception de certaines catégories importantes d'entreprises auxquelles la loi impose des schémas détaillés, par exemple ceux prévus par les art. 23 et suivants de l'Ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ou bien le schéma de présentation minimal pour le compte de résultat et le bilan des sociétés anonymes prévus aux art. 663 et 663a CO, chaque entreprise peut en principe choisir librement sa propre classification et sa propre numérotation. D'autres dispositifs peuvent participer à une certaine opacité, telle que l'inexistence d'une législation organisant une centralisation du dépôt des comptes annuels, même sous forme abrégée¹².

25. A ces lacunes au niveau de l'encadrement réglementaire s'ajoutent des déficiences du régime actuel applicable à la révision et aux réviseurs, ce qui a pour résultat un contrôle amoindri dans beaucoup de sociétés. Un certain nombre d'entités, parmi celles-ci : les sociétés anonymes, les sociétés cotées, les banques, les fonds de placement, les sociétés en commandite par actions, sont obligées de faire réviser leurs comptes par un organe de révision. Si, pour la SA, le code des obligations exige le contrôle des comptes par un réviseur, aucune qualification, ni habilitation formelle ni surveillance, n'est toutefois généralement requise pour exercer l'activité de réviseur jusqu'à présent. Comme il a été noté lors de la visite sur place, tout un chacun peut en principe être réviseur. Seuls les réviseurs des « grandes » sociétés constituées en société anonyme (les « grandes » sociétés anonymes sont celles qui atteignent deux de ces trois critères pour deux années fiscales consécutives: actifs de plus de CHF

¹⁰ A partir de 2005, toutes les sociétés cotées seront obligées de présenter leurs comptes selon les normes IFRS (IAS) ou GAAP US. « *Repositionnement des Swiss GAAP RPC* », FER communiqué de presse (6/1/03).

¹¹ Environ 400,000 entités seraient assujetties à l'obligation de tenir une comptabilité et d'établir des comptes annuels. D'après un recensement fédéral des entreprises privées en 1997, 287,300 sur 288,200 entreprises étaient des PME. Voir LECCA, 4^{ème} Partie (Commentaires) (article 2), p.101. Selon un représentant de la Chambre Fiduciaire, environ 95% des sociétés suisses emploient moins de 20 personnes.

¹² Ceci, comme souligné par un professionnel de la comptabilité rencontré par l'équipe d'examen, peut rendre plus difficile l'accès à des informations essentielles sur l'entreprise, comme par exemple la détention par celle-ci de filiales étrangères.

20M, chiffre d'affaires de plus de CHF 40M, moyenne annuelle de 200 effectifs) et des sociétés soumises à des lois spéciales (sociétés cotées, banques, fonds de placement notamment) doivent être « qualifiés ». Dans les autres cas, la fiabilité du contrôle exercé par les réviseurs sur les comptes de l'entreprise s'en retrouve affaiblie.

26. La fonction de prévention et de détection exercée par les réviseurs risque encore d'être amoindrie par le manque de directives précises sur l'indépendance de l'organe de révision par rapport à la société soumise à la révision. Certes, l'article 727c CO interdit tout lien entre le réviseur et le conseil d'administration ou un actionnaire majoritaire ainsi que les travaux « incompatibles » avec son mandat de vérification. Des incertitudes quant à sa portée ont néanmoins été exprimées par des représentants de la profession lors de la visite sur place. Pour cette raison, la Directive sur l'indépendance de la Chambre Fiduciaire¹³ (2001) - qui s'applique, selon un système d'autorégulation, en l'absence d'intervention législative et de contrôle des Autorités, à l'ensemble des membres de la Chambre, devrait être renforcée dans un proche avenir pour la rapprocher des normes de la Fédération internationale des comptables (IFAC) afin d'insister sur l'importance de l'objectivité et l'indépendance des réviseurs.

27. Conscientes de ces problèmes, les autorités fédérales se sont engagées dans un processus de réforme dans le but d'améliorer l'efficacité du système de contrôle et la transparence des comptes annuels. L'avant-projet de la loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) a été divisé en mars 2003 en deux projets : l'un traite du contrôle et l'autre de l'établissement des comptes annuels. Le premier ayant été considéré comme plus urgent a été avancé dans le temps. Le Message approuvé par le Conseil fédéral le 23 juin 2004¹⁴ concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs prévoit une révision complète du système de contrôle en suisse. En particulier, la réforme envisage de concrétiser les devoirs attribués aux organes de révision et de renforcer l'indépendance de ceux-ci. Le système serait en outre modifié : on passerait d'un système d'autorégulation à un système de surveillance étatique. Une autorité nationale de surveillance aurait désormais compétence pour décider de l'octroi de autorisations en ce qui concerne les offres de services de révision et superviserait les organes de révision des entreprises publiques ainsi que de leurs sociétés filles principales. Le deuxième projet relatif à l'établissement des comptes annuels sera très probablement joint à la révision du droit des sociétés anonymes en cours et soumis à la consultation publique en 2005.

Commentaire :

Les examinateurs félicitent le gouvernement pour son engagement dans la réforme sur l'établissement et le contrôle des comptes ainsi que sur la qualification, l'agrément, la surveillance et l'indépendance des réviseurs. Dans ce contexte, les examinateurs recommandent aux autorités suisses de poursuivre vigoureusement leurs efforts pour assurer une meilleure transparence des entreprises, afin d'améliorer la prévention et la détection des faits de corruption en conformité avec l'article 8 de la Convention et la Recommandation Révisée. Au vu de la situation actuelle en Suisse, notamment en ce qui concerne l'indépendance des organes de révision, les examinateurs principaux invitent les autorités fédérales à moderniser le système de révision des comptes, notamment en s'appuyant sur le mouvement législatif récemment manifesté pour accélérer le processus de réforme.

¹³ La Chambre Fiduciaire est une entité d'autorégulation privée qui rassemble 900 entreprises ainsi que 4600 experts-comptables, experts-fiduciaires ou experts fiscaux à titre individuel. C'est actuellement la seule entité habilitée à certifier les comptables en Suisse. Néanmoins, les réviseurs suisses ne sont pas obligés d'être comptable pour exercer leur fonction.

¹⁴ Feuille fédérale du 20 juillet 2004, pp. 3745 ss.

c) *Mesures organisationnelles préventives dans le secteur financier*

i) Devoirs de diligence et mesures de précaution des intermédiaires financiers

28. Afin de prévenir l'utilisation de la place financière suisse à des fins de blanchiment, l'article 305^{ter} CP punit, depuis 1990, le défaut de vigilance en matière d'opérations financières par une personne qui accepte professionnellement des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers, les garde en dépôt ou aide à les placer ou à les transférer. Sous l'empire de l'article 305^{ter} CP est tout particulièrement visé tout le secteur financier, notamment les banquiers, les fiduciaires, les marchands de métaux précieux, les agents de change, les gérants de fortune, les conseillers en placements, les assureurs-vie, les casinos et la poste.

29. Le législateur a concrétisé les devoirs de diligence des intermédiaires financiers en adoptant la loi cadre sur le blanchiment d'argent (LBA). Environ 6.700 intermédiaires financiers, dont près de 400 banques, une vingtaine de casinos, environ deux mille gérants de fortune, plus de mille avocats, des centaines de sociétés fiduciaires ainsi que, depuis janvier 2002, les sociétés de domicile par le biais de leurs organes en Suisse¹⁵ sont soumis à la loi sur le blanchiment. Beaucoup d'obligations imposées au secteur financier par la LBA visent à obliger les personnes exerçant une activité d'intermédiaire financier à titre professionnel à mettre en place une organisation permettant d'éviter la commission d'infraction de blanchiment d'argent de la corruption ou des mouvements financiers d'origine douteuse. Parmi ces obligations figurent la vérification de l'identité du cocontractant, l'identification de l'ayant droit économique, le renouvellement de la vérification de l'identité du cocontractant et de l'identification de l'ayant droit économique, l'éclaircissement de l'arrière-plan économique et du but d'une relation d'affaires ou d'une transaction, ainsi que le devoir d'établir et de conserver des documents appropriés en vue de satisfaire aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale.

30. Dans la LBA figure également, pour les intermédiaires financiers, l'obligation de prendre des mesures organisationnelles nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent, en particulier celles de veiller à ce que le personnel reçoive une formation suffisante et celle d'effectuer des contrôles. Par ailleurs, un intermédiaire financier, quel qu'il soit, afin d'être autorisé à exercer son activité, doit notamment démontrer qu'il dispose d'une organisation appropriée, c'est-à-dire une organisation qui remplit les exigences d'organisation définies par la LBA et d'autres textes législatifs et para législatifs pertinents. Par exemple, la nouvelle ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment, entrée en vigueur en juillet 2003, concrétise les prescriptions de la loi sur le blanchiment pour les établissements directement soumis à sa surveillance : aux termes de celle-ci, banques et négociants en valeurs mobilières doivent désormais identifier sur la base de critères prédéfinis toutes les relations d'affaires (préexistantes ou nouvelles) comportant des risques accrus et mettre en place un système informatisé de surveillance des transactions permettant la détection de transactions inhabituelles. En outre, les intermédiaires financiers qui possèdent des succursales à l'étranger ou qui dirigent un groupe financier comprenant des sociétés étrangères doivent élaborer un système de gestion globale des risques juridiques et de réputation. D'autres obligations de type organisationnel, notamment celles d'adopter des directives internes de blanchiment, de veiller à la formation régulière de leur personnel et d'instaurer un système de surveillance et un service interne de

¹⁵ Sont réputées sociétés de domicile au sens de la réglementation tous les véhicules sociétaires, quelle que soit leur structure juridique, conçus pour permettre à un ayant droit économique de dissimuler ses valeurs patrimoniales. Font notamment partie des sociétés de domicile les trusts, les « Anstalt » et les fondations de famille (il faut préciser qu'il ne s'agit pas là de formes juridiques suisses mais étrangères, qui peuvent être actives sur la place financière suisse). Voir, sur ce point, le *Rapport annuel 2002* de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

lutte contre le blanchiment, étaient déjà contenues dans des circulaires antérieures¹⁶. Des principes semblables se retrouvent par ailleurs de plus en plus fréquemment dans la réglementation du secteur non bancaire. Enfin, le droit pénal relatif à la responsabilité de l'entreprise (article 100quater CP) impose également de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires afin d'éviter la corruption ou le blanchiment d'argent. Cette disposition s'applique également aux intermédiaires financiers, qui sont requis d'adopter des mesures organisationnelles afin de prévenir ces délits ou de s'assurer que les mesures existantes sont efficaces et, si besoin est, de les renforcer (en particulier par des mesures de formation, de contrôles, de rapports internes ou par l'établissement d'un bureau interne spécialisé).

ii) Dispositifs de surveillance

31. Le niveau de crédibilité de telles mesures destinées à prévenir l'infraction de blanchiment ne peut pour autant être atteint que par l'existence d'un dispositif de surveillance adéquat pour leur application effective. En matière de contrôle du blanchiment, la Suisse a choisi, dans le domaine non bancaire, d'encourager l'autodiscipline dans le cadre d'un dispositif qui fait appel aux autorités de surveillance privées et aux autorités administratives de contrôle¹⁷. Les communautés professionnelles -organismes d'autorégulation (OAR) ou d'auto-réglementation -, lorsqu'elles surveillent l'application des principes légaux de vigilance et procèdent à la définition des instruments de régulation des pratiques professionnelles, sont toutefois tenues de se concerter étroitement avec les autorités de surveillance compétentes et les règlements et les directives les plus importantes de ces organismes d'autorégulation doivent être approuvés par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (principe d'autorégulation surveillée). Revient ainsi à la Commission fédérale des banques la surveillance et le contrôle directs des quelques 400 établissements bancaires, de la centaine de négociants en valeurs mobilières et des quelques 50 directions de fonds de placement ; à l'Office fédéral des assurances privées le contrôle direct de 3 des 26 sociétés d'assurance vie (les autres étant surveillées indirectement par l'intermédiaire de l'organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances) ; et à la Commission fédérale pour les maisons de jeu la surveillance des 19 casinos au bénéfice d'une concession à la date de juin 2004. A l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment revient la surveillance soit indirecte – par l'intermédiaire des organismes d'autorégulation au nombre de douze – soit directe des quelque 6200 intermédiaires financiers (gestionnaires de fortune, distributeurs de fonds de placement, intermédiaires exerçant des activités fiduciaires, de change, de transfert de fonds et autres) soumis à son autorité¹⁸.

32. Les autorités de surveillance et contrôle disposent d'une large palette de sanctions en vue de rétablir l'ordre légal. Elles peuvent admonester les auteurs de comportements peu scrupuleux, exiger la mise en œuvre de mesures organisationnelles, voire, en cas de « manquements graves », démettre les organes responsables de leur fonction ou, sanction suprême, prononcer le retrait d'autorisation

¹⁶ Circulaire CFB 91/3, entrée en vigueur en mai 1992 et remplacée en juillet 1998 par la Circulaire CFB 98/1.

¹⁷ Le système applicable aux établissements financiers du secteur bancaire se distingue en effet de celui en vigueur pour les autres intermédiaires financiers, le contrôle de l'observation des obligations de la LBA par les établissements soumis à sa surveillance étant de la compétence exclusive de la Commission fédérale des banques. Si l'Association suisse des banquiers (ASB) a créé une Commission de surveillance ayant pour mission de veiller au respect des règles formelles en matière d'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique prévues par la Convention de diligence, ce domaine reste soumis à la surveillance de la CFB.

¹⁸ Tout intermédiaire financier qui n'est pas déjà soumis à l'une des autres autorités de surveillance doit en effet nécessairement s'affilier auprès d'un organisme d'autorégulation, soumis lui-même à la surveillance de l'Autorité de contrôle, ou se soumettre à la surveillance directe de l'Autorité de contrôle. Parmi les quelque 6 200 intermédiaires financiers soumis à l'Autorité de contrôle, la plupart sont affiliés à un organisme d'autorégulation et environ 300 sont directement soumis à l'Autorité.

d'exercer l'activité d'intermédiaire financier et de mettre la société en liquidation¹⁹. Elles peuvent également porter plainte au pénal pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières aux termes de l'article 305^{ter} CP. Dans la pratique, priorité est donnée, comme l'ont souligné l'ensemble des participants aux panels sur le blanchiment, aux mesures organisationnelles correctives : rares sont les infractions constatées aux prescriptions légales qui conduisent au retrait de l'autorisation d'exploiter, comme en témoigne la pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, pour le segment financier dont elle a la charge²⁰. Une observation similaire peut être faite à l'égard des sanctions prononcées par la Commission fédérale des banques : seulement quatre établissements - pour des irrégularités étrangères aux dispositions anti-blanchiment de la loi - s'étaient vus retirés leur autorisation en 2002²¹. Le nombre très faible de condamnations au pénal pour « défaut de vigilance » - une à deux au cours des dernières années - est un indicateur supplémentaire de l'usage limité que font les autorités de surveillance ou de contrôle des sanctions les plus dissuasives à leur disposition pour corriger des dysfonctionnements constatés dans le secteur financier.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent les efforts engagés par les autorités helvétiques afin de prévenir l'utilisation de la place financière à des fins de blanchiment, notamment en relation avec la corruption sur les marchés étrangers. La crédibilité des mesures destinées à prévenir une telle utilisation dépend d'un dispositif de surveillance et des sanctions effectives. Les examinateurs recommandent dans ce contexte aux autorités suisses de sensibiliser les autorités de surveillance à l'éventail complet des sanctions disponibles afin de réprimer de manière plus dissuasives les manquements constatés aux obligations de vigilance.

2. La détection des faits de corruption d'agents publics étrangers et infractions connexes

33. Dans le dispositif suisse de lutte contre la criminalité économique, le contrôle de nature judiciaire n'intervient généralement pas en premier lieu, mais seulement lorsque les acteurs concernés en réfèrent à lui en exerçant, par exemple, leur devoir de communication ou bien en portant plainte. Certes, des services de police ont depuis 2002 été établis au niveau fédéral pour se pencher sur la grande délinquance économique et financière, évaluer la situation, que complètent des unités dans certains cantons, mais, jusqu'à présent, les cas où les autorités de poursuite ont pris l'initiative ont été rares: les enquêtes en matière de corruption transnationale et de blanchiment sont initiées le plus souvent par des interventions de l'étranger (demande de police ou commission rogatoire internationale), des communications de soupçons de blanchiment ou, plus rarement, de plaintes du secteur privé.

a) Le dépistage fondé sur l'autorégulation privée dans le secteur financier

34. Afin de faciliter la détection d'opérations de blanchiment, le législateur suisse a établi une obligation générale de communiquer des soupçons de blanchiment. Cette obligation, inscrite à l'article 9 LBA, incombe à l'intermédiaire financier qui sait ou présume, sur la base de soupçons *fondés*, que

¹⁹ Les intermédiaires financiers travaillant sans autorisation sont punis d'une amende conformément aux dispositions de la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

²⁰ A la date de la visite sur place, si l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent avait prononcé dans sept cas la mise en liquidation de sociétés et la radiation du registre du commerce de deux raisons individuelles (qui ne peuvent pas être liquidées), ces décisions avaient concerné le seul exercice non autorisé de l'activité d'intermédiaire. La violation des obligations de diligence n'a donné lieu qu'à des décisions visant à modifier l'organisation interne des intermédiaires financiers concernés. S'ajoutent à ces décisions les cas d'intermédiaires exclus d'une OAR, à laquelle ils étaient affiliés, pour violation des obligations de vigilance.

²¹ Commission fédérale des banques, *Rapport de gestion 2002*, pp. 42-44, p. 120.

des valeurs patrimoniales impliquées *dans une transaction ou une relation d'affaires* proviennent d'une opération de blanchiment d'argent, d'un autre crime – dont la corruption active d'agents publics étrangers. En sus de l'obligation de communiquer ses soupçons, l'intermédiaire doit immédiatement bloquer les valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées et qui ont un lien avec les informations communiquées et, tant que dure le blocage interne, l'intermédiaire à l'interdiction d'informer son client ainsi que les tiers de la communication faite²². L'obligation de communication vient compléter le droit (non l'obligation) de communiquer aux autorités compétentes des indices fondant le soupçon que des valeurs proviennent d'un crime, inscrit à l'article 305^{ter} alinéa 2 CP et ouvert aux personnes qui ont la charge de valeurs patrimoniales²³. Les communications doivent être adressées au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) qui assure l'interface entre les intermédiaires financiers et les autorités pénales.

35. L'efficacité d'un tel système repose essentiellement sur la diligence avec laquelle les intermédiaires financiers et, le cas échéant, les organismes chargés de leur surveillance satisfont à leur obligation de remontée de l'information vers le MROS. Dans ce domaine, une grande diversité de pratiques d'un groupe professionnel à un autre peut être observée à partir des statistiques compilées par le MROS dans ses rapports annuels : alors que la part des annonces réalisées par les banques depuis le début de la décennie a oscillé entre 75 (en 2000) et 35 pour cent (en 2003), celles émanant de gérants de fortune, de conseillers en placement ou de fiduciaires sont restées, pour l'essentiel, insignifiantes (5,6 pour cent du total des communications pour les fiduciaires en 2003 ; 2,5 pour cent pour les gérants de fortune et conseillers en placement). De l'avis des examinateurs principaux, les conséquences commerciales que peut avoir l'obligation d'annonce, les possibilités de l'éviter en refusant la relation d'affaires et - dans certains cas – une certaine marge dans l'appréciation de la notion de soupçon fondé, pourraient expliquer la diversité des pratiques en matière d'obligation d'annonce. Selon des représentants de la profession entendus par l'équipe d'examen, l'explication serait à trouver ailleurs : le nombre relativement petit de communications émanant de certains intermédiaires tiendrait à la grande qualité des communications faites, reposant toutes sur un soupçon *fondé* de blanchiment.

36. Il n'est sans doute pas aisé pour les organismes de surveillance de s'assurer que l'obligation d'annonce est toujours appliquée. Un regard porté sur les moyens dont dispose l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment illustre cette question: compte tenu du fait qu'elle est très chargée par la diversité des tâches qui lui incombent – qui vont de l'autorisation des intermédiaires financiers à la vérification des activités des organismes d'autorégulation -, et qu'elle dispose pour ce faire de 25 postes, il n'est pas toujours facile pour l'Autorité de détecter toutes les infractions aux dispositions de la loi.²⁴ Lors de leurs discussions avec l'équipe d'examen, les autorités de surveillance

²² L'intermédiaire est tenu de maintenir le blocage jusqu'à réception d'une décision de l'autorité compétente, pour une période maximale de cinq jours ouvrables à compter du moment où il a informé le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent. Près d'un milliard de francs suisses ont été bloqués et annoncés par les banques pour soupçon de blanchiment lié à la corruption, soit environ un cinquième du montant total des blocages opérés sous les dispositions anti-blanchiment de la loi suisse entre 1998 et 2003.

²³ Cette notion couvre des personnes allant au-delà du cercle des professionnels financiers (ATF 129 IV 338). En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que la personne qui, mandatée par une autre personne, transporte de l'étranger en Suisse des sommes d'argent appartenant à un tiers, les verse sur le compte bancaire d'une entreprise qu'il domine, et fait virer ces sommes sur les comptes d'autres personnes conformément aux instructions du mandant, effectue une affaire financière et, à ce titre, tombe sous l'empire de l'article 305^{ter} CP.

²⁴ S'agissant de la Commission fédérale des banques, elle disposait au 1^{er} septembre 2003 pour la surveillance des quelque 500 établissements soumis à son contrôle d'environ 130 collaborateurs, dont une cinquantaine directement impliqués dans la surveillance anti-blanchiment (données statistiques de la Commission fédérale des banques, in *La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, octobre 2003, p. 73*) auxquels s'ajoutaient approximativement 460 personnes affectées par les sociétés d'audit à la révision externe de ces établissements. La Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ) disposait au 1^{er} janvier 2004, sur une trentaine de collaborateurs, d'une quinzaine impliqués

ont d'ailleurs indiqué que leur contrôle n'intervenait le plus souvent qu'*a posteriori*, une fois que des révélations dans la presse, une commission rogatoire internationale ou une enquête diligentée par un juge d'instruction suisse avaient mis au jour des soupçons d'opérations de blanchiment effectuées dans des établissements dont elles ont la surveillance, et avaient ainsi souligné que le travail de détection et de signalement par l'intermédiaire n'avait pas été correctement fait²⁵.

37. La loi sur le blanchiment recense divers délits administratifs pénaux, à commencer par la violation de l'obligation de communiquer, y compris par négligence, punie d'une amende maximale de 200 000 francs suisses (133 000 €). Le droit pénal administratif régit la procédure en la matière et le Département fédéral des finances est compétent pour poursuivre : si, en effet, la poursuite et la répression des infractions au code pénal (blanchiment d'argent – art. 305^{bis} - et défaut de vigilance en matière d'opérations financières – art. 305^{ter}) relèvent de la compétence du juge pénal, la poursuite des infractions à l'obligation de communiquer, conformément à l'art. 39 LBA, dépend du Département des finances. Dans la pratique, les poursuites engagées de son propre chef par l'autorité pénale administrative sont rares, celle-ci n'intervenant qu'après qu'une violation ait été dûment constatée par l'autorité de surveillance compétente. La jurisprudence actuelle du Département fédéral des finances ne fait état que de très peu de condamnations, lesquelles portent en outre quasiment toutes sur l'exercice d'une activité sans autorisation (aucune n'avait concerné au moment de la visite sur place une infraction à l'article 9 LBA).

38. La législation anti-blanchiment, bien que déjà très sophistiquée, laisse finalement échapper du champ d'application d'annonce certains professionnels qui pourraient, de par leurs activités, se révéler une source utile de prévention et de détection d'opérations de blanchiment liées à la corruption sur les marchés étrangers, ou bien ne les y soumet qu'en partie, en fonction des opérations qu'ils réalisent (dans la mesure où l'activité de ces professionnels tombe sous la définition d'intermédiation financière, ces professionnels sont en effet tenus au respect des obligations anti-blanchiment de la loi). Ainsi en est-il des professionnels du droit (avocats, notaires) ou financiers (gérants de fortune, par exemple) consultés par une entreprise corruptrice pour la constitution de « caisses noires », soit la constitution d'avoirs hors bilan par le biais de la création et l'administration d'une société dite boîte à lettre dans un pays off-shore. Selon les informations recueillies par les examinateurs lors de la visite sur place, ce type de consultation ne tomberait pas sous le coup de règles anti-blanchiment. De l'avis des autorités fédérales, de tels comportements sont néanmoins punissables au titre de la complicité pour blanchiment d'argent en droit suisse.

Commentaire :

Les examinateurs principaux estiment que l'obligation explicite, aux termes de la loi anti-blanchiment et des régulations sectorielles, incombant aux intermédiaires financiers d'informer le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de soupçons de l'origine criminelle des valeurs patrimoniales dont ils assurent la gestion est une mesure importante pour la lutte

dans la surveillance anti-blanchiment de la vingtaine d'établissements soumis à son contrôle et l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) d'une quarantaine de collaborateurs pour la surveillance directe ou indirecte de 26 compagnies d'assurances privées.

²⁵ Le *Rapport de gestion 2003* de la Commission fédérale des banques publié en avril 2004 cite plusieurs affaires de ce type : mouvements suspects de 84 millions de dollars liés à des « personnalités politiquement exposées » en Asie centrale et des sociétés pétrolières sans que la banque ait exercé son devoir de communication auprès des autorités de poursuite pénale ou d'alerte auprès de la Commission, mis à jour dans le cadre d'une enquête diligentée par un juge d'instruction suisse ; transactions inhabituelles opérées sur un compte d'un client de longue date d'une autre banque mises à jour à l'occasion d'une demande d'entraide judiciaire formulée par des autorités étrangères pour corruption et blanchiment d'argent et révélant que la banque avait manqué à son obligation de vérifier le contexte économique des transactions.

contre la corruption transnationale. Les examinateurs principaux recommandent aux autorités suisses d'inviter les organes de surveillance à recourir à l'éventail complet des sanctions à leur disposition pour réprimer les manquements constatés à l'obligation d'annonce.

b) *Le dépistage en dehors du secteur financier*

i) Les révélations émanant des organes dirigeants et autres unités de l'entreprise

39. Un sondage mené en 1997 auprès des entreprises suisses a révélé que, si 62 pour cent d'entre elles admettaient avoir été victimes d'actes de criminalité économique commis en leur sein, elles n'avaient toutefois informé la justice pénale que d'un cas sur huit²⁶. L'image de marque de la compagnie, la confiance des clients ou des créanciers, les intérêts des actionnaires, sont autant de facteurs filtrants susceptibles d'amener les dirigeants d'entreprise à ne pas porter une infraction commise au sein de leur organisation à la connaissance de la police, voire à démentir lorsque des informations sur la commission de telles infractions viennent à sortir de l'entreprise, ou, comme l'a rapporté un représentant des médias à l'équipe d'examen, à être tenté de faire pression sur la direction des journaux qui songeraient à s'en faire l'écho.

40. Au moment de la visite sur place, les irrégularités, voire des violations de la loi détectées par l'organe de révision avaient également peu de chances de « sortir » de l'entreprise. Certes, en application des textes, une obligation d'aviser par écrit le conseil d'administration incombait au réviseur qui, au cours de sa vérification, constatait des violations à la loi et, dans les cas qualifiés de « grave » par la loi, de porter l'affaire devant l'assemblée générale (art. 729b al. 1 CO)²⁷. La décision d'aviser l'assemblée pouvait toutefois s'avérer très délicate. Outre le fait que les règles applicables aux réviseurs élaborées par la Chambre suisse des fiduciaires et des experts-comptables concernant la façon de conduire les travaux d'audits prévoyaient de façon explicite – en violation de l'article 8 de la Convention OCDE – que les irrégularités à des fins de corruption ne tombaient pas sous la catégorie des fraudes et violations à la loi²⁸, les organes exécutifs dont le comportement risquait d'être mis en cause pouvaient faire pressions sur des réviseurs pour les amener à renoncer à informer l'assemblée générale. Au moment de l'examen de la Suisse, aucune procédure ouverte pour corruption active d'agents publics étrangers n'avait eu comme origine une déclaration d'un vérificateur de comptes.

41. La situation devait toutefois évoluer dans un avenir relativement proche. Les nouvelles normes adoptées en juin 2004 par la Chambre fiduciaire dont la mise en oeuvre progressive devait se faire à partir du 1^{er} janvier 2005 mettent en effet l'accent sur l'efficacité des dispositifs permettant de détecter des malversations, insistent sur la nécessité pour les commissaires aux comptes d'avoir un esprit critique envers les comptes de l'entreprise et ne considèrent plus expressément la corruption comme sortant de la catégorie des fraudes et violations de la loi²⁹. Au contraire, la norme 250 sur « la prise en compte des textes législatifs et réglementaires dans l'audit des états financiers », et qui liste des exemples de situations pouvant indiquer au réviseur le non-respect de textes législatifs par l'entreprise, se réfère à des cas derrière lesquels pourrait se dissimuler le versement de pots-de-vin à

²⁶ Revisuisse, *Wirtschaftskriminalität*, Zurich: Revisuisse Prince Waterhouse, 1997.

²⁷ Aux termes des dispositions régissant les sociétés anonymes, l'assemblée générale, informée d'irrégularités et jugeant que celles-ci font subir à la société un dommage, peut décider une action en justice. Ont également qualité pour agir les actionnaires et les créanciers qui font valoir un dommage soit direct soit indirect (art. 754 CO).

²⁸ Chiffre 2.4 de la norme no. 9 concernant la « Fraude et la vérification des comptes annuels » des *Normes d'audit Édition 2001* de la Chambre suisse des fiduciaires et des experts-comptables : http://www.chambre-fiduciaire.ch/management/file/AUDIT_2001.pdf

²⁹ Norme d'audit suisse (NAS) 240 concernant la « Fraude et erreur – responsabilité de l'auditeur » des Normes d'audit suisses (NAS) Édition 2004 : http://www.treuhand-kammer.ch/FRA/pdf/neu_ps_fr.pdf

des agents publics étrangers (commissions sur vente ou commissions d'agent surproportionnées par rapport aux services rendus, opérations inhabituelles dans des paradis fiscaux, etc.). Ces normes s'appliqueront dans un premier temps aux seules « grandes » sociétés anonymes³⁰ et aux sociétés soumises à des lois spéciales (sociétés cotées, banques, fonds de placement notamment) ; la conduite des travaux d'audit dans les autres sociétés restera régie par la norme no. 9 concernant la « Fraude et la vérification des comptes annuels » des *Normes d'audit 2001* qui exclut les irrégularités à des fins de corruption de la catégorie des fraudes et violations à la loi.

42. Par ailleurs, le projet de loi visant à modifier le code des obligations, inscrit dans le programme de la législature suisse 2003-2007, contient un nouvel article 728c CO (« avis obligatoire de l'organe de révision ») visant à assurer que l'ensemble des violations à la loi – notamment des délits pénaux – constatées par un réviseur soit signalé soit à l'assemblée générale en cas de « violation grave de la loi », soit dans les autres cas au conseil d'administration puis, en cas d'inaction de la part de celui-ci, à l'assemblée générale³¹.

Commentaire :

Dans le cadre de la réforme des normes d'audit engagée par la Chambre suisse des fiduciaires et des experts-comptables, les examinateurs principaux recommandent aux autorités helvétiques d'encourager la Chambre suisse des fiduciaires et des experts comptables d'achever dans les meilleurs délais la modification en cours des normes de vérification des comptes. Par ailleurs, les examinateurs principaux recommandent aux autorités suisses de considérer d'étendre les exigences en matière d'avis obligatoire des réviseurs d'entreprises inscrites dans le projet législatif modifiant le code des obligations par l'établissement d'une obligation expresse, pour les réviseurs, de signaler auprès des autorités de poursuite pénale tout indice d'éventuels actes de corruption dans le cas où les organes de la société dûment saisis s'abstiendraient d'agir.

- ii) Le dépistage fondé sur des dénonciations émanant de salariés du secteur privé et d'agents des administrations publiques

43. La possibilité qu'un salarié d'une entreprise ou d'un établissement financier témoin de malversations décide de les révéler aux autorités publiques semble également assez limitée; à la date de l'examen de la Suisse en Phase 2, aucun cas de « whistleblowers » dénonçant des activités corruptrices de leur entreprise n'était connu des autorités de poursuites présentes à la visite. De l'avis de Transparence internationale et des syndicats auditionnés, c'est le droit du travail, qui ne protège pas efficacement les salariés de licenciements abusifs (indemnité de licenciement abusif limitée à 6 mois de traitement maximum par la loi et, dans la pratique, souvent réduite par les Tribunaux); absence d'obligation pour l'employeur de procéder à la réintégration de l'employé victime d'un licenciement abusif), et la taille relativement petite du pays qui en seraient la cause principale : le dénonciateur, étiqueté comme délateur, se retrouverait très vite exclu du marché du travail, la loi suisse ne contenant pas de dispositions spécifiques visant à protéger le « droit d'alerte » des salariés ni à garantir la réintégration du salarié abusivement licencié.

³⁰ Voir la définition des grandes sociétés anonymes donnée plus haut au paragraphe 25.

³¹ Cf. Message 01.082 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs approuvé par le Conseil fédéral le 23 juin 2004, pp. 3800-1. Il convient de noter qu'aux termes des dispositions régissant les sociétés anonymes, l'assemblée générale, informée d'irrégularités et jugeant que celles-ci font subir à la société un dommage, peut décider une action en justice. Ont également qualité pour agir les actionnaires et les créanciers qui font valoir un dommage soit direct soit indirect (art. 754 CO).

44. En tant que travailleurs au sens du droit suisse, les « donneurs d'alerte » potentiels, au contraire, sont soumis à plusieurs obligations juridiques contraignantes. Parmi celles-ci figurent le devoir de « fidélité », inscrit à l'article 321a alinéa 1^{er} CO, en vertu duquel « le travailleur ... sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur », devoir qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (Cf. ATF 104 II 28), est accru pour les cadres, c'est-à-dire précisément pour ceux qui pourraient être les plus à même de détecter des infractions dans le cadre de leur mission aux côtés des organes dirigeants. Figure également une obligation de « discrétion », inscrite à l'article 321a alinéa 4 CO, aux termes de laquelle les salariés d'une entreprise ne peuvent pas révéler à des tiers des faits susceptibles de nuire à la renommée ou au crédit dont jouit l'entreprise, et cela même s'il s'agit de faits avérés, et qui est applicable également aux actes punissables ou illicites de l'employeur (actes de concurrence déloyale, fraudes fiscales)³². Il en est de même pour les administrateurs de sociétés, professionnels de la comptabilité, avocats « maison » qui, détectant des opérations frauduleuses ou des actes illicites, souhaiteraient en avertir les autorités de poursuite : l'obligation de secret professionnel ou le devoir de discrétion et de réserve légal ou conventionnel qui pèsent sur ceux-ci leur interdisent, dans la plupart des cas, de révéler spontanément ce qu'ils apprendraient au cours de leur mission. L'art. 730 CO impose ainsi expressément un devoir de discrétion aux réviseurs. Le devoir de discrétion des administrateurs découle, lui, du devoir de fidélité et de l'article 162 CP (violation du secret commercial).

45. La portée de l'option pour le salarié de choisir de s'adresser aux organes dirigeants de l'entreprise en vertu du principe établi dans un arrêt du tribunal fédéral (cf. ATF 127 III 310) et une partie de la doctrine selon lequel l'obligation de fidélité qui s'impose à lui résulte dans une obligation de non seulement s'abstenir de tout comportement susceptible de léser l'employeur dans ses intérêts légitimes, mais aussi d'intervenir de manière active, par exemple en annonçant à l'employeur les irrégularités et les anomalies constatées dans l'entreprise, semble, dans l'opinion des examinateurs, tout aussi limitée dans la pratique. Comme noté plus haut dans le présent rapport, l'image de marque de la compagnie, la confiance des clients ou des créanciers, sont autant de facteurs susceptibles d'amener les dirigeants d'entreprise à décider de ne pas porter une infraction annoncée à eux à la connaissance de la police.

46. La faculté offerte par l'article 305^{ter} alinéa 2 CP à toute personne - y compris celles astreintes au secret professionnel - de communiquer aux autorités de poursuite les indices fondant un soupçon que les valeurs patrimoniales dont elles ont la charge ou pour lesquelles elles exercent des activités de conseil en vue de leur placement ou de leur transfert proviennent de la corruption sur les marchés étrangers, semble aussi buter sur plusieurs obstacles au moment de sa mise en œuvre. La situation des personnes astreintes aux termes de la loi à s'assurer de l'origine des valeurs patrimoniales, peut se révéler pour le moins délicate dès lors que celui qui dénoncerait sans indices suffisants violerait le secret professionnel et s'exposerait à des sanctions pénales à ce titre aux termes des articles 162 (violation du secret commercial) et 321 CP et de l'article 47 de la loi sur les banques. Déterminer le degré nécessaire de certitude pour justifier la dénonciation est dès lors primordial. Les quelques lignes directrices données par le Message du Conseil fédéral restent sur ce point, de l'avis des examinateurs principaux, cependant vagues³³ et les entretiens conduits par l'équipe d'évaluation lors de la visite sur place avec différents intermédiaires financiers ont montré une appréciation généralement stricte de la notion de « soupçon fondé ».

³² Selon les autorités fédérales, des intérêts privés (c'est-à-dire de tiers) ou publics « prépondérants » peuvent dans certains cas justifier une communication de ces faits à l'extérieur de l'entreprise. Le travailleur doit cependant s'adresser en premier lieu à son supérieur, et ce n'est qu'à défaut de réaction de l'employeur qu'il pourra s'adresser à l'autorité compétente et, si l'autorité n'intervient pas, porter les faits à la connaissance du public.

³³ « Il ne s'agit ni de « preuves » au sens strict, ni de suppositions ou d'impressions vagues, mais d'« indices », soit des éléments fondés de suspicion, susceptibles d'être étayés auprès des autorités de poursuite pénale » : FF 1993 III 317.

47. La probabilité qu'un agent d'une administration publique communale, cantonale ou fédérale signale à la justice des soupçons d'infractions de corruption apparaît également, dans l'opinion des examinateurs, très limitée dans la pratique. En Suisse, le droit du personnel et la loi sur la procédure pénale de la Confédération, tout comme beaucoup de codes de procédure pénale et statuts de la fonction publique des cantons, ne connaissent pas l'obligation générale de dénoncer pour les agents publics³⁴. Au contraire, conformément à leur statut, les agents publics fédéraux, cantonaux et communaux sont tenus au secret de la fonction et la révélation d'un secret sans le consentement écrit de l'autorité supérieure est, aux termes de l'article 320 du code pénal, punissable³⁵. Sont couverts par le secret, selon une jurisprudence du Tribunal fédéral, l'ensemble des faits dont l'agent public a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales (ATF 114 IV 44 in *Journal des Tribunaux* 1989 IV 51) et il revient au canton ou à la Confédération de décider des modalités de la levée du secret de fonction, certains favorisant une approche ouverte, d'autres témoignant de plus de retenue. C'est, dans tous les cas, à l'autorité hiérarchique supérieure compétente pour la levée du secret de fonction de décider après avoir *pesé* l'intérêt au maintien du secret envers celui à sa révélation dans l'intérêt de la justice.

48. Des règles similaires s'appliquent aux membres du personnel de la coopération suisse au développement : ceux-ci, en application d'instructions internes, sont requis d'informer leur supérieur direct de tout soupçon de corruption au sens de l'article 322^{septies} CP, lequel procédera alors aux investigations nécessaires avant de décider ou non la révélation des faits à la justice. Pareillement, dans le cadre d'octroi de garanties à l'exportation, s'il existe des motifs raisonnables de soupçonner une infraction aux dispositions du code pénal réprimant la corruption, le mécanisme de notification aux autorités de poursuite pénale suppose que le secret de fonction soit préalablement levé par les autorités supérieures de la GRE, l'organisme responsable de l'octroi de telles garanties.

49. La problématique du *whistleblowing* semble également être parfois sous-estimée par les autorités. Au-delà des variations d'un canton à un autre, il a été noté lors de l'examen sur place que toute l'attention nécessaire n'est pas toujours accordée aux dénonciations anonymes – sauf si les éléments apportés sont suffisamment crédibles et précis. Les dénonciations anonymes requièrent, selon les propos d'un magistrat du ministère public de la Confédération, une « prudence accrue », soit un examen préliminaire quant à l'existence d'un soupçon fondé, et ainsi un tri entre les dénonciations quérulentes et celles justifiées³⁶. La chronique judiciaire passée, comme l'a rapporté le chapitre suisse de Transparency International et d'autres ONG à l'équipe d'examen, offre des exemples de dénonciateurs considérés comme suspects, voire condamnés eux-mêmes alors qu'ils avaient dénoncé à l'autorité de poursuites une personne soupçonnée de corruption. Ainsi en a-t-il été d'un agent fribourgeois qui avait dénoncé des irrégularités au sein de la police locale et qui s'est retrouvé condamné et blâmé pour violation du secret de fonction et d'un fonctionnaire zurichois qui dénonça

³⁴ Parmi les cantons n'imposant pas spécifiquement à leurs agents une obligation de dénoncer aux organes de justice pénale les crimes et délits détectés dans le cadre de leur fonction figurent certains qui, par l'observation de la chronique judiciaire, se révèlent particulièrement exposés à des opérations de blanchiment et des actes de corruption liés à des marchés étrangers : les cantons du Tessin et Zurich. Parmi ceux qui imposent à leurs agents publics une obligation générale de dénonciation figurent les cantons de Berne, Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Bâle, St-Gall, Neuchâtel, Valais et Genève. Ainsi, aux termes de l'article 11 du code de procédure pénale de l'État de Genève, « Toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur général. »

³⁵ Une déposition faite dans le cadre d'une procédure sans autorisation préalable est punissable ; le témoignage du fonctionnaire est néanmoins valable et utilisable.

³⁶ Une dizaine de motions consacrées au sujet des *whistleblowers* ont été déposées par les parlementaires fédéraux au cours des cinq dernières années. Si, dans ses réponses, le Conseil fédéral a admis l'importance de garantir « un climat propice à l'information », il ne s'agirait pas « non plus de favoriser une délation proprement dite » (Réponse du Conseil fédéral en date du 26 février 2003 à une interpellation sur la lutte contre la corruption).

un cas de corruption dans le traitement des eaux usées de la ville, qui s'est retrouvé licencié, fit l'objet de plaintes pénales l'accusant de la même affaire de corruption qu'il avait dénoncée et fut finalement réhabilité par une commission d'enquête deux ans plus tard³⁷.

50. Finalement, une personne appelée à témoigner dans le cadre d'une enquête peut également craindre la vengeance de l'accusé, les services chargés de faire appliquer la loi ne pouvant garantir que l'identité du témoin ne sera divulguée dans le cadre de la procédure engagée, hormis les situations où la connaissance de l'identité du témoin auditionné ferait porter un risque pour la vie ou l'intégrité corporelle de celui-ci ou celle d'un proche. Si tel est le cas, le juge pourra prendre des mesures pour assurer sa sécurité et notamment restreindre ou supprimer le droit d'être entendu, par exemple au travers de l'utilisation de procédés techniques permettant au témoin de ne pas être visible durant son audition ou sa confrontation³⁸. Il n'existe toutefois pas de véritables programmes de protection des témoins : s'il existe au sein de la Police Fédérale un service chargé des protections rapprochées, ce service est pour l'essentiel utilisé pour les personnalités et non les témoins ou accusateurs en danger ou d'éventuels repentis. Cette situation, reconnue comme insuffisante par la plupart des magistrats rencontrés par l'équipe d'examen et évoquée par les professionnels de la banque comme décourageant les révélations spontanées – jugées trop dangereuses – d'affaires de blanchiment, pourrait toutefois disparaître si le projet d'unification de la procédure pénale, qui contient des dispositions particulières de protection des témoins et qui prévoit en outre la possibilité, par la Confédération et les cantons, d'établir de véritables programmes de protection des témoins, venait à être adopté par le parlement fédéral.

Commentaire :

Les examinateurs invitent les autorités suisses à développer de nouveaux moyens susceptibles d'améliorer la détection des faits de corruption, et dans ce contexte d'examiner les moyens d'assurer une protection effective des personnes collaborant avec la justice, notamment des travailleurs qui révèlent de bonne foi des faits suspects de corruption de façon à encourager ces personnes à les signaler sans crainte de représailles de licenciement. Par ailleurs, au vu des travaux législatifs engagés en la matière, les examinateurs encouragent la Suisse à poursuivre ses efforts visant à assurer une protection effective des témoins.

iii) La corruption d'agents publics étrangers constatée par l'administration fiscale

51. Les autorités fiscales n'ont jusqu'à ce jour pas détecté d'irrégularités liées à la corruption transnationale. Les administrations cantonales et fédérale pourraient constituer une source d'information pour les parquets, d'autant plus que depuis la loi fédérale du 22 décembre 1999, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, les « commissions occultes au sens du droit pénal suisse », versées à des agents publics suisses ou étrangers, ne sont ni déductibles ni des charges justifiées par l'usage

³⁷ Voir la décision du tribunal administratif du canton de Fribourg du 29 octobre 1999 qui rejette le recours déposé par le dénonciateur de l'affaire contre le blâme qui lui avait été infligé. Le chef du garage a été, lui, muté. Sur l'affaire du fonctionnaire zurichois, voir *Das Magazin*, Nr. 52/96. Le personnel fédéral, y compris celui des entreprises dans lesquelles la Confédération détient une participation majoritaire, dispose lui d'un mécanisme permettant d'assurer son anonymat et sa protection lorsqu'il décide de porter connaissance à l'instance compétente en la matière, le Contrôle fédéral des finances (CDF), des constatations sur des cas éventuels de corruption. Au CDF revient de vérifier les informations et, le cas échéant, de dénoncer à l'autorité de poursuite pénale.

³⁸ Voir sur ce point, par exemple, l'article 43 al. 1 litt. A du code de procédure pénale du canton de Fribourg et l'article 124-3 du code de procédure pénale du canton de Berne. Le Tribunal fédéral s'est également prononcé sur les conditions d'admissibilité des témoignages anonymes (cf. Voir ATF 118 Ia 457, 118 Ia 327, 125 I 127.)

commercial³⁹. Plusieurs contraintes pesant sur les agents du fisc sont ressorties de l'examen des textes et des discussions lors de la visite sur place.

52. La première tient à la capacité insuffisante de contrôle des administrations fiscales lorsqu'il leur revient de vérifier la légalité des opérations et la véracité des déclarations fournies par les contribuables. Outre des carences en termes de moyens d'investigation – évoquées plus bas -, certaines administrations apparaissent comme devant parfois se satisfaire de moyens humains limités. Par exemple, les 30 personnes assurant le rappel d'impôt et la vingtaine la « soustraction d'impôt » dans le canton de Genève, ont à gérer 500 à 600 dossiers par an. Par ailleurs, la sensibilisation des inspecteurs fiscaux aux paiements suspects liés à la corruption pourrait encore être améliorée. Une formation a été donnée à des représentants de toutes les administrations cantonales, notamment par l'Administration fédérale des contributions. En outre, quelques cantons et les services fédéraux ont procédé à une formation intensive aux commissions occultes. Néanmoins, aucune circulaire destinée aux agents fédéraux et cantonaux portant sur l'exclusion de la déduction fiscale, sur les procédures de contrôle et la conduite à tenir en cas de soupçon de corruption d'agents publics suisses ou étrangers, n'a été publiée, l'administration jugeant qu'une telle circulaire ne pourrait être émise que sur la base des premières expériences à venir en ce domaine. Dès lors, les examinateurs se demandent si de telles expériences n'auront jamais lieu.

53. D'autres carences tiennent à des textes qui peuvent entraver la coopération entre le fisc et les autorités pénales. La première difficulté réside dans l'absence dans certains cantons et au sein de l'administration fédérale – évoquée plus haut - d'une obligation générale pour les fonctionnaires de dénoncer des infractions pénales aux autorités pénales. Ce premier obstacle est renforcé en matière fiscale par un principe général de secret fiscal.

54. Au niveau confédéral, le secret fiscal est imposé par l'art. 110 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD).⁴⁰ Pour les cantons, l'art. 39, al. 1, de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), contient une obligation générale de secret fiscal à l'encontre des agents fiscaux.⁴¹ Sauf disposition légale contraire, le secret fiscal interdit donc aux agents fiscaux fédéraux et cantonaux de communiquer des informations sur des cas de corruption des agents publics étrangers aux autorités de poursuite.

55. Selon les autorités suisses, les cantons qui prévoient une obligation des fonctionnaires de dénoncer "considèrent généralement que la répression d'actes punissables graves l'emporte sur l'obligation de secret fiscal". Lors de la visite sur place, un représentant des services fiscaux du canton de Genève, dans lequel il existe une obligation de dénoncer les délits, a confirmé que les services fiscaux genevois transmettent les dossiers concernant les délits aux autorités de poursuite.

56. En revanche, au niveau confédéral et dans tous les cantons sans une telle obligation de dénoncer, comme par exemple les cantons de Zurich et du Tessin, l'obligation de renseigner n'est pas réservée et les agents sont donc soumis au secret fiscal. Les autorités suisses ont affirmé que dans ces

³⁹ Voir l'annexe 2 au présent rapport pour les dispositions législatives pertinentes établissant le principe de la non déductibilité fiscale des « commissions occultes ».

⁴⁰ Aux termes de l'art. 110 LIFD: (1) *Les personnes chargées de l'application de la présente loi ou qui y collaborent doivent garder le secret sur les faits dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur fonction ainsi que sur les délibérations des autorités et refuser aux tiers la consultation des dossiers fiscaux.* (2) *Des renseignements peuvent être communiqués dans la mesure où une base légale de droit fédéral le prévoit expressément.*

⁴¹ Aux termes de l'art. 39 al. 1: « *Les personnes chargées de l'exécution de la législation fiscale sont tenues de garder le secret. L'obligation de renseigner est réservée, dans la mesure où elle est prévue par une disposition légale fédérale ou cantonale.* »

juridictions, "il est toutefois généralement admis que le secret fiscal consacré par les lois cantonales et fédérales, ne s'oppose pas à la transmission aux autorités pénales de renseignements qu'elles requièrent lors de l'instruction pénale d'un crime ou d'un délit au sens du droit pénal." Suite à la visite sur place, les autorités suisses ont affirmé que ces transmissions d'informations peuvent parfois même se faire de façon spontanée, sans réquisition des autorités de poursuite. Interrogées quant à la base juridique de telles pratiques, les autorités suisses ont indiqué qu'elles se fondent, d'une part, sur l'art. 100 de la Loi sur la procédure pénale fédérale qui stipule que "chacun a qualité pour dénoncer les infractions poursuivies d'office en vertu de la législation fédérale". Cependant, cette disposition, qui ne se réfère pas au secret fiscal, ne semble pas pouvoir s'appliquer si le cas de corruption relève de la compétence cantonale. D'autre part, les autorités suisses indiquent qu'une transmission d'informations peut se fonder sur le consentement de l'autorité supérieure à l'autorité confrontée à un cas de corruption. Cette pratique se base essentiellement sur l'article 320 chiffre 2 CP qui dispose que la révélation par un fonctionnaire d'un secret "ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure". Selon les autorités suisses, l'application de ce texte à cette fin a été confirmée par une jurisprudence du Tribunal fédéral qui demeure toutefois non publiée.⁴² Les autorités suisses considèrent ainsi que pour les cantons ne prévoyant pas une obligation de dénoncer, l'article 320 chiffre 2 CP en relation avec le consentement de l'autorité supérieure compétente devrait permettre aux autorités fiscales de déroger au principe du secret fiscal ancré à l'article 39 LHID. Les examinateurs constatent néanmoins qu'en l'absence de textes clairs prévoyant la possibilité de renseigner, les dispositions sur le secret fiscal de l'art. 39 al. 1 LHID et de l'art. 110 LIFD pourraient être pour le moins dissuasives pour les agents fiscaux.⁴³

Commentaire :

Les examinateurs considèrent que la Suisse devrait prendre des mesures pour ~~permettre~~, faciliter et encourager la transmission de dossiers suspects des autorités fiscales aux autorités de poursuite pénale. Par ailleurs, vu que la non-déductibilité fiscale est explicitement limitée aux paiements qui entrent dans la définition pénale des infractions de corruption, les autorités suisses devraient considérer la publication de circulaires ou d'instructions pour les agents fiscaux expliquant la nature de la nouvelle infraction et ses aspects fiscaux, y compris les procédures de contrôle et la conduite à tenir en cas de soupçon de corruption.⁴⁴ En conséquence, ils recommandent à la Suisse de procéder, conformément à la volonté exprimée par les autorités helvétiques, à la rédaction d'une circulaire explicitant la nature et les aspects fiscaux de l'infraction à l'intention de l'administration fiscale fédérale et cantonale, en vue d'encourager la détection des faits de corruption étrangère, et de revoir les règles de divulgation pour s'assurer que les agents découvrant des faits suspects les dénoncent aux autorités judiciaires compétentes.

⁴² Les autorités suisses ont cependant indiqué que dans ce cas demeure réservée l'autorisation de l'autorité supérieure, en l'occurrence le Directeur de l'Administration fédérale des contributions.

⁴³ L'art. 110 LIFD soulève un autre problème potentiel car son domaine d'application est explicitement élargi aux personnes qui «collaborent» à l'application de la loi fiscale; or, en Suisse, l'application de la loi fiscale fédérale est essentiellement confiée aux cantons. Dans la plupart des cas une déduction illégale d'une commission occulte constituera à la fois des infractions au titre du droit cantonal et du droit fédéral des impôts directs et l'agent cantonal sera ainsi amené à collaborer à l'application de la loi fédérale dans ce contexte. Vu que l'art. 110 limite les exceptions au secret fiscal aux seules exceptions établies par le droit fédéral, il n'est pas certain qu'une loi cantonale, et même apparemment une loi cantonale exigeant la dénonciation des délits au parquet, suffirait à lever ce secret fédéral. Cependant, les autorités suisses ont indiqué qu'ils considèrent que le droit cantonal peut déroger au secret fédéral de l'art. 110 LIFD en vertu de l'art. 39 al. 1 LHID.

⁴⁴ Sur l'alignement du champ d'application de la non déductibilité fiscale sur le droit pénal, voir plus bas la section sur la Répression de la non-déductibilité fiscale des paiements indus aux agents public étrangers, §§ 141-145.

c) *Les demandes d'entraide et la presse étrangère en tant que source d'information des autorités de poursuite helvétiques*

57. Les magistrats entendus par l'équipe d'examen ont confirmé que ce sont avant tout les magistratures étrangères qui, après avoir ouvert une enquête sur des infractions de corruption, et vu l'extension de celles-ci en Suisse (dans la plupart des cas pour blanchiment du produit de la corruption), suscitent le déclenchement d'une enquête par les autorités helvétiques. Ainsi en était-il du dossier entre les mains des autorités du canton de Zurich au moment de la visite sur place, mettant au jour des soupçons de corruption d'agents publics mexicains par une entreprise suisse et parvenu à la connaissance des autorités helvétiques dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire internationale pour blanchiment concernant l'argent de la corruption (pour un montant supérieur à € 650 000) déposé sur un compte bancaire en Suisse.

58. Les informations parues dans la presse étrangère ou bien relayées par les journaux suisses apparaissent comme une seconde source importante de détection entre les mains des magistrats. Le parquet de Genève a fait ainsi état d'une utilisation systématique de recherche sur Internet pour se tenir informé de dossiers présentant des ramifications avec la Suisse. Les dossiers de blanchiment signalés par le MROS sont également une source utile d'information pour engager une procédure, encore que certains magistrats entendus par l'équipe d'examen ont indiqué que, dans une proportion non négligeable (29 pour cent de l'ensemble des communications en 2003 selon le rapport 2003 du MROS), le signalement est motivé par la lecture des informations livrées par la presse ou bien le lancement d'enquêtes par les autorités de poursuite pénale qui alerte ainsi les responsables des organismes financiers. Des agissements corrupteurs apparaissent également à l'occasion d'enquêtes ciblées sur des dossiers de criminalité économique, et qui conduisent à la découverte de faits que rien ne laissait présager au départ.

59. Policiers et magistrats ont ainsi reconnu que de nombreuses infractions pénales ne parviennent probablement jamais à leur connaissance, et demeurent, en raison de leur spécificité (notamment lorsqu'elles concernent des actes de corruption d'agents publics sur des marchés étrangers), inconnues des autorités. Les magistrats de cantons qui ne disposent pas de règles imposant à leurs agents publics de prêter leur concours à la détection d'infractions pénales ont ainsi indiqué qu'une obligation générale et formelle pour tout agent public de signaler aux autorités de poursuite pénale tout soupçon de corruption pourrait renforcer leur capacité de détection. Créer une législation visant à mieux protéger les « donneurs d'alerte » et à garantir la protection des témoins a également été jugé comme pouvant contribuer à une détection plus efficace.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent aux autorités suisses de considérer d'établir, dans la législation fédérale, une obligation formelle pour toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public fédéral, y compris les personnels chargés de l'octroi de crédits à l'exportation, d'aviser les autorités compétentes d'indices d'actes de corruption, et d'engager des consultations avec les cantons afin de les encourager à établir une obligation similaire dans les législations cantonales où cette obligation fait actuellement défaut. Dans ce contexte, les examinateurs encouragent la Suisse à poursuivre ses efforts de sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale parmi les agents des administrations publiques cantonales et fédérales qui pourraient jouer un rôle dans la détection et le signalement de faits de corruption.

B. LA POURSUITE DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DES INFRACTIONS CONNEXES

1. Les procédures, les techniques d'investigation et l'entraide judiciaire

a) *Les nouvelles compétences de la Confédération en matière de procédures concernant des infractions de corruption transnationale, de blanchiment et connexes*

i) La poursuite de la corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes

60. En Suisse, État fédéral, la poursuite pénale, le prononcé et l'exécution des peines sont principalement de la compétence des 26 cantons et demi-cantons qui composent l'État. En vertu du principe de subsidiarité, la Confédération n'a traditionnellement été compétente que pour un nombre restreint d'infractions pénales, touchant principalement aux atteintes à l'État fédéral et à la collectivité, tels la corruption d'agents publics fédéraux, les actes de terrorisme, ou bien le faux monnayage.

61. Le 22 décembre 1999, le parlement suisse a toutefois décidé de modifier la répartition des compétences en matière de poursuite pénale des infractions liées à la délinquance économique et financière entre la Confédération et les cantons. A été attribuée à la Confédération la compétence exclusive en matière de « crime organisé », notion qui recouvre, outre les crimes qui sont le fait d'une organisation criminelle ou de participation ou de soutien à une telle organisation (tel que défini dans le code pénal) et la nouvelle infraction « financement du terrorisme » (art. 260^{quinquies} CP) introduite dans le code pénal en 2003, les délits réprimant la corruption (y compris la corruption d'agents publics étrangers) et le blanchiment d'argent et son délit voisin de défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication. Une compétence facultative de la Confédération, et concurrente avec les cantons, a été en outre prévue pour les cas dits de criminalité économique particulièrement complexe (infractions comptables et autres infractions au patrimoine). Cette nouvelle répartition des compétences en matière pénale inscrite à l'article 340^{bis} CP est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, faisant partie d'un train de mesures plus vaste tendant à l'« amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale ».

62. Ces mesures ont été principalement suscitées par le constat que le blanchiment d'argent ou bien la corruption sur les marchés étrangers, ainsi que certains autres types de criminalité économique, représentaient des dossiers d'une très grande complexité et que la partition des procédures entre, d'une part, les cantons et, d'autre part, les cantons et la Confédération était un problème pour des enquêtes qui, par leur nature même, ont une dimension intercantonale et internationale. Ces éléments ont été jugés comme exigeant une coordination accrue, voire une conduite centralisée de la procédure⁴⁵.

63. Pour que la compétence fédérale soit donnée en matière de dossiers afférents à la corruption d'agents publics étrangers ou de blanchiment, il faut soit que l'infraction ait été commise pour une part prépondérante à l'étranger (let. a de l'art. 340^{bis} al. 1 CP), soit qu'elle ait été commise dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux (let. b). La compétence subsidiaire de la Confédération sur les dossiers dits de grande criminalité économique est quant à elle donnée lorsque demande expresse est faite par un canton à la Confédération de reprendre une procédure, ou bien lorsque la Confédération constate qu'aucun canton ne s'est saisi d'un dossier. Lorsque ces conditions sont réunies, revient alors au Ministère public de la Confédération d'effectuer les premières investigations en collaboration avec la police judiciaire fédérale ; si les présomptions se confirment, de transmettre le dossier au juge d'instruction fédéral pour la conduite de l'instruction préparatoire au cours de laquelle le juge poursuit l'examen des faits; dans la troisième phase, le MPC

⁴⁵ Voir note de synthèse 98.009 des Services du Parlement en www.parlament.ch.

devra décider ou non la mise en accusation et, si oui, soutenir l'accusation devant le Tribunal fédéral pénal. Où la compétence fédérale n'est pas donnée, la poursuite des infractions reste du ressort des cantons.

64. Quelles que soient les autorités de poursuite compétentes, fédérales ou cantonales, celles-ci sont en principe tenues d'agir d'office, en poursuivant tous les délinquants dès qu'il existe des soupçons suffisants qu'une infraction a été commise, et cela même si la victime n'est pas intervenue. La poursuite pénale suisse est en effet régie par la règle de l'obligation de poursuivre. Cette règle, consacrée par toutes les législations, ne connaît des exceptions que pour des infractions portant atteinte à des intérêts essentiellement privés et ne causant qu'un trouble social minime –ce qui exclut les infractions de corruption d'agents publics étrangers, de blanchiment et leurs délits connexes comptables, tous poursuivis d'office.

65. Le principe de l'opportunité des poursuites – consacré dans les textes à Genève, dans le Jura, à Neuchâtel et dans le canton de Vaud, et accueilli de manière plus nuancée, en général pour la criminalité dite « faible », dans certains cantons de Suisse alémanique (par exemple à Bâle-Ville et Bâle-Campagne), permet toutefois de déroger à la règle de l'obligation de poursuivre. En application de ce principe, l'autorité de poursuite décide de mettre en mouvement l'action publique ou de classer le dossier sans suite ; elle peut également, si des poursuites ont été engagées, abandonner l'accusation et disposer de l'action publique. Les priorités en matière de politique criminelle sont fixées par les autorités de poursuite. Le principe de la légalité des poursuites, consacré fermement dans les cantons de Glaris, de Soleure, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, des Grisons et du Valais et, pour ce qui est de la délinquance économique et financière, dans la plupart des cantons de la Suisse alémanique, veut par contre que toutes les infractions qui parviennent à la connaissance de l'autorité de poursuite (ministère public ou juge selon les cas⁴⁶) soient systématiquement poursuivies et punies⁴⁷.

ii) La nécessité d'une répression plus efficace de la délinquance économique transnationale

66. La nécessité et l'urgence d'une répression plus efficace de ces formes de criminalité étaient invoquées depuis longtemps par les nombreux spécialistes du secteur. Au cœur du débat, la partition des procédures cantonales et fédérale et le lot de difficultés qui l'accompagne.⁴⁸ Mais pas seulement. Plusieurs interlocuteurs rencontrés lors de la visite sur place ont fait état de difficultés dans le travail de la justice de certains cantons, parfois inadaptée à la grande complexité des dossiers de corruption transnationale et de blanchiment.

67. Parmi les problèmes mentionnés a été évoqué le manque de moyens en personnel doté de compétences techniques suffisantes en matière de délinquance économique transnationale des services de police et des magistratures de certains cantons. Dans ce contexte, mention a été faite de l'absence en Suisse de formation générale institutionnalisée et obligatoire pour tous les collaborateurs des

⁴⁶ Il existe en Suisse trois modèles différents de déclenchement des poursuites. Celui qui réserve au ministère public la tâche de déclencher l'action publique et de saisir le juge d'instruction pour instruire l'affaire, qui existe à la Confédération, dans les cantons de Genève, Neuchâtel et du Jura, et avec certaines particularités dans les cantons d'Argovie et d'Uri. Celui qui attribue au ministère public la compétence exclusive d'exercer l'action publique et d'instruire la cause est le système en vigueur dans les cantons de Bâle-Ville et du Tessin. Enfin celui qui donne compétence au juge d'instruction le soin de décider l'ouverture des poursuites et d'instruire l'affaire, en vigueur dans tous les autres cantons de la Suisse.

⁴⁷ Le code de procédure pénale fédérale ne contient quant à lui pas de dispositions se référant expressément au principe de l'opportunité des poursuites.

⁴⁸ C'est d'ailleurs afin de remédier à ce problème, économiser des ressources, parvenir à une rationalisation des investigations et garantir une plus grande efficacité de poursuite pénale que le « projet efficacité » vise la création d'un droit de procédure pénale unifiée, applicable à l'ensemble de la Suisse.

parquets cantonaux et des offices cantonaux des juges d'instruction, comme d'ailleurs pour les collaborateurs du Ministère public de la Confédération et de l'Office fédéral de la police⁴⁹. C'est dans le cadre des filières diverses aboutissant à la profession de policier ou de magistrat instructeur ou du parquet que sont appréhendés, le cas échéant, les différents niveaux de complexité de la grande délinquance économique. Depuis 2001, il existe en outre des filières de formation postgrades, en particulier dans le domaine de la criminalité économique. Dans la pratique, les compétences sont principalement acquises à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle et dépendent fortement de la personnalité de l'individu.

68. Certains magistrats entendus par l'équipe d'examen ont évoqué un manque de moyens, qui, selon eux, serait surtout dû, à une allocation insuffisante des ressources qui dépendent directement des pouvoirs politiques. Équipement et infrastructures, moyens en personnel, et systèmes de traitement de l'information sont en effet du ressort de chaque canton. Plusieurs magistrats cantonaux ont souligné que c'est souvent au prix de sacrifices importants, notamment sur la vie privée, que les magistrats les plus volontaires arrivent à boucler des dossiers complexes mettant à jour des infractions afférentes à la grande criminalité économique et financière.

69. L'exigence d'une formation spécialisée et l'allocation de ressources suffisantes ont des effets directs sur les techniques d'enquêtes. Ainsi en est-il en matière d'infiltrations – qui seront admissibles sur l'ensemble du territoire suisse pour des dossiers de corruption transnationale dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'investigation secrète du 20 juin 2003 (prévue en 2005) – et de l'utilisation d'informateurs dont les entretiens lors de la visite sur place ont fait ressortir que cette technique restait jusqu'à maintenant peu utilisée par les enquêteurs cantonaux. Ou bien en matière de pièces comptables saisies à l'occasion d'une enquête dont l'analyse requiert souvent la coopération d'experts-comptables : le manque de moyens de certains cantons peut empêcher magistrats ou policiers à avoir recours à des comptables aguerris pour établir un schéma compréhensible des mouvements de fonds.

iii) La compétence de la Confédération en pratique

70. Ce sont de telles observations qui ont poussé le législateur à attribuer à la Confédération, et non plus aux cantons, la compétence de mener les enquêtes portant sur des affaires complexes de corruption et de blanchiment et, dans le domaine de la criminalité économique, de permettre à la Confédération d'ouvrir elle-même des procédures ou bien de reprendre des procédures à la demande des cantons. Pour autant, outre que les différentes notions prévues à l'art. 340^{bis} al. 1 CP (« commis pour une part prépondérante », « dans plusieurs cantons » ou « prédominance évidente ») soulèvent de nombreuses questions d'interprétation sur lesquelles le Tribunal fédéral était appelé à se prononcer dans le cadre de plusieurs procédures en cours au moment de la visite sur place, laissant présager la possibilité que des dossiers que le législateur avait voulu remettre à la compétence exclusive de la Confédération restent finalement entre les mains de cantons parfois mal équipés, les effectifs encore limités dont disposaient les autorités fédérales au moment de l'examen sur place laissaient planer quelques doutes sur la capacité de celles-ci à assumer pleinement leurs nouvelles tâches.

71. Au moment de l'examen de la Phase 2 sur un total de 450 collaborateurs à la Police judiciaire fédérale, il y avait 150 enquêteurs dont 15 spécialisés en matière de corruption. Avec 24 équipes de procureurs fédéraux composées d'un procureur fédéral, un procureur suppléant ou un assistant et un greffier chargés tout à la fois de se saisir, enquêter et poursuivre d'infractions dirigées

⁴⁹ Comme noté plus haut dans le rapport, les collaborateurs du Ministère public de la Confédération et de la police fédérale bénéficient d'une formation spécifique de trois mois axée sur les nouvelles compétences des autorités fédérales en matière pénale.

contre la collectivité (faux monnayage, infractions à la loi sur le matériel de guerre, délits à l'explosif, etc.), les délits contre les intérêts de la communauté internationale (génocides), d'affaires de criminalité organisée, de blanchiment d'argent et de corruption d'envergure internationale ou supracantonale, d'affaires complexes de criminalité économique, et de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire internationale d'États tiers dans les causes qui relèveraient de la juridiction fédérale si l'infraction avait été commise en Suisse, les autorités fédérales faisaient face, au moment de l'examen de la Suisse en Phase 2, à une surcharge de procédures, les obligeant à ajourner un certain nombre d'entre elles⁵⁰. Selon les chiffres fournis par les autorités fédérales aux examinateurs principaux, sur 398 procédures ouvertes au total en 2003, 58 « grandes enquêtes complexes » avaient pu être menées entre janvier et fin décembre 2003⁵¹. En 2002, faute de disponibilité, le Ministère public de la Confédération n'avait pas pu faire usage de la possibilité que lui concède l'article 340^{bis} alinéa 2 CP de traiter de dossiers complexes de criminalité économique à la demande d'un canton ou de s'en saisir de son propre chef, lorsque aucun canton ne s'était saisi du dossier ; les quelques dossiers relevant de la criminalité économique dont il s'était saisi au cours de l'année 2002 avaient tous eu pour origine une transmission de la part du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) en raison de soupçons émis d'escroqueries complexes ou de cas de blanchiment d'argent précédés d'une infraction initiale, notamment d'une escroquerie⁵².

72. La mise sur pied d'une structure adéquate pour permettre à la Confédération de mettre en œuvre la poursuite des infractions visées à l'article 340^{bis} CP a pourtant bien été décidée par le législateur. Un plan prévoyant une réalisation progressive de ces nouvelles structures a été défini. Un premier train de mesures, réalisé en 2002, concernait l'embauche des meilleurs magistrats et policiers cantonaux pour renforcer l'Office fédéral des juges d'instruction, l'Office fédéral de police et le Ministère public de la Confédération ; de nouveaux recrutements ont eu lieu en 2003 et ont été poursuivis durant la première moitié de 2004 avant d'être stoppés. Un plan financier ambitieux, portant sur plusieurs années, a été élaboré. Confrontées au besoin d'assainir les finances de la Confédération, les autorités fédérales ont du toutefois opérer des coupes budgétaires. Celles-ci concernent également les crédits nécessaires à la réalisation du projet d'efficacité.

73. Au vu de cette évolution, la mise en œuvre du projet d'efficacité se trouvait, de l'avis des examinateurs principaux, au moment de la visite sur place, en porte-à-faux, avec, d'une part, un nombre croissant de dossiers transmis par les cantons en application des nouvelles règles de compétence, et d'autre part, des effectifs des autorités fédérales qui évoluent moins vite que prévu pour conduire une poursuite efficace de tels dossiers, et donc des autorités éventuellement confrontées à la nécessité de fixer des priorités entre les différents crimes dont elles ont à traiter. Comme l'expliquait le Procureur de la Confédération V. Roschacher dans une déclaration faite à un quotidien suisse en février 2004 et non réfutée devant l'équipe d'examen: « *Beaucoup des ressources humaines*

⁵⁰ Sur ce total, 26 procureurs environ (et leurs assistants) s'occupaient, au moment de la visite sur place, des dossiers afférant au blanchiment, à la corruption et au crime organisé. Six procureurs étaient en charge des infractions dirigées contre la collectivité et deux procureurs étaient spécialisés en plus dans le domaine du génocide.

⁵¹ A la date du 30 juin 2003, sur 385 procédures ouvertes, 75 « grandes enquêtes complexes » avaient été ouvertes, selon les chiffres communiqués à l'équipe d'examen au moment de l'évaluation de la Suisse par le Groupe de travail. En 2002, sur 87 procédures ouvertes au total durant cette année, 47 « grandes enquêtes complexes » avaient pu être menées entre janvier et fin décembre 2002 ; les autres procédures avaient dû être reportées. La catégorie la plus importante, en nombre, de ces enquêtes était celle concernant des affaires de blanchiment d'argent. Les enquêtes afférentes aux crimes qui sont le fait d'une organisation criminelle au sens de l'article 340^{bis} CP, portant essentiellement sur le trafic international des stupéfiants, venaient en second lieu. Dans la troisième catégorie figuraient les procédures d'exécution passives d'entraide judiciaire internationale (c'est-à-dire celles pour lesquelles le Ministère public de la Confédération ne mène pas lui-même encore d'enquête sur les mêmes faits). Voir Réponse du Conseil fédéral en date du 7 mars 2003 à une interpellation parlementaire (interpellation 02.3734).

⁵² Réponse du Conseil fédéral en date du 7 mars 2003 à une interpellation parlementaire (interpellation 02.3734).

et financières que la confédération avait établies pour combattre le trafic de drogues, la corruption et le blanchiment d'argent sont maintenant mises à la disposition de la lutte contre le terrorisme, car ces investigations sont très exigeantes et nous leurs apportons une grande importance. Nous devons fixer des priorités »⁵³.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent les efforts engagés par les autorités helvétiques afin de rendre plus efficace la poursuite pénale d'infractions afférentes à la grande criminalité économique, la corruption transnationale et le blanchiment. Le vœu de voir créer une autorité fédérale de poursuite pénale qui soit forte, indépendante et centrale, ne peut toutefois être réalisé que si celle-ci dispose de moyens nécessaires. Dans ce contexte, les examinateurs principaux invitent le Groupe de travail à procéder à un suivi afin de vérifier si la Suisse continue à mettre à la disposition des autorités de poursuite pénale fédérales les moyens nécessaires pour assurer la poursuite efficace de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

b) *La conduite des enquêtes*

i) Modes de preuves, techniques d'investigations et délais de prescription

74. Le droit pénal suisse permet de recourir aux modes de preuve les plus variés, tant ceux qui font appel au raisonnement du magistrat sur la base de présomptions et indices que des preuves directes comme les écrits, témoignages, constatations de la police et du juge d'instruction, expertises et aveux. Pour ce faire, la poursuite pénale suisse dispose d'importants moyens d'investigation d'abord au cours de l'enquête préliminaire et plus encore lors de la phase d'instruction : moyens tendant à obtenir des révélations (interrogatoires, confrontations, audition de témoins, recours à des experts pour procéder à des constatations et examens techniques) ; moyens tendant à des constatations matérielles (mesures propres à assurer la découverte et la conservation des preuves telles que les perquisitions et la levée du secret bancaire, les saisies y compris le blocage des comptes bancaires⁵⁴) ; enfin mesures visant à s'assurer la présence des personnes poursuivies ou de toute personne susceptible d'apporter des renseignements (placement en détention préventive, cautionnement, contrôle judiciaire, etc.). Lorsque des preuves ou indices sont découverts de manière fortuite et qu'ils révèlent la commission d'une infraction sans connexité avec la poursuite en cours, l'autorité est en outre légitimée à faire usage de ces moyens de preuve et de les saisir (sauf hypothèse où les documents ou objets litigieux sont couverts par un secret que la loi protège de manière absolue tel que le secret professionnel de l'avocat).

75. Outre ces moyens « classiques » d'investigation, enquêteurs et magistrats en charge de dossiers de corruption et de blanchiment d'argent peuvent avoir recours à des moyens d'enquête plus sophistiqués pour procéder à des constats matériels. Ainsi en est-il des possibilités concernant l'interception des conversations téléphoniques ainsi que des communications via Internet offertes aux enquêteurs dans le cadre d'enquêtes afférant à des dossiers de blanchiment depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, étendues depuis le 1^{er} octobre 2003 aux enquêtes concernant des dossiers de

⁵³ Valentin Roschacher, procureur général de la confédération, en février 2004, dans *NZZ am Sonntag*.

⁵⁴ Le blocage et la saisie des comptes sur lesquels peuvent se trouver des fonds appartenant à la corruption et détenus par des personnes bénéficiant de l'immunité – par exemple un chef d'État étranger – a même été reconnu admissible par le Tribunal fédéral (cour civile du Tribunal fédéral, arrêt 1.A 94/2001). L'autorité judiciaire peut procéder à la saisie de valeurs ou au blocage de comptes bancaires sur l'ensemble du territoire helvétique moyennant une ordonnance écrite à laquelle les établissements financiers concernés doivent donner une suite immédiate, même si l'ordonnance est frappée de recours.

corruption transnationale par la loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication. Le parlement a également adopté une nouvelle loi sur l'investigation secrète le 20 juin 2003, offrant la possibilité d'utiliser cette technique sur tout le territoire suisse en cas d'infraction de corruption, notamment à l'article 322^{septies} CP. L'utilisation d'agents provocateurs est par contre formellement prohibée tant par la loi (par exemple à l'article 215 al. 1 du code de procédure pénale de Berne, ou à l'article 6 R de service de la police cantonale zurichoise) que par la jurisprudence fédérale.

76. Pour conduire leurs enquêtes, magistrats et policiers ne sont plus soumis à la contrainte du temps par des délais de prescription qui, jusqu'à récemment, ne tenaient pas toujours parfaitement compte de la complexité des dossiers en matière de délinquance économique et financière. Avec l'entrée en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2002 de nouvelles dispositions en matière de prescription d'action pénale, la tâche des policiers et des magistrats, ainsi que de l'accusation, devrait être plus aisée : les nouveaux délais de prescription – 15 ans pour des infractions de corruption et de blanchiment, par exemple ; 7 ans pour les infractions connexes comme celles comptables - tiennent désormais mieux compte de la complexité de tels dossiers.

ii) La recherche d'éléments de preuve à l'étranger

77. Beaucoup de dossiers économiques et financiers dont la justice helvétique a à traiter – en particulier ceux de blanchiment et ceux mettant à jour la corruption de décideurs publics étrangers - ne peuvent être appréhendés dans tous leurs éléments qu'avec la collaboration effective d'États tiers. L'examen des dossiers traités par la justice suisse montre en effet qu'à de très rares exceptions près – par exemple dans le dossier de pots-de-vin versés à de hauts dignitaires russes où les preuves documentaires nécessaires à démontrer l'origine criminelle des commissions perçues par ceux-ci ont pu être faites dans une situation où non seulement les opérations financières s'étaient déroulées en Suisse, mais où les sociétés pourvoyeuses des pots-de-vin étaient également helvétiques - la saisie provisoire des produits du crime, la récolte des preuves de leur origine, voire, en amont, la confiscation de ces produits et l'exécution de cette dernière, impliquent une collaboration effective entre les autorités de plusieurs États. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit pénal de la corruption en mai 2000, la Suisse a ainsi du requérir l'assistance d'autorités étrangères dans neuf dossiers de corruption⁵⁵. Les demandes d'entraide judiciaires sont adressées soit par le biais de la section de l'entraide judiciaire de l'Office fédéral de justice (OFJ) soit, si cette forme de transmission est prévue conventionnellement, directement à l'autorité étrangère⁵⁶.

78. Si la coopération fonctionne bien avec la plupart des pays signataires de la Convention – la demande d'entraide concernant les dossiers de corruption cités ci-dessus a, par exemple, été chaque fois accordée par les États requis et le retour de pièces s'est fait dans un délai relativement rapide, de l'ordre de six à douze mois –, des magistrats rencontrés par l'équipe d'examen ont déploré un manque de collaboration avec d'autres, au nombre desquels figurent certaines places financières d'importance mises à contribution pour faire transiter les commissions ou pots-de-vin promis au décideur public étranger, qui soit refusent simplement de coopérer avec les justices étrangères soit soumettent leur collaboration à des conditions souvent difficiles à satisfaire.

⁵⁵ Aucune de ces demandes ne concernait une demande d'extradition.

⁵⁶ De tels traités ont notamment été conclus avec l'Allemagne, l'Autriche, la France et l'Italie.

iii) L'entraide judiciaire : Le traitement par la Suisse des commissions rogatoires internationales

79. Si les magistrats suisses sollicitent beaucoup l'assistance de pays tiers afin de faire aboutir leurs enquêtes, ils sont eux-mêmes sollicités par les magistratures étrangères pour des enquêtes sur des infractions de corruption ayant des ramifications en Suisse. Selon les chiffres de l'Office fédéral de la justice soumis à l'équipe d'examen, au cours de la seule année 2003, la Suisse avait été le destinataire, toutes infractions confondues- de 1 218 demandes d'entraide, sans compter celles qui avaient été transmises directement aux autorités d'exécution cantonales sur une base conventionnelle. Au cours des dernières années, plusieurs affaires importantes concernant des soupçons de corruption sur des marchés étrangers ont occupé –voire continuent de mobiliser- la justice suisse. Parmi celles-ci le dossier de pots-de-vin versés par la société pétrolière française Elf qui a mobilisé, plusieurs années durant, magistrats et analystes financiers du canton de Genève et mis au jour plus de 300 comptes bancaires ouverts en Suisse ; le dossier de soupçons de versement de commissions occultes dans le cadre de la vente de fréquences françaises à Taipei chinois ; ou encore la demande d'entraide de la Suède parvenue à la Suisse en 2003 qui concernait des soupçons de pots-de-vin versés à des agents et consultants suisses par un groupe suédois dans les années 1998-99.

80. La Suisse accorde facilement sa coopération : la quarantaine de CRI et la dizaine de demandes d'extradition afférentes à des dossiers de corruption reçues par les autorités helvétiques depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit pénal de la corruption ont ainsi toutes été exécutées. Dans sa forme la plus active, l'entraide judiciaire inclut la possibilité pour le juge suisse de transmettre spontanément, à une autorité de poursuite pénale, des informations de preuve qu'il a recueillies au cours de sa propre enquête. Le magistrat est même habilité, en vertu de l'article 67a de la loi fédérale sur l'entraide pénale internationale (EIMP) à fournir des informations touchant au domaine secret (documents bancaires, par exemple), lorsqu'elles sont de nature à permettre à sa contrepartie étrangère de présenter une demande d'entraide judiciaire à la Suisse. Des mesures provisionnelles (blocage des comptes, saisie) peuvent également être prises dans des cas urgents dès lors qu'une demande d'entraide est annoncée (dans ce cas-là l'autorité compétente fixe un délai à l'État requérant pour la présentation d'une demande d'entraide formelle) ou bien même lorsqu'une demande d'entraide ne respecte pas le formalisme exigé par la loi. Ainsi en a-t-il été dans le cadre d'une demande récente d'entraide judiciaire effectuée par le Brésil concernant un dossier de corruption : le blocage, par le ministère public de la Confédération, des 31 millions d'euros liés au dossier de corruption et déposés en Suisse a été validé par le Tribunal fédéral en été 2003 en attente des pièces manquantes.

81. Les motifs d'inexécution sont pour la plupart motivés soit par le caractère fiscal de la demande d'entraide, la loi déclarant irrecevable les demandes visant un « *acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales* » (art. 3 alinéa 3 EIMP), soit par l'absence de double incrimination, encore que, au regard de ce dernier motif, une jurisprudence du Tribunal fédéral permet aux autorités compétentes d'adopter une approche flexible : il revient à celles-ci de seulement examiner si les faits commis à l'étranger sont aussi punissables selon le code pénal suisse s'ils avaient été commis en Suisse dans un contexte et des circonstances semblables (ATF 125 II 569 ss) ; en outre, la condition de double incrimination est examinée selon le droit en vigueur dans l'État requis au moment où la décision de demande d'entraide est prise et non selon le droit en vigueur au moment de la commission de l'acte ou bien au moment de la réception de la CRI (ATF 122 II 421). De même, en se fondant sur une autre décision du Tribunal fédéral qui a admis qu'une demande d'entraide pour blanchiment qui n'indique pas l'infraction préalable était suffisamment motivée, les autorités helvétiques accordent leur collaboration lorsque même la seule existence de transactions suspectes fonde le soupçon de blanchiment réalisé en Suisse (ATF 129 II 97 ss).

82. Le dernier motif de refus d'entraide, prévu à l'article 1a EIMP et qui concerne des demandes qui porteraient atteinte aux « intérêts essentiels de la Suisse », n'aurait quant à lui jamais servi à ce jour de fondement pour la non-exécution d'une demande d'entraide portant sur une infraction relevant sur la délinquance économique et financière ou dans des dossiers afférents à des marchés sensibles ou mettant en cause des personnalités politiques étrangères de haut rang. Pour preuve le rejet par le Département fédéral de justice et police - à qui revient d'examiner les recours exercés au motif des « intérêts essentiels de la Suisse » - de recours exercés dans ce sens dans des dossiers de corruption liée à des ventes d'armes à des dirigeants indiens et africains⁵⁷.

83. Pour autant, si la Suisse accorde en général facilement sa collaboration en matière judiciaire, la durée des procédures peut parfois amoindrir leur efficacité. Bien que fortement simplifiées au cours des dernières années, les voies de recours ont été dénoncées par plusieurs magistrats fédéraux et cantonaux entendus par l'équipe d'examen comme participant à un allongement souvent inutile des délais dans l'exécution des enquêtes. Le fait que même les prévenus résidant à l'étranger puissent utiliser ces voies de recours a été contesté sur la base du constat que, dans 97 pour cent des cas, ces recours étaient, au final, rejetés : utilisés à des seules fins dilatoires par des avocats de la défense particulièrement procéduriers, l'exercice de ces recours prolongerait selon un ancien magistrat de Genève, en moyenne d'un an l'exécution d'une demande d'entraide faite par un État étranger. Un rapport du projet USIS (un projet commun de la Confédération et des cantons visant à un réexamen du système de sécurité intérieure de la Suisse) notait en 2001 que l'exercice des recours, et l'allongement de la procédure en découlant, pouvait d'ailleurs « donner lieu de temps à autre à la prescription des délits »⁵⁸.

84. Les recours imposent en outre au personnel judiciaire suisse un effort supplémentaire important (nécessité de rédiger des décisions motivées, de plaider devant les autorités de recours) auquel les ressources humaines inégales dont disposent les cantons ne sont pas toujours en mesure de répondre, obligeant les autorités de poursuites à mettre certains dossiers de délinquance économique endogènes de côté pour pouvoir répondre aux demandes d'entraide.

Commentaire :

Les examinateurs se félicitent de la grande diligence avec laquelle les autorités accordent l'entraide judiciaire en matière de délinquance économique et financière, y compris dans des dossiers afférents à la corruption de décideurs publics étrangers, contribuant ainsi activement à la lutte contre la corruption engagée par les pays signataires de la Convention OCDE. Ils notent toutefois que les possibilités de recours tendent à allonger les procédures au risque d'entraver l'entraide accordée par la Suisse. Pour cette raison, les examinateurs invitent les autorités suisses à poursuivre les efforts engagés visant à rendre plus efficace la poursuite d'infractions afférentes à la corruption d'agents publics étrangers en envisageant des mesures afin de rationaliser les procédures de recours dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire.

⁵⁷ Ainsi, fin 1999, les autorités fédérales rejetaient le recours exercé au sens de l'art. 1a EIMP contre la décision des autorités suisses de transmettre, dans le cadre d'une demande d'entraide, des documents bancaires pouvant le cas échéant permettre aux autorités indiennes d'établir la preuve de corruption dans un marché portant sur l'acquisition de 410 obusiers d'une valeur totale de 1,4 milliard de dollars US. Une partie des pots-de-vin versés à des fonctionnaires indiens et représentant plus de 40 millions de dollars US, aurait transité par des comptes bancaires à Zurich et à Genève. Plus récemment, le Département rejetait le recours au sens de l'art. 1a EIMP déposé en janvier 2004 par des avocats genevois contre la décision de la justice helvétique de transmettre aux autorités françaises et chinoises de Taipei des documents bancaires découverts par un juge d'instruction fédéral dans le dossier de commissions occultes pour la vente de frégates à Taipei Chinois en 1991.

⁵⁸ USIS, *Réexamen du système de sécurité intérieure de la Suisse – 1^{re} partie, état des lieux*, 26 février 2001, p.71.

2. *L'établissement de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*

85. Il appartient aux "demandeurs au procès pénal (ministère public et partie plaignante ou civile) d'établir l'existence de chacun des éléments de l'infraction et la culpabilité de la personne poursuivie".⁵⁹ Cependant, le fardeau de la preuve qui pèse sur les parties poursuivantes se trouve allégé par le rôle particulier du juge répressif dans le procès pénal. En effet, à l'inverse du système accusatoire, où le juge est considéré comme un simple arbitre, dans le système mixte généralement applicable en Suisse, le juge est acteur du procès et il recherche d'office et sans limitation les moyens de preuve nécessaire à la manifestation de la vérité. Les parties peuvent apporter des preuves, mais la recherche des preuves incombe prioritairement aux organes particuliers du procès pénal (police judiciaire, juridiction d'instruction) qui sont tenus d'agir d'office, sans être liés par les conclusions et les offres de preuves des parties. Le devoir d'investigation pèse également sur les juridictions de jugement, qui peuvent compléter les preuves administrées par les juridictions d'instruction. C'est sur la base des preuves rapportées que les juges de fond se forment, de manière souveraine, une opinion – leur intime conviction -- sur la culpabilité du ou des prévenus; tout moyen de preuve, même les indices, est susceptible d'emporter la conviction du juge.⁶⁰ Le fait intentionnel sera souvent déduit des circonstances matérielles de l'espèce. Ainsi, un tribunal de district a conclu que les faits établis, notamment le versement d'une somme d'argent à un fonctionnaire dans le cadre d'une procédure d'octroi d'autorisations de séjour, permettaient de retenir que l'auteur avait l'intention d'acheter l'accord de l'agent public.⁶¹ Les autorités suisses ont noté qu'une décision a retenu que dans le nouveau droit de la corruption interne, il n'est plus nécessaire que l'auteur agisse dans l'intention que l'octroi de l'avantage soit suivi d'un acte du fonctionnaire contraire aux devoirs de sa fonction. Le dol éventuel suffit. En l'espèce, l'auteur savait que son interlocuteur était un agent de la fonction publique, il voulait clairement l'influencer dans une procédure d'octroi de contingentement et il avait conscience qu'il y parviendrait.⁶²

86. Au moment de l'examen Phase 2 de la Suisse, les tribunaux n'avaient jugé qu'un seul cas de corruption étrangère depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de l'art. 322^{septies}.⁶³ Il avait abouti à une condamnation par le biais d'une ordonnance pénale (sans jugement) et les différents éléments constitutifs du crime n'ont pas donné lieu à une interprétation spécifique. D'autres procédures concernant l'art. 322^{septies} étaient en cours ; en raison de leur caractère très préliminaire, elles n'avaient toutefois pas encore donné lieu à des interprétations de la loi. Dans ce contexte, certaines décisions en droit interne et en matière d'entraide judiciaire ont retenu l'attention des examinateurs principaux.

a) *Le traitement du comportement incriminé de corruption active*

i) L'offre, la promesse, l'octroi

87. L'article 322^{septies} reprend les termes de la Convention en prévoyant la poursuite de « *celui qui a offert, promis ou octroyé* » l'avantage indu pour obtenir la contreprestation de l'agent public étranger. L'infraction est considérée comme consommée dès que l'auteur a promis, offert ou octroyé un avantage même si l'agent n'a pas fourni la contreprestation. Dans un dossier de corruption d'agents publics suisses, un tribunal a jugé suffisant pour constituer le crime de l'octroi d'un avantage indu le

⁵⁹ Gérard Picquerez, Manuel de procédure pénale suisse § 1161.

⁶⁰ Id. §§ 1162, 1184, 1193.

⁶¹ Tribunal de district de Zurich, jugement du 19 février 2002, GG010628/U1).

⁶² Cour suprême, Zurich, SB020400/u/gk.

⁶³ Voir l'annexe 2 du présent rapport pour la teneur de l'article 322^{septies}.

dépôt d'une enveloppe contenant CHF 2 500 sur le bureau d'un fonctionnaire de police, alors même qu'elle n'avait pas été acceptée par ce dernier.⁶⁴

ii) La délimitation de l'avantage indu et des usages sociaux

88. Un examen des dossiers traités par la justice helvétique en matière d'agents publics suisses, confirme en général une interprétation large de l'avantage indu. Celui-ci peut être matériel (don en argent ou en nature), immatériel (satisfactions sexuelles, obtention d'une promotion), direct (immédiat dans le temps ou aux effets directement envisageables), ou indirect (à plus long terme ou parce qu'il procure un bénéfice par effet de ricochet). Le législateur suisse considère cependant que l'exigence que l'avantage soit indu donne également une certaine latitude pour exclure de l'infraction les libéralités insignifiantes et admises socialement. L'article 322^{octies} al. 2 CP considère en effet qu'il n'y a pas lieu de poursuites dès lors que les paiements, ou l'offre de paiements, les dons ou la remise de tout autre avantage, sont « *de faible importance et conformes aux usages sociaux* ». Lors de l'examen de la Suisse en Phase 1, les autorités suisses avaient expliqué qu'il s'agissait d'avantages considérés comme insignifiants et ne représentant aucun risque d'incitation envers l'agent public pour qu'il agisse d'une façon qui ne corresponde pas à ses devoirs.

89. Lors de la Phase 1 les autorités suisses avaient également précisé que les avantages de faible importance ne sont ni permis, ni conformes aux usages sociaux, dès l'instant qu'ils incitent l'agent public à un comportement contraire aux devoirs de sa charge ou sont susceptibles d'influencer son pouvoir d'appréciation. Suite à la visite sur place de la Phase 2, les autorités suisses ont réitéré cette position et ont souligné que cette interprétation a pour effet d'exclure de droit l'application de l'art. 322^{octies} al. 2 à l'art. 322^{septies} (ainsi qu'à l'art. 322^{ter}). Autrement dit, dans les cas de corruption au sens suisse (c'est-à-dire lorsque la contreprestation voulue de l'agent public constituerait une violation de ses devoirs ou dépendrait de son pouvoir discrétionnaire), aucun paiement ne pourrait être considéré comme un usage social.⁶⁵

90. Le Groupe de travail OCDE avait estimé que l'argument de la Suisse lors de la Phase 1 serait satisfaisant si les juges suisses adoptaient systématiquement cette conception, et ne se réfèrent pas aux usages sociaux en vigueur dans le pays de l'agent public étranger.⁶⁶ Depuis, quatre décisions en droit interne sont intervenues en la matière. Toutefois, elles n'ont pas paru exclure de droit la possibilité des usages sociaux dans les cas de corruption. En premier lieu, la jurisprudence rapportée par les autorités suisses indique que les tribunaux procèdent à une qualification au cas par cas selon, parmi d'autres critères, la nature du paiement. Ces décisions ont considéré des paiements relativement petits comme sortant du champ des usages sociaux et donc indus. Dans un des cas soumis encore à l'ancien droit, l'offre à un policier d'une invitation à un spectacle de cirque a été considérée comme un usage social ; sur cette base, le tribunal a conclu que l'infraction de l'art. 316 ancien CP (qui exigeait que l'avantage soit indu sans évoquer la notion d'usages sociaux) n'était pas réalisée.⁶⁷ En second lieu,

⁶⁴ Jugement du tribunal pénal du canton de Lucerne du 2 mai 2003 00/691. Le crime d'octroi d'un avantage indu n'existe pas dans le domaine étranger, voir plus bas §§ 93-95, mais il contient le même texte se référant à celui qui a « offert, promis ou octroyé » l'avantage indu que l'infraction de corruption.

⁶⁵ Sur la distinction importante en droit suisse entre d'une part, les infractions de corruption, qui exigent que la contreprestation de l'agent public soit une violation de ses devoirs ou un exercice de son pouvoir discrétionnaire, et, d'autre part, les infractions dites de l'octroi ou de l'acceptation d'avantage, où la contreprestation voulue est l'accomplissement des devoirs de la charge, voir plus bas la section sur Les paiements aux agents publics pour l'accomplissement de leurs devoirs, §§ 93-95.

⁶⁶ Voir Rapport Phase 1, § 1.1.4 et Évaluation § 1.

⁶⁷ Toutes les décisions étant intervenues en droit interne, la question de la référence aux usages étrangers ne s'est pas posée.

rien dans le texte de l'art. 322^{octies} al. 2 ne suggère que la notion des usages sociaux est exclue dans les cas de corruption.⁶⁸ Enfin, un magistrat d'un Ministère public cantonal a indiqué à l'équipe d'examen que l'impact de l'art. 322^{octies} al. 2 dans les cas de corruption avait fait l'objet de discussions au sein de son canton à l'issue desquelles il avait été décidé que, lorsque de l'argent liquide est en jeu, l'acte ne peut être un usage social. Cette interprétation des procureurs diffère de celle des autorités centrales selon laquelle la notion d'usage social est exclue dans les cas de corruption.

iii) L'antériorité de l'avantage et la relation d'équivalence entre la prestation et la contre-prestation

91. Sous le régime antérieur, la doctrine et la jurisprudence « étaient unanimes à considérer que ni le donateur ni le bénéficiaire n'étaient punissables en raison d'une libéralité accordée à titre de récompense après l'accomplissement d'un acte contraire aux devoirs de fonction ». (Message 99.026 § 212.33). Ce problème semble être résolu par le nouveau droit, qui s'applique également aux paiements postérieurs à la violation des devoirs.⁶⁹ De même, les autorités suisses ont indiqué que le Tribunal fédéral n'exige pas la preuve concrète d'un contrat illicite pour chaque avantage reçu, sollicité ou promis, ni pour chaque acte contraire aux devoirs de fonction. Il faut seulement que les actes du fonctionnaire soient « déterminables de manière générique ». ⁷⁰ Ainsi, selon un autre arrêt, il y a équivalence « dès lors que le contenu objectif de l'acte en cause est connu au moins dans ses grandes lignes »⁷¹. Le Tribunal fédéral prend ainsi en considération des critères objectifs comme le montant de l'avantage, la proximité dans le temps, la fréquence des contacts entre le donateur et le bénéficiaire, et l'identité de leurs domaines d'activité⁷².

Commentaire :

Les examinateurs se félicitent de la position officielle des autorités suisses selon laquelle la notion des usages sociaux ne peut s'appliquer aux cas de corruption au sens suisse. Cependant, vu les difficultés d'interprétation de la notion des usages sociaux évoqués par les procureurs et vu la rédaction actuelle de la loi, les examinateurs invitent le groupe de travail à assurer le suivi de l'interprétation de la notion d'usage social par la jurisprudence à venir.

b) Le traitement de la notion d'agent public étranger et de ses actes

i) La notion d'agent public étranger

92. Le droit suisse semble bien cerner les limites extérieures de la notion du fonctionnaire. Le Message accompagnant la nouvelle législation a procédé à une fine analyse de la nature du fonctionnaire et de la jurisprudence suisse sur cette question.⁷³ Les dossiers judiciaires de corruption

⁶⁸ Voir Message 99.026 § 23 ("Comme l'indique le titre marginal, l'art. 322^{octies} est applicable à toutes les infractions de corruption constituant le nouveau titre dix-neuvième (art. 322^{ter} à 322^{septies})").

⁶⁹ Cependant, une ambiguïté subsiste : alors que les versions française et allemande de la loi sont claires, la version italienne stipule que l'avantage indu doit être promis ou procuré à un agent public « *per indurlo a commettere un atto o un'omissione* » en lien avec son activité officielle et contraire à ses devoirs, créant une apparente nécessité d'établir l'antériorité de l'offre de l'avantage. Toutefois, la volonté du législateur semble avoir été claire car le Message indiquait que le texte proposé avait pour but explicite de « *renoncer carrément* » à l'exigence de la postériorité de la violation des devoirs de la fonction. La jurisprudence n'a pas encore traité de cette question.

⁷⁰ ATF 118 IV 316, cité dans le Message 99.026 § 212.4.

⁷¹ Voir Message 99.026 § 212.4 note 127 qui cite l'arrêt.

⁷² ATF 118 IV 316, cité dans le Message 99.026 § 212.4.

⁷³ Voir notamment l'analyse aux §§ 212.12, 212.13 du Message 99.026.

d'agents publics suisses traités par les juridictions suisses fournissent plusieurs exemples de personnes définies comme « fonctionnaires » : la personne engagée par l'administration sous contrat de droit privé dès lors qu'elle est soumise à la surveillance et au pouvoir d'instruction de l'État ; l'employé d'une entreprise privée, mandatée et contrôlée par l'État (par exemple pour l'approvisionnement en eau ou électricité), les responsables d'un bureau privé d'ingénieurs mandaté par l'État pour planifier, préparer l'adjudication, puis superviser la réalisation de travaux publics parce que, selon le Conseil fédéral, l'adjudication de marchés publics est « clairement une prérogative d'État ». A l'art. 322^{octies}, al. 3, CP, il est tenu compte de la notion matérielle de fonctionnaire. Cette disposition précise que les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics.

ii) Les paiements aux agents publics pour l'accomplissement de leurs devoirs et l'infraction en droit interne d'octroi d'avantages

93. Pour la corruption d'agents publics suisses, la Suisse a adopté deux types de délits distincts. Les uns (arts. 322^{ter} et ^{quater}) s'appliquent aux cas de paiements à l'agent pour un acte qui « *soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation* ». Les autres (arts. 322^{quinquies} et ^{sexies}) s'appliquent aux paiements à l'agent « *pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge* ». En droit suisse, les premiers sont généralement qualifiés de corruption active ou passive alors que les seconds sont appelés l'octroi ou l'acceptation d'un avantage.⁷⁴ Le délit de l'art. 322^{septies} applicable aux agents publics étrangers ne couvre, lui, que la corruption active, c'est-à-dire aux seuls cas de paiements à un agent pour un acte qui « *soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation* ». Le cas où l'agent étranger reçoit un paiement pour accomplir les devoirs de sa charge n'est pas couvert par l'article 322^{septies} et ceci quelle que soit l'importance du paiement.

94. La brochure de sensibilisation du SECO inclut des exemples qui illustrent certaines préoccupations des examinateurs à ce titre. Ainsi, en évoquant le cas d'un paiement de 10 000 dollars pour obtenir des actions officielles à l'étranger, la brochure aborde la légalité du seul point de vue de la nature de l'acte de l'agent étranger, sans considérer la question du montant du paiement, et conclut à la légalité pourvu que l'acte constitue l'accomplissement d'un devoir. Les examinateurs constatent que 10 000 dollars est déjà une somme considérable dans beaucoup de pays, sans évoquer les possibilités de paiements à répétition, mais considèrent que le problème plus grave est l'absence de toute limite au montant des paiements de cette nature.⁷⁵ Suite à la visite sur place, les autorités suisses ont reconnu que l'exemple dans la brochure est mal choisi et ont indiqué qu'il sera modifié sur le site Internet du SECO et dans d'éventuelles versions futures de la brochure.

95. Dans ce contexte, un juge suisse a évoqué un sérieux et préoccupant problème : afin d'établir l'existence de l'infraction de l'art. 322^{septies}, le procureur (ainsi que le juge) seront confrontés au problème pratique de la preuve que l'agent étranger avait une marge d'appréciation en vertu du droit étranger; or, celui-ci peut être très difficile à prouver. Vu l'absence de limite au montant des paiements

⁷⁴ En droit interne, la jurisprudence doit distinguer entre les deux infractions mais toutes les deux sont sanctionnées. Ainsi, les autorités suisses ont indiqué que dans un jugement en matière interne du 28 octobre 2002, la Cour suprême du canton de Zurich a retenu que dans le cadre d'une procédure d'octroi d'autorisations de séjours en matière de contingentements cantonaux, le fonctionnaire avait une marge d'appréciation suffisante pour que l'infraction prévue à l'art. 322^{ter} CP soit réalisée et non celle visée à l'art. 322^{quinquies} CP (Zurich, SB020400/u/gk).

⁷⁵ Selon le Message 99.026 au parlement, l'incrimination de l'octroi d'avantages indus à des agents publics étrangers n'était pas nécessaire parce que la Convention « *ne vise pas les pots-de-vin versés à l'étranger afin de décider des fonctionnaires locaux sous-payés à accomplir leur devoir* ». Lors de l'adoption de la loi, la Suisse a considéré que la Convention exige seulement « *une définition étendue de la violation des devoirs de fonctions couvrant également l'exercice du pouvoir d'appréciation* » en se fondant notamment sur le Commentaire 3 de la Convention (Message 99.026). Cependant, l'analyse ne se réfère pas à la limitation des paiements de facilitation destinés à obtenir l'accomplissement du devoir de l'agent aux « *petits* » paiements en vertu du Commentaire 9.

pour l'accomplissement du devoir de l'agent, cette preuve devra être rapportée dans tous les cas, même dans les cas de paiements très importants. Lors de la Phase I, les autorités suisses avaient affirmé que le problème ne serait pas important sur le plan pratique car, de leur avis, « il est peu probable qu'en pratique il soit offert quoi que ce soit d'autre que des petits paiements de facilitation pour des actes ne contenant pas d'élément de pouvoir discrétionnaire » et elles ont réitéré cette affirmation dans le contexte de l'examen de Phase 2.

Commentaire :

Les examinateurs invitent le Groupe de travail à suivre attentivement la jurisprudence pertinente future afin de s'assurer que, hormis le cas des petits paiements de facilitation, l'acceptation d'un avantage indu par un agent constitue la base d'une infraction de corruption.

c) ***L'arrêt du Tribunal fédéral du 5 décembre 2003***

96. Un arrêt de la première chambre de droit public du Tribunal fédéral statuant sur l'admissibilité et la portée d'une demande d'entraide judiciaire relative à un ancien chef d'État, a émit des hypothèses quant au sens de l'art. 322^{septies}, en particulier au regard de la notion de fonctions officielles, de la définition de l'agent public étranger et de l'impact de la sollicitation (arrêt 1A 213/2003 du 5 décembre 2003). Bien que dans le cadre de cet arrêt le Tribunal n'ait pas statué sur l'application de l'art. 322^{septies} mais sur les conditions de double incrimination nécessaires à l'octroi de l'entraide, les examinateurs principaux se sont préoccupés de l'impact d'un arrêt qui est le seul à avoir à ce jour interprété l'article 322^{septies}. Un juge d'instruction rencontré lors de la visite sur place a d'ailleurs estimé que les remarques du Tribunal pourraient signaler des controverses possibles et susciter des commentaires par la doctrine.

97. Un rappel du contexte est nécessaire. Selon l'exposé des faits de la demande d'entraide, la société F._ avait conclu en 1989 un contrat avec la société africaine N._, détenu par l'État africain concerné à hauteur de 70% du capital. Le contrat portait sur la construction d'une usine dans le dit État pour un prix de plusieurs milliards de deutschemarks. Après son accession au pouvoir quelques années plus tard, le nouveau chef d'État de ce pays aurait « exigé de profiter de la réalisation du projet ». Durant les cinq années suivantes, F._ aurait versé plus de DM 700 millions à des sociétés et fondations contrôlées par le chef d'État et ses proches, sous le couvert de prestations fictives attestées par de fausses factures.

98. Le raisonnement du Tribunal qui a douté que les actes reprochés au Chef d'État entraient dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles parce que ce dernier serait intervenu dans la conduite des affaires de N._, une entreprise privée détenue à 70 pour cent par l'État, soulève une première interrogation. Un tel raisonnement, s'il était effectivement appliqué, serait incompatible à la lettre de la Convention. Un chef d'État dispose en effet généralement de larges pouvoirs et compétences en matière économique, politique et sociale et le fait qu'il exerce des pressions sur une entreprise privée n'est pas suffisant pour écarter son action du domaine de ses fonctions officielles. Cette conclusion s'impose encore plus lorsque l'entreprise est d'une valeur de plusieurs milliards de deutschemarks et s'imposerait même dans le cas d'une entreprise entièrement privée sans lien patrimonial avec l'État. De l'avis des examinateurs, une définition large de la sphère d'action privée d'un chef d'État, et en particulier l'extension de cette sphère à ses comportements envers les entreprises privées, ferait courir le risque d'abus multiples si elle venait à être retenue par les juridictions compétentes suisses. La suggestion du Tribunal selon laquelle l'infraction de l'art. 322^{septies} exigerait que les actes (ou omissions) du chef d'État devaient être commis « directement » dans le cadre de ses

fonctions officielles suscite également des réserves de la part des examinateurs, dès lors que l'exigence d'un rapport « *direct* » n'apparaît ni dans la Convention ni dans la loi suisse⁷⁶.

99. L'analyse du Tribunal selon laquelle l'art. 322^{septies} CP ne s'appliquerait pas lorsque l'agent public étranger a sollicité le paiement de l'avantage indu par le prévenu suscite également des interrogations. Dans ses considérants, le Tribunal a estimé que le comportement des prévenus « parai[ssait] difficilement assimilable au délit réprimé par l'art. 322^{septies} CP », car ils n'avaient pas « *spontanément* » offert, promis ou octroyé un avantage au chef d'État mais avaient au contraire agi « à sa demande ». La législation suisse ne contient pas le mot « *spontanément* »⁷⁷. L'analyse pouvant laisser entendre que le statut d'un chef d'État comme agent public étranger dépendrait de son action particulière dans chaque espèce soulève également des interrogations : certes, le langage de l'art. 322^{septies} ne s'applique aux membres de l'Exécutif que par une référence générale aux "*personnes agissant pour un État étranger ... en tant que membre d'une ... autre autorité*"; la volonté du législateur d'appliquer la loi aux paiements indus aux chefs d'État étranger est cependant claire, le Message 99.026 soulignant à juste titre (§ 221.1) que « *la Convention a pour premier objectif de restreindre l'afflux des gros versements destinés notamment à la corruption des chefs d'État et des ministres* ».

100. L'analyse de droit pénal de la 1^{ère} chambre de droit public du Tribunal fédéral a été faite dans le contexte d'une demande d'entraide judiciaire internationale ; cet aspect doit être respecté comme élément particulier. Elle a toutefois été faite alors qu'il n'existe pas d'autre interprétation de l'article 322^{septies} CP et, pour cette raison, peut-être porteuse du poids de l'autorité que représente le Tribunal fédéral. Les autorités suisses ont indiqué que l'analyse de la chambre avait concerné le comportement des parties dans son ensemble et n'avait traité que de la question des fonctions officielles. Plus généralement, les autorités suisses ont souligné que le texte clair de la loi prévaut en tout état de cause. L'arrêt peut toutefois soulever des doutes non seulement à propos de la notion des fonctions officielles mais aussi quant à l'impact de la sollicitation et la définition d'un agent public étranger. Compte tenu de l'impact éventuel de cet arrêt sur le débat juridique en Suisse, il importe de suivre l'évolution de la jurisprudence et de la pratique en matière d'enquêtes et de poursuites sur ces points. De même, vu l'importance pratique du problème de la sollicitation dans le cadre des transactions internationales, des efforts supplémentaires devraient être faits, dans le contexte des efforts généraux de sensibilisation, afin de sensibiliser les entreprises à ce problème.

Commentaire :

Les examinateurs constatent que la seule jurisprudence existante en ce qui concerne l'art. 322^{septies} peut être interprétée comme s'éloignant sur plusieurs points des termes du Message ou de la loi. Les examinateurs recommandent un suivi du Groupe de travail afin de vérifier que la mise en oeuvre de l'article 322^{septies} par les autorités judiciaires confirme: (i) une conception large de la définition de l'exercice des fonctions officielles d'un chef d'État; (ii) son application aux situations de sollicitation de la part d'un agent public étranger ; et (iii) une application de la notion d'agent public étranger qui comprend les chefs d'État et les plus hautes autorités de l'État.

⁷⁶ La focalisation du Tribunal sur la question de savoir si les « actes reprochés » au chef d'État ont été commis dans l'exercice de ses fonctions officielles suscite également une réserve: l'acte de l'agent à évaluer à l'aune des « fonctions officielles » dans le contexte de la corruption étrangère est en effet la contrepartie du paiement, pas une éventuelle sollicitation.

⁷⁷ Par ailleurs, la brochure de sensibilisation du SECO précise qu'une entreprise suisse qui satisfait à la demande d'un organisme public étranger pour des paiements indus se rend coupable en Suisse de corruption d'agents public étrangers.

d) *La compétence et le problème de la participation*

101. L'art. 3 CP dispose que les autorités suisses sont compétentes si le délit a été commis en Suisse. L'art. 7 al. 1 CP dispose que : *Un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi, qu'au lieu où le résultat s'est produit.* Selon les autorités suisses, l'exécution de l'acte au sens de l'art. 7 CP recouvre toute forme de comportement qui réalise les éléments constitutifs de l'infraction.⁷⁸ Toutefois, dans leurs réponses au questionnaire (p.32), les autorités suisses ont indiqué que de « *simples actes de participation (instigation, complicité, etc.)* » commis par des étrangers en Suisse ne suffisent pas à fonder la compétence territoriale des tribunaux suisses lorsque l'auteur principal étranger a agi à l'étranger, apparemment parce que de tels actes de participation sont considérés comme étant commis à l'étranger.

102. Ainsi défini, le concept de participation suscite des interrogations. Au niveau de la compétence, la Convention exige que chaque partie prenne les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire, et prévoit que cette compétence territoriale doit être interprétée largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé.⁷⁹ Les examinateurs considèrent que dans le cas où une personne en Suisse a intentionnellement incité autrui à corrompre un agent public étranger et que cette corruption a eu lieu, la personne devrait être justiciable devant et sanctionnée par les tribunaux suisses. Il en est de même pour la personne en Suisse qui a intentionnellement prêté assistance pour la commission de la corruption à l'étranger.

103. Les autorités suisses font valoir qu'elles peuvent partiellement compenser cette lacune en recourant à la compétence fondée sur la nationalité lorsque la personne coupable de complicité ou d'instigation est suisse. Cependant, la compétence fondée sur la nationalité s'applique aux seuls citoyens suisses et non aux résidents permanents ou de longue date.⁸⁰ La Suisse a également partiellement étendu sa compétence territoriale à l'égard des étrangers dans la révision de la partie générale du Code pénal adoptée en décembre 2002 et qui entrera en vigueur en 2006. Selon la nouvelle disposition (art. 7 P-CP), la Suisse se considérera compétente lorsqu'une infraction est commise à l'étranger, par un étranger, s'il se trouve en Suisse et n'est pas extradé pour des motifs autres que la nature de l'acte (par exemple si l'extradition expose l'auteur à la peine de mort ou à des peines portant atteinte à l'intégrité physique). Cependant, cette disposition ne s'applique que si l'État étranger fait une demande d'extradition, ce qui fera souvent défaut. Elle ne s'appliquera pas aux personnes morales étrangères car elles ne sont pas sujettes à extradition.

104. Les autorités suisses considèrent également que la compétence fondée sur la nationalité s'applique aux sociétés suisses et que la nationalité des personnes morales sera déterminée par leur siège statutaire.⁸¹ Selon elles, les autorités de poursuite pourraient sans difficulté ouvrir une enquête à l'encontre d'une société suisse dont un employé non Suisse corrompt un agent public étranger à l'étranger en application du principe de la personnalité active. Pour ce qui est de la compétence territoriale à l'égard des entreprises étrangères, il n'est pas clair si la compétence à l'égard de l'entreprise sera fondée sur le lieu des actes ou omissions organisationnelles, ou des actes de corruption. L'article 100^{quinquies} traite de la procédure mais se limite pour l'essentiel à la seule question

⁷⁸ Voir Rapport Phase 1 § 4.1 et note 28.

⁷⁹ Voir Convention art. 4(1); Commentaire § 25.

⁸⁰ Voir art. 6 CP (se référant à "tout Suisse").

⁸¹ Sur le nouveau régime de responsabilité pénale de l'entreprise établi par les articles 100quater et 100quinquies du Code pénal, voir la section suivante.

de la représentation de l'entreprise dans la procédure. Des intervenants ont exprimé des craintes que la nouvelle loi est insuffisante à cet égard.

Commentaire :

Les examinateurs considèrent que le Groupe de travail devrait vérifier, en fonction de l'évolution de la pratique, si la base actuelle de la compétence territoriale, compte tenu de la règle selon laquelle la commission en Suisse par un étranger des actes d'instigation, d'autorisation ou de complicité dans la corruption d'agents publics étrangers commise par un étranger est réputée avoir lieu à l'étranger, est suffisamment efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers.

3 *La mise en jeu de la responsabilité des personnes morales*

105. Deux régimes de responsabilité pénale pour les entreprises ont été établis sous l'art. 100^{quater} CP.⁸² Ceux-ci établissent le défaut d'organisation comme une condition de la responsabilité pénale de l'entreprise. L'alinéa 1^{er} prévoit une responsabilité de l'entreprise lorsque l'auteur individuel d'un délit ne peut pas être identifié en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Il s'applique à l'ensemble des crimes et délits. L'alinéa 2 prévoit, pour quelques délits spécifiques dont la corruption interne et étrangère, une responsabilité parallèle de l'entreprise sur la base d'un défaut d'organisation. L'application de l'alinéa 2 n'exige pas de condamnation parallèle d'une personne physique. Une infraction doit exister et être imputable à l'entreprise. Il n'est pas nécessaire que l'auteur physique ait été condamné ou sanctionné. L'alinéa 3 établit les critères d'application des sanctions et l'alinéa 4 définit la notion d'entreprise.⁸³ Ces articles n'ont pas encore connu d'application pratique. De l'avis des juristes rencontrés, la responsabilité de l'alinéa 2 est plus importante que celle de l'alinéa 1 en matière de corruption.

a) *L'infraction de l'alinéa 2*

106. Pour qu'une responsabilité soit fondée sur l'art. 100^{quater}, al. 2, l'entreprise doit ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction par l'individu. Selon un juge de la Cour de cassation, dans un article de doctrine, « il n'est pas reproché à l'entreprise d'avoir blanchi ou corrompu, mais d'avoir participé, par son organisation défailtante, à l'infraction ».⁸⁴

107. Les examinateurs se sont interrogés sur la conformité de cette disposition avec la Convention OCDE. Celle-ci ne se réfère pas au défaut d'organisation comme condition de la responsabilité. La responsabilité pour défaut d'organisation s'apparente à une responsabilité pour une négligence additionnelle au-delà de la commission de l'acte de corruption. Dans le Message au parlement consacré à l'introduction de la responsabilité des entreprises, il est indiqué que la peine maximale de cinq millions de francs suisses devrait rarement être appliquée parce que « *le manquement pénal imputé aux entreprises – soit leur manque d'organisation – est en règle générale assimilable à un acte*

⁸² Voir l'annexe 2 au présent rapport pour la teneur des arts. 100^{quater} et 100quinquies.

⁸³ La notion d'entreprise, définie à l'art. 100^{quater} al. 4 CP, comprend toute structure, peu importe son but, lucratif ou non. Un article de doctrine récent considère que ces dispositions s'appliquent également aux entreprises étrangères. Voir Bernard Bertossa, De quelques problèmes pratiques de mise en oeuvre, in « La punissabilité de l'entreprise ». Un auteur a cependant noté que les formes juridiques de « l'entreprise » sont définies en termes de droit suisse et que des incertitudes peuvent exister par rapport à l'application des textes à des formes juridiques inconnues en droit suisse, comme par exemple le trust anglo-saxon. Voir Vincent Jeanneret in « La punissabilité de l'entreprise », numéro spécial de *L'expert-comptable suisse*, juin juillet 2003, p.8.

⁸⁴ Robert Roth, « Une responsabilité sans culpabilités ? », in « La punissabilité de l'entreprise », p. 20.

de négligence »⁸⁵. L'addition d'une condition supplémentaire par rapport au texte de la Convention doit être soigneusement pesée à la fois dans son principe et dans son application.

108. De l'avis d'un représentant de l'Office fédéral de la justice, la législation suisse serait à certains égards plus contraignante que certains autres régimes parce que la responsabilité pour défaut d'organisation de l'article 100^{quater} peut naître d'actes de corruption commis à tous les échelons de l'entreprise. D'autres régimes n'exigent pas la preuve d'un défaut d'organisation, mais ils exigent des actes liés à la corruption de certains haut dirigeants ou organes particuliers.

109. A cet égard, il faut noter que l'alinéa 2 ne contient pas de critère de rattachement à l'entreprise de l'acte de corruption par l'individu. Le texte ne spécifie ni quelles « *personnes physiques* » ni quels actes de corruption par ces personnes peuvent déclencher un examen de l'état de l'organisation de l'entreprise. Pour trouver ce critère de rattachement, il faut utiliser le critère de l'alinéa 1, à savoir « *un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts* ». Le critère de rattachement d'un acte « *au sein de l'entreprise* », s'il semble inclure des actes par tous les organes et employés de l'entreprise, est toutefois de l'avis des examinateurs sujet à interprétation, n'a jamais été mis en oeuvre et pourrait limiter l'application du texte, par exemple lorsque l'agent d'une entreprise affiliée fait un paiement indu pour le bénéfice de la société, ou lorsque l'entreprise utilise un intermédiaire externe. Les autorités suisses quant à elles relèvent que la notion de « *commis au sein de l'entreprise* » implique l'existence d'un certain lien organisationnel ou hiérarchique entre la personne physique et l'entreprise. Sur cette base, elles retiennent que l'agent peut être un organe, de droit ou de fait, un employé exerçant des fonctions dirigeantes, voire un simple employé, sans pouvoir particulier. S'agissant des agents externes, elles estiment que tous les agents extérieurs, comme les mandataires entrent dans la définition de l'art. 100quater CP, mais la doctrine suisse semble divisée sur ce point. L'idée d'un acte de corruption commis « *conforme* » aux buts de l'entreprise peut surprendre, mais les procureurs et les juges suisses ont considéré que cette notion pouvait être interprétée comme s'appliquant aux actes dans le domaine de l'activité de l'entreprise, le but étant d'exclure les actes privés des agents de l'entreprise. Il faudrait cependant que cette interprétation soit confirmée par la jurisprudence à venir.⁸⁶

110. La notion de « *toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction* » a suscité aussi des interrogations, particulièrement lorsqu'elle est appliquée à la corruption transnationale. Aucune définition ni dans le texte ni dans les travaux préparatoires ne permet d'éclairer le concept.⁸⁷ La doctrine vue par les examinateurs l'évoque uniquement dans des termes très généraux. Un représentant de l'OFJ a indiqué que la disposition a fait l'objet de discussions dans un comité du parlement et que des experts sont intervenus dans l'élaboration du concept, mais ces discussions n'ont pas fait l'objet de publication. Alors que dans le domaine du blanchiment, il existe

⁸⁵ Message 98.038, § 217.422.

⁸⁶ En droit suisse, les sociétés ne sont pas en principe responsables des actes de leurs sociétés affiliées. Selon Alain Macaluso, les filiales étant des sociétés commerciales juridiquement indépendantes, l'imputation à une autre société d'une infraction commise ne pourra se faire que si la société recherchée se trouve dans une situation de garant. La responsabilité des sociétés mères sera dans tous les cas reconnue lorsque l'on se trouve en présence d'une société unitaire, il faudra donc une unité économique. Il conviendra d'examiner l'importance de la participation d'une société au capital de l'autre, et si d'autres indices permettent de retenir l'existence d'un lien étroit (pouvoir de donner des instructions, identité des dirigeants, confiance suscitée et les apparences créées). Voir Alain Macaluso, La responsabilité pénale de l'entreprise, Commentaire des art. 100quater et 100quinquies CP, Schulthess 2004, pp. 101-103).

⁸⁷ Le Message 98.038 du 21 septembre 1998 concernant la refonte des dispositions générales du Code pénal et l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise a analysé un projet qui ne comprenait pas l'alinéa 2. L'alinéa 2 a été ajouté lors des débats parlementaires mais ceux-ci ne contiennent aucune discussion sur la genèse ou l'interprétation de la disposition. Voir Message 02.052 § 2.2.3, FF 2002 5014.

plusieurs sources externes à la loi pénale pour l'établissement de normes d'organisation pour les intermédiaires financiers⁸⁸, c'est loin d'être le cas pour la corruption. Un article de doctrine a noté que les principales sources pour de telles normes d'organisation en matière de corruption seraient internationales, et en premier lieu la Convention et sa Recommandation et les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales.⁸⁹ L'article constate cependant que ces normes peuvent difficilement constituer des règles de conduite extra-pénales régissant la responsabilité pénale car elles sont peu connues et ne résultent pas d'une délégation d'autorité explicite comme celle qui a donné lieu au développement des normes en matière de blanchiment par les OARs.⁹⁰ De plus, il est loin d'être certain que ces normes seraient suffisamment explicites pour permettre au parquet de démontrer des défauts d'organisation.

111. Selon les autorités suisses, s'agissant des mesures d'organisation, il faut prendre en considération une obligation générale de diligence qui s'étend à l'activité globale de l'entreprise. Selon eux, cette obligation est bien connue dans le domaine des délits commis par négligence par des personnes physiques. Dans ce cas, la jurisprudence a permis d'établir ce qu'on entendait par des devoirs de diligence de certains corps de métier (médecins, professeurs de ski, guides de montagne) alors même que la loi est muette sur ce point. En d'autres termes, on se retrouve dans une situation comparable, où la jurisprudence doit développer ce qu'elle entend par « *mesures d'organisation raisonnables et nécessaires* ». Le juge aura à examiner ce qu'aurait raisonnablement fait une autre entreprise comparable, quelles ont été les instructions données, les contrôles, l'information interne et l'organisation globale.

112. Dans ce contexte, de l'avis des examinateurs l'imposition du fardeau de la preuve de l'organisation sur le procureur (ou le tribunal) semble inappropriée. L'entreprise connaît évidemment bien mieux que les magistrats la nature de son organisation interne, avec ses qualités et ses défauts. La justice aura vraisemblablement des difficultés à prouver le défaut d'organisation, particulièrement dans le cas d'une entreprise dans un groupe complexe, ce qui pourra dissuader des poursuites.⁹¹ Un juge a noté à cet égard que la généralité du texte pouvait être un frein aux poursuites et que son application poserait de sérieuses difficultés d'interprétation. Ainsi, le développement de la notion par la jurisprudence pourrait ne se faire que très lentement, d'autant plus que, d'une part, les seules infractions vraisemblablement susceptibles de donner lieu à des poursuites sont le blanchiment et la corruption, et, d'autre part, la notion de l'organisation défaillante sera probablement différente pour les différentes infractions.⁹² Même lorsque l'acte de corruption a été commis dans l'intérêt de l'entreprise, il pourrait être facile pour celle-ci d'éviter la responsabilité. Il est également à craindre que la simple

⁸⁸ Pour les sources externes de normes organisationnelles pour le blanchiment, il semble que la disposition clef sera l'art. 8 LBA complétée par les nombreuses règles adoptées par les acteurs en application de la délégation contenue dans cette disposition, mais il en existe d'autres. Voir Roth, in « La punissabilité de l'entreprise », p. 22.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 20, 24 (soulignant que les règles de conduite extra pénales sont "plus nombreuses et surtout, elles ont ... une force normative infiniment supérieure" dans le domaine du blanchiment que dans le domaine de la corruption).

⁹¹ Il n'est pas clair, cependant, si l'organisation est évaluée à tous les niveaux de l'entreprise et si des défauts aux échelons inférieurs peuvent constituer l'infraction. La nature de la responsabilité apparaît également vague. Des intervenants ont décrit une obligation de résultat alors que d'autres l'ont caractérisée plutôt comme une obligation de moyens. La doctrine la décrit comme une forme de combinaison de culpabilités: la négligence de l'entreprise a permis à l'intention de l'auteur du blanchiment ou de la corruption de se concrétiser. Voir Roth p. 22. Suite à la visite sur place, les autorités suisses ont indiqué que l'évaluation doit être "générale", ce qui peut imposer un travail énorme dans le contexte d'une grande entreprise.

⁹² Autre que les infractions de corruption et de blanchiment, les seules infractions auxquelles s'applique l'alinéa 2 sont deux infractions liées au terrorisme et une infraction de participation à une entreprise collective qui est "d'application extrêmement délicate et restée quasiment lettre morte à ce jour en Suisse". Voir Roth, p. 20.

démonstration que l'entreprise est organisée en conformité avec les normes internationales d'organisation et de gestion permette d'écarter la responsabilité.⁹³ De l'avis des autorités suisses, au contraire, la preuve du manque d'organisation n'est pas si difficile à apporter. Selon elles, il faudra examiner si les collaborateurs ont été suffisamment instruits, supervisés et contrôlés. Le fait que l'entreprise soit organisée en conformité avec des normes internationales de gestion ne sera pas suffisant pour exclure toute responsabilité de sa part; ce sera un élément à prendre en considération parmi d'autres étant donné que la notion d'organisation de l'article 100quater va au-delà. De leur avis un renversement du fardeau de la preuve en matière pénale contreviendrait à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

b) *L'infraction de l'alinéa 1er*

113. L'infraction de l'alinéa 1^{er} établit une responsabilité de l'entreprise si une infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. La responsabilité de l'entreprise est explicitement subsidiaire et ne peut co-exister avec la responsabilité d'un individu. En général, les juristes auditionnés par l'équipe d'examen ont jugé que l'alinéa 1^{er} sera peu appliqué dans la pratique. Ainsi, un article écrit par un des avocats auditionnés note que d'aucuns estiment que l'alinéa 1^{er} « *connaîtra peu, voire très peu de cas d'application car la double condition de la non-identification de l'auteur et du défaut d'organisation ne permettant pas son identification sera fort difficile à démontrer* ». ⁹⁴

Commentaire :

Les examinateurs considèrent que la mise en place du nouveau régime de responsabilité pénale des entreprises est un progrès certain. Cependant, en l'absence de jurisprudence jusqu'à présent, ils ne sont pas convaincus que le nouveau régime soit en mesure d'assurer l'imposition de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives. Ils considèrent qu'un suivi de cette question par le Groupe de travail, en fonction de l'évolution de la pratique, est nécessaire afin de vérifier si, compte tenu de la notion de défaut d'organisation, l'application de l'article 100quater CP assure des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives.

C. LA RÉPRESSION DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DES INFRACTIONS CONNEXES

1. Condamnations et sanctions prononcées pour des actes de corruption

a) *Les peines applicables et la fixation de celles-ci par les juges pénaux*

i) Les peines susceptibles d'être appliquées

114. En vertu du nouvel arsenal répressif mis en place par la Suisse en application de la Convention, tout chef d'entreprise suisse – et, plus généralement, tout individu – ayant versé un pot-de-vin à un décideur public étranger pour obtenir un avantage dans le cadre d'une opération de

⁹³ Le défaut d'organisation comme condition supplémentaire de la responsabilité des entreprises soulève d'autres questions. Par exemple, dans le cadre de grands groupes, l'organisation opérationnelle est très souvent dissociée de l'organisation juridique des filiales du groupe. Une analyse réaliste de l'organisation dans ces conditions serait focalisée au moins en partie sur les mesures organisationnelles du groupe dans son ensemble, y compris la société mère et les autres filiales du groupe. Cependant, la co-existence d'une telle approche réaliste à l'évaluation de l'organisation avec des règles purement juridiques d'imputabilité de l'acte de corruption à l'entreprise, telles celles prévues à l'alinéa 1^{er} (qui sont également applicables à l'alinéa 2), est incertaine.

⁹⁴ Voir p. ex. Vincent Jeanneret, "Une loi baclée?" in « La punissabilité de l'entreprise », p. 8.

commerce internationale encourt désormais une peine maximale de réclusion de cinq ans. Les infractions susceptibles de lui être appliquées peuvent même avoir pour conséquence de compromettre la poursuite de son activité professionnelle : expulsion de tout étranger du territoire suisse (art. 55 CP), interdictions d'exercer une profession, une industrie ou un commerce (art. 54 CP), confiscation des valeurs patrimoniales provenant de la corruption «ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser» un partenaire corrompu (art. 59 CP), allocation de l'argent de la corruption ou du montant de l'amende aux lésés (art. 60 CP), publication du jugement peuvent en effet être prononcées par le juge répressif.

115. Lorsque toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires n'ont pas été prises pour empêcher la commission de l'infraction de corruption au sein de l'entreprise, la société peut, elle aussi, être jugée pénalement responsable. Les sanctions pénales se limitent toutefois essentiellement à l'amende – pouvant atteindre les cinq millions de francs suisses (environ € 3,3 millions). La suspension, voire l'interdiction des activités industrielles ou commerciales, y compris l'exclusion d'accès à des subventions ou de participation à des marchés publics, ne sont pas prévues par la loi pénale⁹⁵. Ce n'est que de façon indirecte, aux termes du droit régissant la passation de marchés publics fédéraux et cantonaux ou des clauses contractuelles attachées à l'octroi de garanties d'exportation, que la société encourt la menace de suspension de privilèges d'exportation ou l'exclusion temporaire des marchés publics municipaux, cantonaux ou fédéraux. Pas plus la nouvelle loi pénale n'a prévu l'inscription des infractions commises par les entreprises dans le casier judiciaire. Des mesures de confiscation touchant aux valeurs patrimoniales de l'entreprise peuvent par contre être prononcées. Cette possibilité a, selon les magistrats entendus, fréquemment été utilisée par le passé, avant même l'introduction de la responsabilité pénale des entreprises.

ii) Éléments pris en considération par les juges répressifs dans l'application des peines

116. Dans la pratique, conformément aux dispositions générales du droit pénal suisse, les peines sont fixées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de leurs auteurs. Aux termes de l'article 63 CP il revient en effet au juge de fixer la peine «d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier». L'article 67 CP prévoit, lui, une augmentation de la durée de la peine lorsque l'auteur a récidivé dans les limites de 5 années après la première condamnation qui peut aller, dans le cas de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, jusqu'à vingt ans de réclusion. S'il y a concours d'infractions (par exemple, outre l'infraction de corruption active, des infractions comptables, voire fiscales), le juge a la faculté d'augmenter la peine de réclusion – jusqu'à sept ans et demi dans le cas d'une infraction principale de corruption active conjuguée à des infractions moins graves.

117. A ces dispositions d'ordre général vient s'ajouter un principe d'opportunité des sanctions pénales inscrit à l'article 322^{octies} CP et appliqué à toutes les dispositions du Titre dix-neuvième nouveau *Corruption* du code. Aux termes de cet article, la rigueur du droit pénal peut être tempérée, c'est-à-dire aller de l'atténuation de la peine jusqu'à la renonciation ou exemption complète de la peine lorsque les circonstances objectives et subjectives de l'acte commis (faute de l'auteur) et les conséquences concrètes de cet acte «sont si peu importantes qu'une peine serait inappropriée» (chiffre 1 de l'article 322^{octies} CP). Une jurisprudence récente de la cour suprême du canton de Zurich a donné quelques indications sur la portée de l'application de cette clause d'opportunité. Pour l'application de celle-ci sont importants les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction, comme la contre-prestation attendue, de même que la gravité de la faute, et il faut qu'à l'issue de cet

⁹⁵ Aucune des peines accessoires prévues aux articles 51 à 56 CP ne peut en effet être prononcée à l'égard de l'entreprise. Celles qui auraient vocation à s'appliquer à l'entreprise sont toutes soumises à la condition qu'une peine principale privative de liberté ait été prononcée, ce qui les rend inapplicables aux personnes morales.

examen les faits objectifs et la faute apparaissent moins graves que ceux que l'on rencontre en général dans l'infraction de corruption : cette différence doit être suffisamment claire pour que le prononcé d'une peine ne se justifie pas d'un point de vue préventif général et spécial⁹⁶. Avec l'introduction de la nouvelle partie générale du code pénal une clause générale d'opportunité identique (art. 52 CP) sera applicable à l'ensemble des délits.

118. S'agissant des personnes morales, les critères à prendre en considération par le juge dans la détermination de la peine applicable sont fixés au chiffre 3 de l'article 100^{quater} CP, qui concerne l'amende qui peut être infligée aux entreprises, établissements et autres personnes morales convaincus de ne pas avoir pris les mesures organisationnelles nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction de corruption (ou de blanchiment) en leur sein : celle-ci sera déterminée par les tribunaux en fonction de la gravité de l'infraction, du défaut d'organisation et du dommage causé, ainsi que de la capacité économique de la personne morale. Dans le Message au parlement consacré à l'introduction de la responsabilité des entreprises, il est indiqué que la peine maximale de cinq millions de francs suisses devrait cependant rarement être appliquée: « *Des lors que le manquement pénal imputé aux entreprises – soit leur manque d'organisation – est en règle générale assimilable à un acte de négligence, la sanction maximale devrait rarement être infligée* »⁹⁷.

119. Conformément aux principes développés jusqu'ici en matière pénale et de l'interprétation du droit pénal largement « déconnectée » des autres domaines du droit, notamment du droit civil et administratif, anticiper les décisions des juges pénaux à l'égard du degré de défaut d'organisation pour la fixation de la peine reste pour l'instant un exercice difficile : selon l'ensemble des magistrats ainsi que les professionnels du droit entendus par l'équipe d'examen, une jurisprudence spécifique ne devrait se développer, au mieux, que dans les trois à cinq années à venir et, avec elle, des standards pénaux autonomes, à l'égard de ce que constitue un « manque d'organisation » tel qu'énoncé au chiffre 3 de l'article 100^{quater} du code pénal. Des discussions avec les professionnels du droit et les magistrats, il ressort que la démonstration d'une organisation appropriée constituera un argument de défense particulièrement fondamental pour les entreprises devant les juridictions de jugement et il reviendra aux juges répressifs de fixer la quotité de l'amende en tenant compte, entre autres choses, de la gravité du défaut d'organisation de l'entreprise.

120. L'appréciation, par les juges de fond, de la « capacité économique » de l'entreprise soulève également des incertitudes. Si les grandes sociétés anonymes auront sans doute les reins assez solides pour supporter la nouvelle responsabilité pénale, les juges répressifs pourraient, d'après les examinateurs, être sensibles aux arguments de la défense selon lesquels des sanctions financières frappant trop lourdement des petites entreprises pourraient les faire couler et avoir ainsi des conséquences négatives au cœur des PME si importantes pour l'économie de la Suisse. Pour autant, une jurisprudence cantonale récente laisse supposer que le dirigeant d'entreprise qui penserait pouvoir se dédouaner en invoquant l'« état de nécessité » inscrit à l'article 34 CP risquerait d'être confronté à une fin de non-recevoir. Dans ce dossier, déjà évoqué plus haut dans la partie du rapport traitant des éléments de l'infraction et qui concernait le versement d'une somme d'argent (CHF 5 000 soit environ € 3 200) à un fonctionnaire suisse chargé d'octroyer des autorisations de séjour à des danseuses de cabaret, le prévenu avait fait valoir que, sans ces autorisations, l'ouverture de son cabaret aurait du être reportée, ce qui lui aurait occasionné une perte nette de CHF 70 000 (€ 45 000) par mois. Le Tribunal de district de Zurich n'a pas retenu l'application de l'état de nécessité, considérant au contraire que le danger qui menaçait le patrimoine de l'auteur de l'infraction aurait pu être évité en utilisant les voies légales, notamment en consultant un avocat qui lui aurait indiqué la conduite à adopter ; il aurait pu

⁹⁶ Cour suprême, Zurich, SB020400/u/gk qui, en l'espèce, ne retient pas l'application de cette disposition.

⁹⁷ Message 98.038, § 217.422.

aussi, en cas de perte financière due au comportement éventuellement fautif du fonctionnaire, se retourner, le cas échéant, contre l'administration selon le principe de la responsabilité de l'État⁹⁸.

b) *Les peines prononcées par les juridictions pénales suisses*

i) Les peines principales et accessoires prononcées par les tribunaux répressifs

121. Un regard porté sur les condamnations et sanctions prononcées jusqu'à maintenant par la justice pénale helvétique en matière de délinquance économique en général et de corruption d'agents publics suisses en particulier conduit au constat, partagé par les magistrats de siège entendus par l'équipe d'examen lors de la visite sur place, que les condamnations en matière de corruption interne, similairement à celles prononcées à l'égard d'infractions comparables, ne sont en général pas très lourdes ni dissuasives. Si des peines privatives de liberté sont fréquemment prononcées, elles sont généralement assorties de sursis ; lorsque le bénéficiaire du sursis n'est pas accordé, fréquemment la durée moyenne de la détention est de 18 mois⁹⁹. Selon les magistrats entendus, la peine de prison est accomplie pour les deux tiers de sa durée - pour autant que les conditions légales de la libération conditionnelle soient réunies (art. 38 CP) - sans mesure de grâce ou autre réduction.

122. Les juges ajoutent parfois à la peine privative de liberté une ou plusieurs sanctions accessoires inscrites dans le droit pénal. Ainsi dans le seul dossier de corruption d'agents publics étrangers ayant fait l'objet d'une condamnation à la date de l'examen de la Suisse en Phase 2, le tribunal du canton du Tessin a jugé opportun de joindre à la peine principale d'emprisonnement de 30 jours avec sursis, prononcée contre le ressortissant étranger qui avait offert 800 francs suisses (€517) à un douanier italien afin d'obtenir une fausse attestation sur son passeport, la sanction accessoire d'expulsion du territoire suisse pour une durée de trois ans.

123. La longueur de la procédure judiciaire est parfois, lorsque le juge répressif constate l'absence de « délai raisonnable » dans la conduite de l'instruction tel que prévu par l'article 29, al. 1 de la Constitution fédérale, à l'origine d'une décision d'atténuer les peines¹⁰⁰. Ainsi en a-t-il été dans une affaire récente de corruption traitée par la justice tessinoise et impliquant un commissaire de police, deux inspecteurs des douanes et un contrebandier de cigarettes : si les quatre personnes poursuivies ont été condamnées à des peines de prison de 16 à 18 mois pour les faits qui leur étaient reprochés (corruption passive et corruption active d'agents publics), le tribunal a estimé qu'il convenait d'assortir ces peines d'un sursis complet compte tenu des délais (six à huit ans) qui s'étaient écoulés depuis la commission des faits et leur présentation devant le tribunal¹⁰¹.

ii) La mesure accessoire de confiscation

124. Frappant directement au porte-monnaie des délinquants, la mesure de confiscation peut se révéler une mesure forte et permettre, comme l'a suggéré l'un des magistrats fédéraux de siège entendu par l'équipe d'examen, de contrebalancer le niveau modeste et le caractère peu dissuasif des peines principales prononcées par les juridictions répressives suisses en matière de délinquance économique et financière. Dans ce domaine, la Suisse mène une politique proactive. S'il n'existe pas de statistique officielle, un sondage de l'Administration fédérale des finances révélait qu'en 1998-1999

⁹⁸ Tribunal de district de Zurich, arrêt du 19 février 2002, GG010628/U1.

⁹⁹ Office fédéral de la statistique, Neuchâtel.

¹⁰⁰ Cet article dispose que « toute personne a le droit, dans une procédure judiciaire ou administrative à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable ».

¹⁰¹ *Giornale del Popolo* (quotidien de la Suisse italienne) (10 septembre 2002 et 17 octobre 2002).

les cantons avaient procédé à la confiscation de 51 millions de francs suisses (€ 33 millions)¹⁰². Dans le canton de Genève, ce sont des valeurs représentant plus de 39 millions d'euros, qui ont été saisis et, partant confisqués, à l'occasion d'enquêtes débordant le cadre des frontières de la Suisse, au cours de la dernière décennie¹⁰³. Si les mesures de confiscation prises à ce jour ont visé principalement des dossiers de criminalité organisée ou de blanchiment, certaines ont concerné des dossiers de corruption d'agents publics suisses. Ainsi dans une affaire récente de versement de pot-de-vin à un policier lucernois, les juges ont procédé à la confiscation de la somme de 2 500 francs suisses (€ 1613) correspondant à la rétribution illicite du policier¹⁰⁴.

125. Les articles 58 et 59 du code pénal suisse font en fait *obligation* aux magistrats de confisquer. Aux termes de ceux-ci, le juge *doit* en effet prononcer « la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la [...] morale ou l'ordre public » et « des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur de l'infraction ». La mesure de confiscation en Suisse peut ainsi frapper tant les valeurs patrimoniales qui sont le produit de l'infraction de corruption (par exemple les objets acquis au moyen du produit de l'infraction de corruption¹⁰⁵) que celles qui ont servi à la commission de l'infraction. Des valeurs patrimoniales placées en Suisse qui proviennent d'une infraction de corruption peuvent être également confisquées aux titres de produit du blanchiment. A cette fin, l'une des missions importantes des organes de police et d'instruction est de saisir à titre provisoire, avec le consentement ou contre la volonté de leur détenteur, tous les objets ou valeurs susceptibles d'être confisqués par le juge du fond. La saisie étant conçue très largement en droit suisse, la saisie peut porter sur des choses mobilières, par exemple une automobile, comme sur des immeubles (la saisie s'opérera alors par voie de scellés ou de blocage au Registre foncier), sur des valeurs corporelles (contrats, créances, biens immatériels, etc), comme sur des comptes bancaires en procédant au blocage de ceux-ci.

126. La confiscation n'est pas liée à la condamnation de l'auteur de l'infraction. Si ce dernier réussit à se mettre hors de portée des autorités pénales suisses, le patrimoine concerné peut malgré tout être confisqué, à la faveur d'une procédure indépendante dont la mesure sera le seul objet. L'indisponibilité des valeurs concernées, soit parce qu'elles ont disparu, soit parce qu'elles ont été intégrées à d'autres patrimoines sans qu'il soit possible de les identifier avec certitude, n'est pas plus un obstacle à une sanction : la confiscation sera simplement remplacée par la condamnation du détenteur originaire au paiement envers l'État d'une créance compensatrice du même montant. Si le produit ou l'instrument patrimonial de la corruption a fait l'objet d'un transfert à un tiers, confiscation ou condamnation au paiement d'une créance compensatrice sont opposables à ce dernier : c'est seulement s'il est établi que le tiers avait agi dans l'ignorance de l'origine illicite des valeurs reçues et qu'il ait fourni une contre-prestation proportionnée à ces valeurs qu'il pourra échapper à la mesure de confiscation ou de condamnation au paiement d'une créance compensatrice. Comme indiqué plus haut dans le présent rapport, selon les magistrats auditionnés par l'équipe d'examen, l'obstacle principal à la mise en œuvre des dispositions du code pénal suisse en matière de confiscation serait lié aux

¹⁰² Département fédéral de justice et police, *Message concernant la loi sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées* (Berne, octobre 2001).

¹⁰³ Chiffre cité par Bernard Bertossa, alors Procureur général de Genève, dans une allocution donnée le 26 octobre 1999 à Genève.

¹⁰⁴ Tribunal criminel du canton de Lucerne, affaire 2003 00/691.

¹⁰⁵ S'il n'existait pas, au moment de l'examen de Phase 2, d'exemples de situation où un juge aurait prononcé la confiscation des avantages et bénéfices obtenus en corrompant, l'ensemble des magistrats rencontrés par l'équipe d'examen (procureurs, juges d'instruction et magistrats de siège) ont souligné que les articles 58 et 59 CP permettraient de le faire.

défaillances de l'entraide judiciaire internationale, rendant dans certains cas difficile sinon impossible l'établissement de la preuve de l'origine criminelle des avoirs considérés et, partant, empêchant leur confiscation.

127. Dans sa forme la plus active, la confiscation inclut la possibilité pour les autorités pénales suisses de décider la restitution en lieu et place de la confiscation. Ainsi en a-t-il été dans le dossier de pots-de-vin représentant un montant de près de 8 millions d'euros versés par deux entreprises suisses à de hauts dignitaires politiques pakistanais pour l'obtention d'un marché d'inspection des marchandises, à l'issue duquel un juge genevois a ordonné la confiscation des fonds placés en Suisse et leur rapatriement au Pakistan. Pour des raisons évidentes – ne pas anéantir la volonté réparatrice et préventive de la confiscation en remettant les avoirs confisqués à des autorités étrangères qui demeurent corrompues ou qui se les accapareraient à leur profit personnel –, la remise des avoirs confisqués se fait au cas par cas, en tenant compte du fait si l'agent est encore en fonction, la personnalité encore au pouvoir, ou encore si le régime qui a succédé au précédent se livre aux mêmes pratiques.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent de la politique proactive menée par la Suisse en matière de confiscation des valeurs patrimoniales provenant de la corruption, ou liées à celle-ci.

c) *Mesures d'exclusion des marchés publics et des subventions à l'exportation*

i) Mesures d'exclusion des marchés publics

128. Alors qu'un projet antérieur visant à établir la responsabilité pénale des entreprises contenait des dispositions ouvrant la possibilité aux tribunaux de prononcer la dissolution de l'entreprise ou l'interdiction d'exercer une activité commerciale, le législateur a décidé d'éliminer de telles peines du texte final. Ce n'est donc que de façon indirecte, aux termes du droit régissant les marchés publics et des clauses contractuelles attachées à l'octroi de garanties d'exportation, que la société encourt la menace éventuelle de suspension de privilèges d'exportation ou l'exclusion des marchés publics municipaux, cantonaux ou fédéraux. Il apparaît que le risque pour une société, après avoir fait l'objet d'une condamnation liée à la commission, en son sein, de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, de se voir exclure des marchés ou subventions publics reste faible dans la pratique, alors même que l'exclusion peut constituer une mesure forte, car représentant une prescription susceptible de pousser les entreprises à adopter des mesures concrètes contre la corruption.

129. Le droit suisse des marchés publics, complexe - aux côtés de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (loi dite « LMP ») qui régit les marchés publics de la Confédération coexistent 26 réglementations cantonales -, n'offre pas de règle d'application générale au regard des conditions auxquelles l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire voire révoquer l'adjudication. Ces conditions non seulement varient d'un canton à un autre et entre les cantons et la Confédération mais, en outre, elles ne contiennent pas de référence explicite à une condamnation pour corruption (d'agents publics suisses ou étrangers) comme motif d'exclusion. Les législations applicables aux marchés publics cantonaux et municipaux se réfèrent à la seule notion générale de « faute professionnelle dûment constatée par décision judiciaire » comme motif d'exclusion¹⁰⁶, tandis que les articles 11 et 3 al. 2 lit. A LMP - qui déterminent les motifs de refus d'octroi ou d'exclusion des

¹⁰⁶ C'est en vertu de la soumission des marchés cantonaux et municipaux à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP, RS 172.056.4) que les réglementations cantonales et municipales connaissent toutes le motif d'exclusion pour « faute professionnelle dûment constatée par décision judiciaire » inscrit au paragraphe 27 lit. H des directives pour l'exécution DEMP de l'AIMP.

marchés publics de la Confédération - ne contiennent aucune référence explicite de ce type¹⁰⁷. Conjuguée – comme a pu le constater l'équipe d'examen lors de la visite sur place – au degré limité de sensibilisation des autorités d'adjudication rencontrées lors des panels de discussions à l'existence, en droit suisse, de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, les motifs d'exclusion présents dans les réglementations cantonales et fédérales semblent ainsi, de l'avis des examinateurs, d'application très incertaine à un soumissionnaire condamné pour corruption d'agents publics étrangers¹⁰⁸.

130. Même dans l'hypothèse où une autorité adjudicatrice chercherait à appliquer les conditions d'exclusion à une entreprise qui aurait été condamnée par la justice pour corruption, la capacité de cette autorité à connaître les antécédents judiciaires du soumissionnaire apparaît, au regard de l'absence de processus formel pour asseoir le retour essentiel d'information sur les poursuites engagées et les condamnations prononcées aux termes des articles 322^{septies} et 100^{quater} CP contre des entreprises ou leur personnel vers l'organisme adjudicateur, limitée dans la pratique. Conjuguée aux limitations des moyens d'investigation à disposition des autorités d'adjudication, l'absence de processus formel d'échange de renseignements risque d'entraver l'application des réglementations, comme celle du canton du Valais, qui précisent que la condamnation pour faute professionnelle est un motif d'exclusion si celle-ci est intervenue « dans les deux ans précédant la procédure d'adjudication »¹⁰⁹ : faute de connaissance à temps de la condamnation, les examinateurs craignent que la sanction d'exclusion ne puisse dans tous les cas être prononcée.

ii) Mesures de refus ou de retrait d'octroi de garanties à l'exportation

131. Le risque pour une société, impliquée dans une affaire de corruption, de se voir refuser ou retirer une garantie à l'exportation apparaît plus réel dans la pratique, bien que le refus ou le retrait des garanties intervenu jusqu'à la date de la visite sur place se soit fondé sur la commission d'autres infractions que celles prévues par les dispositions du code pénal suisse en matière de lutte contre la corruption. Par rapport aux réglementations sur les marchés publics qui ne contiennent aucune mention expresse de la corruption comme motif d'exclusion, le non-respect des prescriptions légales, en particulier les dispositions sur la corruption active d'agents publics étrangers, figure explicitement comme motif de refus ou de retrait de garantie dans l'ensemble des formulaires de demande de garantie gérés tant par le système de la GRE (garanties contre les risques à l'exportation qui est la principale source de garanties publiques émanant de la Suisse) que par les fédérations chargées

¹⁰⁷ Aux termes de l'article 3 al. 2 LMP, l'adjudicateur « n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les dispositions de la présente loi: a. lorsque celui-ci risque d'être contraire aux bonnes moeurs ou qu'il met en danger l'ordre et la sécurité publics; b. lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige ou c. lorsqu'il porte atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. » Aux termes de l'article 11 LMP L'adjudicateur peut révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure (...), *notamment* lorsque: a. ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9 [capacité financière, économique et technique du soumissionnaire]; b. ils ont transmis de faux renseignements à l'adjudicateur; c. ils n'ont pas payé, en tout temps ou en partie, les impôts ou les cotisations sociales; d. ils ne satisfont pas aux obligations fixées à l'art. 8 [respect par le soumissionnaire de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse]; e. ils ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace; f. ils font l'objet d'une procédure de faillite ». La clause relative à l'intégrité morale visant à éviter la corruption dans les marchés publics de la Confédération, que la Commission des achats de la Confédération, organe de stratégie et de coordination interdépartemental, recommande aux services adjudicateurs de la Confédération d'insérer dans leur dispositif conventionnel, cible quant à elle les seules libéralités ou autres avantages que le soumissionnaire offrirait ou solliciterait pour l'obtention d'un marché public de la Confédération et non des soumissionnaires qui auraient été antérieurement impliqués dans des actes de corruption d'agents publics (suisse et étrangers).

¹⁰⁸ Au moment de l'examen de la Suisse en Phase 1, les autorités suisses avaient d'ailleurs indiqué que, à la date de cet examen, aucun cas de corruption n'avait entraîné l'exclusion des marchés publics (Rapport de Phase 1, para. 3.5).

¹⁰⁹ Art. 23 de l'Ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 du Conseil d'État du canton du Valais.

spécifiquement de l'octroi de garanties pour les branches industrielles de la chimie, du textile et de l'horlogerie.

132. Pour autant, une certaine marge de manœuvre est laissée aux organismes dans leur appréciation des faits qui peuvent conduire à un refus ou à un retrait, comme l'ont reconnu des représentants de la GRE. Constitue en effet un motif – facultatif et non de droit comme l'a précisé le Conseil fédéral dans une prise de position en date de septembre 2000 - d'exclusion temporaire de l'octroi de nouvelles garanties seuls les cas de «*violations graves des prescriptions légales*»¹¹⁰. Se pose en outre la question de la capacité des organismes à détecter si la demande de garantie est liée à de la corruption ou si le candidat a déjà fait l'objet d'une condamnation pour corruption d'agents publics étrangers. Dans les deux cas, c'est essentiellement sur le seul respect de l'obligation faite au soumissionnaire de déclarer toute implication passée ou présente dans une activité contraire aux prescriptions légales que l'organisme d'octroi de crédit peut fonder sa décision de rejet, retrait ou d'exclusion¹¹¹. Consciente de ce dernier problème, la GRE réfléchissait, au moment de la visite sur place, à établir un mécanisme de *screening* qui permettrait au personnel de la GRE d'être plus vigilant face à des demandes concernant des pays ou des secteurs d'activités (constructions, ouvrages d'art, etc.) particulièrement sensibles à la corruption et présentant un gros volume d'affaires.

Commentaire :

En vue de renforcer l'efficacité globale des sanctions pour réprimer l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, les examinateurs principaux recommandent aux autorités suisses d'envisager, dans le contexte de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, l'interdiction temporaire ou permanente de participer à des marchés publics de toute entreprise convaincue de corruption d'agents publics étrangers, et d'envisager un traitement similaire pour l'accès aux crédits à l'exportation.

2. Sanctions pour faits de blanchiment liés à la corruption d'agents publics étrangers

133. Punissable en Suisse depuis 1990 sous l'article 305^{bis} du code pénal - qui dispose que quiconque «*a commis un acte propre à entraver l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime*» encourt l'amende ou l'emprisonnement -, l'infraction de blanchiment fait l'objet depuis quelques années d'une centaine de condamnations annuelles¹¹². Les autorités fédérales (le MROS) annoncent pour les années 2002 et 2003 un taux de transmission à la justice annuel moyen de 77,5 pour cent des communications qui lui sont adressées au Ministère public, soit environ 450 dossiers, sans compter les dossiers dont s'auto saisissent les magistrats en dehors des affaires qui leurs sont transmises par le MROS sur la base soit

¹¹⁰ Selon la « notice » concernant le droit pénal en matière de corruption éditée par la GRE. La réponse du Conseil fédéral à motion 00.3303 sur la « Lutte contre la corruption lors de crédits et de garanties à l'exportation » déposée le 20 juin 2000 lit : « En cas de violation grave des prescriptions légales, il est *possible* de renoncer pour une période limitée à octroyer toute nouvelle garantie à celui qui a enfreint la loi ».

¹¹¹ La pratique de la GRE, comme cela a été indiqué à l'équipe d'examen, n'est pas de demander un extrait du casier judiciaire des personnes physiques, source d'information jugée inutile étant donné que les demandes faites auprès de la GRE sont le fait d'entreprises et non d'individus en tant que tel.

¹¹² Une analyse faite par la police fédérale des condamnations pour blanchiment entre 1998 et 2003 révèle que, dans plus de 80 pour cent des décisions rendues, le blanchiment découle de délits liés au trafic des stupéfiants ; le reste des décisions concerne, en ordre décroissant, des infractions initiales d'escroquerie, de « brigandage » et de corruption : FedPol, *Rapport 2003 sur la sécurité intérieure de la Suisse* (Berne : Mai 2004), p. 64.

des demandes d'entraide émanant de l'étranger soit de dénonciations faites directement auprès des autorités de police fédérales, cantonales et communales¹¹³.

134. Plusieurs éléments ont été avancés par les magistrats pour expliquer le nombre pas très élevé de condamnations pour blanchiment. Outre celui qui retient les différences de sensibilisation et d'approches au traitement des dossiers de blanchiment entre cantons – certains ayant fait de la lutte contre le blanchiment une de leurs priorités et à ce titre se montrent particulièrement actifs dans la poursuite de l'infraction ; d'autres faisant preuve de plus de formalisme et de retenue - un premier élément d'explication, donné par tous les intervenants questionnés à ce sujet, insiste sur la difficulté d'apporter la preuve suffisante de l'origine criminelle des fonds « sales » placés en Suisse – exception faite lorsque l'enquête a été initiée dans le cadre d'une demande d'entraide, celle-ci facilitant souvent, selon les magistrats interrogés, l'identification de l'infraction préalable au blanchiment effectué en Suisse, ou bien lorsque des parties civiles viennent avec des éléments de preuve. Mauvaise volonté de certaines autorités judiciaires étrangères, complexité des circuits financiers sont autant de raisons qui rendent parfois difficiles d'apporter la preuve déterminante de l'origine criminelle des fonds placés en Suisse.

135. Une seconde explication touche, dans certains cas, à la difficulté pour les autorités de poursuite, et par la suite pour les juges de fonds, de prouver que celui qui a dissimulé les fonds en connaissait effectivement, ou aurait dû en présumer l'origine criminelle. Certains intermédiaires financiers, mis en cause pour s'être prêtés à des opérations financières sans justification objective, s'abriteraient en effet, pour échapper à une condamnation, derrière le fait que le placement en Suisse des fonds non déclarés au pays de domicile ne constitue pas une infraction en Suisse (« évasion fiscale »), en soutenant avoir pensé manipuler des fonds simplement non déclarés, mais ne provenant pas d'un crime. Faute de preuve directe de la connaissance par l'intermédiaire financier de l'origine criminelle des fonds, la sanction ne pourrait tomber. Selon des experts non gouvernementaux du blanchiment rencontrés par l'équipe d'examen, la possibilité de se réfugier derrière l'alibi de l'évasion fiscale permettrait, dans certains dossiers, l'impunité d'auteurs d'actes de blanchiment.

3. *Les personnes jugées responsables en matière d'infractions comptables et fiscales*

a) Poursuites engagées en matière d'infractions comptables

136. Les juges répressifs suisses disposent de tout un catalogue d'infractions pénales permettant, le cas échéant, de sanctionner des agissements du type de ceux prohibés par l'article 8 de la Convention OCDE. L'article 251 CP, par exemple, vise le faux et l'usage de faux, notamment ceux qui serviraient à masquer le versement d'un pot-de-vin à un décideur étranger. Les infractions qui touchent à la publicité de comptes ne donnant pas une image exacte de la société sont quant à elles sanctionnées par les articles 152 et 153 CP qui répriment les faux renseignements sur des entreprises commerciales. Sont notamment couverts les « faux renseignements » donnés dans un rapport adressé à l'assemblée générale, en particulier dans le rapport de révision prévu à l'article 729 CO. La culpabilité pour des malversations comptables dont le but aurait été de masquer le versement d'un pot-de-vin à l'étranger peut aussi être recherchée sur le terrain du délit d'escroquerie, réprimé à l'article 146 CP, qui vise notamment les cas où les organes dirigeants ou les associés d'une entreprise procèderaient à

¹¹³ 515 dossiers ont été transmis au parquet en 2002, selon les statistiques du MROS. S'agissant des dénonciations pour infraction de blanchiment (art. 305^{bis} CP) et défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} CP) directement faites auprès des services de police, elles s'étaient élevées à 154 en 2001-02, selon la statistique policière de la criminalité (SPC) publiée en avril 2003. Le nombre et la qualité des communications provenant du secteur financier étant en augmentation, il est attendu que celles-ci conduisent dans un avenir proche à un accroissement du nombre de procédures ouvertes et, le cas échéant, de condamnations au pénal.

l'enregistrement d'écritures n'ayant aucun fondement réel, par exemple la tenue d'une comptabilité fictive ou tout autre acte visant à masquer des commissions occultes.

137. C'est d'abord sur les organes dirigeants des entreprises que pèse la responsabilité pour la tenue d'une comptabilité régulière et complète et c'est à ce titre que leur culpabilité pourra être recherchée. Bien sûr, la commission d'infractions comptables peut également engager la responsabilité des réviseurs d'entreprises. Cependant, étant donné que le principe du droit pénal suisse est que seule la faute intentionnelle engage la responsabilité de l'auteur sauf disposition expresse contraire, le réviseur ne sera condamné que s'il est constaté, par exemple, qu'il a dressé un rapport de révision avec la conscience que ses constatations sont fausses : il échappera à toute responsabilité pénale s'il a délivré son rapport inexact en ayant été trompé par les organes exécutifs de la société. Dans la pratique, s'il y a effectivement des poursuites pour faux dans les titres et escroquerie (aucune condamnation pour falsification de livres comptables dans le but de masquer des actes de corruption n'a toutefois été prononcée par une juridiction suisse à ce jour), des professionnels de la comptabilité ont reconnu devant l'équipe d'examen la faiblesse des peines en la matière et, partant, leur caractère peu dissuasif. Le caractère peu dissuasif de la sanction est encore exacerbé par le nombre relativement limité de condamnations prononcées chaque année pour « inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité » (six en moyenne) et pour « faux renseignements » (une à deux par an). De l'avis d'un ancien procureur interrogé par l'équipe d'examen, beaucoup de petites structures ne tiendraient dès lors pas de comptabilité adéquate du fait de la clémence de sanctions dans ce domaine.

Commentaire :

Les examinateurs principaux sont d'avis que la loi pénale suisse connaît des mesures qui permettent de sanctionner efficacement les agissements frauduleux prévus à l'article 8 de la Convention OCDE. Ils observent toutefois la clémence des peines prononcées au pénal et, partant, leur caractère peu dissuasif.

b) *Répression de la non déductibilité fiscale des paiements indus aux agents publics étrangers*

138. Ainsi que décrit plus haut dans la section sur la corruption d'agents publics étrangers constatée par l'administration fiscale, §§ 51-56 du rapport, la Suisse a modifié sa législation pour interdire la déduction des « commissions occultes au sens du droit pénal suisse ». Les intervenants ont clarifié que cette phrase se réfère aux infractions prévues aux arts. 322^{ter} au 322^{octies} CP. L'alignement de la notion fiscale des commissions occultes sur le droit pénal des articles 322^{ter} aux 322^{octies} a pour conséquence d'incorporer au droit fiscal les problèmes potentiels évoqués aux §§ 88-90, 93-95 et 117 du rapport concernant, d'une part, le paiement de sommes importantes pour qu'un agent public étranger accomplisse son devoir, d'autre part, la notion d'un avantage si peu important qu'une peine serait inappropriée (art. 322^{octies}, al. 1), et, finalement, la notion d'un avantage conforme aux usages sociaux (art. 322^{octies}, al. 2). Dans ces trois cas, il n'y a pas d'infraction au sens du droit pénal suisse et en conséquence le droit fiscal n'interdit pas la déduction. Ainsi qu'il est noté plus haut, ces complexités d'interprétation rendent encore plus importante une formation des contrôleurs fiscaux et la distribution d'une circulaire clarifiant ces notions de manière pratique.

139. Le droit fiscal suisse connaît trois grands types de procédures à l'encontre d'un contribuable qui tenterait de faire intentionnellement passer auprès des services du fisc des paiements indus aux agents publics étrangers au titre de charges déductibles : le rappel d'impôt ou la taxation (une procédure administrative sans sanction pour recouvrer des impôts); la soustraction fiscale (une procédure administrative pour non-déclaration d'un élément de revenu ou de fortune, passible d'une amende allant du tiers au triple de l'impôt soustrait); et la fraude fiscale (une procédure pénale pour un délit pénal avec possibilité d'emprisonnement jusqu'à trois ans mais qui exige que des titres faux,

falsifiés ou inexacts quant à leur contenu - par exemple des documents comptables - aient été utilisés pour tromper le fisc).¹¹⁴ Seule la fraude fiscale, qui est définie de façon étroite, donne lieu à une procédure pénale et donc publique à un certain stade. Les cas de soustraction et le rappel d'impôt peuvent se régler discrètement entre l'administration et le contribuable¹¹⁵. Cependant, dans la pratique, la fraude fiscale semble jouer un rôle relativement marginal dans le système fiscal suisse. Les condamnations pénales sont rares - une cinquantaine par an dans l'ensemble des cantons. Les cas concernent le plus souvent les dirigeants d'une entreprise dite de personnes ou entreprise individuelle en raison d'une fausse comptabilité dans ces sociétés.

140. Si les textes applicables posent de fortes contraintes sur la transmission de l'information des autorités fiscales aux autorités pénales (voir supra §§ 51-56), les lois fiscales prévoient une large collaboration entre autorités fiscales et certaines autres autorités pour l'application de la loi fiscale¹¹⁶. Un membre des services fiscaux fédéraux a noté qu'il existe actuellement quatre cas où l'on soupçonne des commissions occultes en matière interne, soupçons nés dans le cadre de l'application de l'impôt fédéral anticipé. Pourtant, mis à part les informations venant des administrations publiques, les moyens d'investigations des autorités fiscales autres que la division d'enquêtes fiscales spéciales de l'Administration fédérale des contributions apparaissent très insuffisants pour découvrir l'existence de déductions indues. Les autorités suisses ont récemment reconnu qu'en cas de procédure pour soustraction fiscale, «*les autorités fiscales n'ont aucun pouvoir d'investigation afin de ne pas pénaliser la personne concernée, ce qui relève d'un choix politique. Elles ne peuvent pas procéder à des perquisitions, confisquer des biens, interroger des témoins ou demander la détention. Le secret bancaire demeure intangible*»¹¹⁷. Cette absence de moyens, y compris l'impossibilité d'accéder à des informations bancaires, existe également pour un rappel d'impôt.

141. Traditionnellement, cette carence de moyens était en partie contrebalancée par la capacité de faire obligation à une personne de remettre des pièces présentant un intérêt pour les autorités fiscales sous peine d'amende. Or, lorsqu'elle s'applique à la procédure pour soustraction d'impôt, cette procédure a récemment été déclarée contraire à l'art. 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme car violant le droit du contribuable de garder le silence et ne pas contribuer à sa propre incrimination¹¹⁸. Les autorités considèrent que les principes de l'arrêt J.B. ne s'appliquent pas au rappel d'impôt. Mais vu l'importance marginale de la fraude fiscale dans le système suisse, une telle situation peut inciter le contribuable à faire passer des commissions versées à l'exportation au titre de charges déductibles, car il peut espérer il ne devra payer que l'impôt effectivement dû dans le contexte d'un rappel d'impôt¹¹⁹. Toutefois, ce faisant, le contribuable prend le risque d'une dénonciation pénale pour

¹¹⁴ Par exemple, l'art. 59 de la LHID, intitulé fraude fiscale, dispose que « celui qui, dans le but de commettre une soustraction d'impôt, aura fait usage de titres faux, falsifiés ou inexacts quant à leur contenu ... sera puni de l'emprisonnement ou d'une amende de 30 000 francs au plus » et que les dispositions générales du code pénal sont applicables.

¹¹⁵ Voir D. Mamejan, « Le Conseil fédéral évoque la levée du secret bancaire en cas de soustraction fiscale » (13 septembre 2001, *le Temps*).

¹¹⁶ Voir LIFD arts. 111-12; LHID art. 39 al. 2-3.

¹¹⁷ *J.B. c. Suisse*, Cour européenne des droits de l'homme, 3 mai 2001, § 59.

¹¹⁸ *J.B. c. Suisse*. La soustraction est une procédure administrative mais la Cour a fondé sa qualification pénale essentiellement sur la peine applicable, une amende ayant un caractère punitif et dissuasif.

¹¹⁹ Lors de la visite sur place, les autorités suisses ont reconnu que l'arrêt J.B. pose des problèmes pour le système fiscal suisse dans son ensemble et ils ont noté qu'une commission étudie les possibles réponses. Au moins un canton a changé sa loi pour soumettre la soustraction à une procédure pénale et obliger le contribuable à choisir la voie administrative avec fourniture de documents ou la procédure pénale avec sa publicité dès le début de la procédure, mais les autorités ont reconnu que la conformité de telles modifications au droit fédéral est incertain. Un autre moyen à la disposition des autorités suisses est l'impôt fédéral anticipé, qui est un impôt perçu à la source par la

fraude fiscale. Des intervenants ont toutefois indiqué que l'interdiction de la déductibilité serait généralement bien respectée par les entreprises suisses.

142. Les moyens d'investigation limités rendent encore plus aigu le problème de la capacité des agents du fisc à faire la distinction entre commissions occultes, prohibées, et paiements indus à des agents privés, qui demeurent déductibles. Dans le cas en particulier des paiements aux agents publics étrangers par le biais d'un ou plusieurs intermédiaires privés, les autorités ne sont pas en mesure d'identifier tous les véritables bénéficiaires des paiements indus. Un moyen possible de remédier cette carence de moyens serait de renforcer les capacités d'enquête selon le modèle de la division des enquêtes fiscales spéciales (DEFS), une division du fisc fédéral qui a des moyens d'investigation assimilables aux moyens à la disposition des autorités de poursuite pénale¹²⁰. Actuellement, la DEFS peut intervenir lorsqu'il existe une « grave infraction fiscale », qui est définie comme la soustraction continue de montants importants d'impôt (art. 175 et 176) ou les délits fiscaux (art. 186 et 187)". Les délits fiscaux comprennent la fraude fiscale, mais pas la soustraction.

Commentaire :

Les examinateurs se félicitent que la Suisse étudie actuellement le problème de l'absence des moyens d'investigation des autorités fiscales à la lumière de l'arrêt J.B. Dans ce contexte, les examinateurs encouragent la Suisse à veiller à ce que les paiements à des agents privés, et à ce titre déductibles fiscalement, correspondent à des prestations de service réellement effectuées et qu'ils ne puissent être utilisés comme couverture à des paiements dont le destinataire final serait un agent public étranger.

RECOMMANDATIONS

143. En conséquence, sur la base des conclusions du Groupe de travail concernant l'application par la Suisse de la Convention et de la Recommandation révisée, le Groupe de travail formule les recommandations suivantes à l'intention de la Suisse. En outre, le Groupe de travail recommande que certaines questions soient réexaminées en fonction de l'évolution de la jurisprudence ou de la pratique.

a) *Recommandations*

Recommandations en vue d'assurer l'efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption d'agents publics étrangers

144. En ce qui concerne les actions de sensibilisation visant à promouvoir la Convention OCDE et l'infraction de corruption d'agents publics étrangers sous les dispositions anti-corruption de la loi suisse, le Groupe de travail recommande à la Suisse :

- a. de poursuivre et amplifier ses efforts de sensibilisation ciblant le secteur privé, en s'attachant particulièrement, en coopération avec les milieux économiques concernés, aux petites et moyennes entreprises présentes dans le commerce international [Recommandation révisée, Articles I et V.C.i)].

Confédération sur des paiements faits par des débiteurs suisses. Par sa nature, cependant, il semble peu utile dans la lutte contre la corruption étrangère.

¹²⁰ Voir LIFD arts. 190-95.

- b. de poursuivre ses efforts de sensibilisation dans l'administration publique, en s'attachant notamment aux agents cantonaux et fédéraux qui pourraient jouer un rôle dans la détection et le signalement de faits de corruption [Recommandation révisée, Articles I et VI.ii)].
145. En ce qui concerne d'autres mesures préventives, le Groupe de travail recommande à la Suisse :
- a. de poursuivre ses efforts pour assurer une meilleure transparence des comptes des entreprises et l'indépendance des organes de révision et, de plus, d'encourager la Chambre suisse des fiduciaires et experts-comptables d'achever dans les meilleurs délais la modification en cours des normes de vérification des comptes [Convention, Art. 8 ; Recommandation révisée, Art. V.A.iii) ; Annexe à la Recommandation révisée, Paragraphe 7].
146. En ce qui concerne la détection, le Groupe de travail recommande à la Suisse :
- a. d'envisager d'établir, dans la législation fédérale, une obligation formelle pour toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public fédéral, y compris les personnels chargés de l'octroi de crédits à l'exportation, d'aviser les autorités compétentes d'indices d'actes de corruption, et d'engager des consultations avec les cantons afin de les encourager à établir une obligation similaire dans les législations cantonales où cette obligation fait actuellement défaut. [Recommandation révisée, Article 1].
 - b. de procéder, conformément à la volonté exprimée par la Suisse, à la rédaction d'une circulaire explicitant la nature et les aspects fiscaux de l'infraction à l'intention de l'administration fiscale fédérale et cantonale, en vue d'encourager la détection des faits de corruption étrangère, et de revoir les règles de divulgation pour s'assurer que les agents découvrant des faits suspects les dénoncent aux autorités judiciaires compétentes (Recommandation révisée, Article IV).
 - c. d'examiner les moyens d'assurer une protection effective des personnes collaborant avec la justice, notamment des travailleurs qui révèlent de bonne foi des faits suspects de corruption, de façon à encourager ces personnes à les signaler sans crainte de représailles de licenciement [Recommandation révisée, Article 1 ; Annexe à la Recommandation révisée, Paragraphe 6].
 - d. compte tenu du rôle important de la vérification des comptes dans la détection d'opérations suspectes liées à la corruption d'agents publics étrangers, de considérer d'étendre les exigences en matière d'avis obligatoire des réviseurs d'entreprises inscrites dans le projet législatif modifiant le code des obligations par l'établissement d'une obligation expresse, pour les réviseurs, de signaler auprès des autorités de poursuite pénale tout indice d'éventuels actes de corruption dans le cas où les organes de la société dûment saisis s'abstiendraient d'agir [Recommandation révisée, Article V iv)].
 - e. de sensibiliser les autorités de surveillance à l'importance de recourir à l'éventail complet des sanctions disponibles afin de réprimer de manière plus dissuasive les manquements constatés aux exigences de vigilance en matière de lutte contre le blanchiment ainsi qu'à l'obligation d'annonce de soupçons de blanchiment lié à la corruption étrangère [Convention, Article 7 ; Recommandation révisée, Article I].

Recommandations en vue d'assurer une poursuite efficace de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes

147. En ce qui concerne les poursuites et les sanctions, le Groupe de travail recommande à la Suisse :

- a. de poursuivre les efforts engagés visant à rendre plus efficace la poursuite d'infractions afférentes à la corruption d'agents publics étrangers en envisageant des mesures afin de rationaliser les procédures de recours dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire [Convention, Article 9 ; Recommandation révisée, Art. I ; Annexe à la Recommandation révisée, Para. 8].
- b. en vue de renforcer l'efficacité globale des sanctions pour réprimer l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, d'envisager, dans le contexte de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics, l'interdiction temporaire ou permanente de participer à des marchés publics de toute entreprise convaincue de corruption d'agents publics étrangers, et d'envisager un traitement similaire pour l'accès aux crédits à l'exportation [Convention, Article 3.4 ; Recommandation révisée, Article II.v) et Article VI.ii)].

b) *Suivi par le Groupe de travail*

148. Le Groupe de travail effectuera un suivi des questions ci-après, en fonction de l'évolution de la pratique, afin de vérifier :

- a. si, au regard de la responsabilité des personnes morales, l'application de l'article 100^{quater} CP assure, compte tenu de la notion de défaut d'organisation, des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives [Convention, Articles 2, 3(1)].
- b. en reconnaissant les efforts positifs entrepris, si la Suisse continue à mettre à disposition les moyens nécessaires pour assurer la poursuite efficace de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers aux autorités de poursuite pénale fédérales [Convention Article 5 ; Recommandation révisée, Art. I ; Annexe à la Recommandation révisée, Paragraphe 6]
- c. si la mise en oeuvre de l'article 322^{septies} CP par les autorités judiciaires confirme: (i) une conception large de la définition de l'exercice des fonctions officielles d'un chef d'État; (ii) son application aux situations de sollicitation de la part d'un agent public étranger ; et (iii) une application de la notion d'agent public étranger qui comprend les chefs d'État et les plus hautes autorités de l'État [Convention, Article 1].
- d. l'application de la notion d'usage social, y compris la question de savoir si elle est exclue du champ d'application de l'art. 322^{septies} CP conformément à l'opinion de la Suisse [Convention, article I].
- e. si, hormis le cas des petits paiements de facilitation, l'acceptation d'un avantage indu par un agent constitue la base d'une infraction de corruption [Convention, Article 1(1)].
- f. si la base actuelle de la compétence territoriale, compte tenu de la règle selon laquelle la commission en Suisse par un étranger d'un acte d'instigation, d'autorisation ou de complicité dans la corruption d'agents publics étrangers commise par un étranger est réputée avoir lieu à l'étranger, est suffisamment efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers [Convention Articles 4(1), 4(4)].

ANNEXE 1 : Liste des abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CF	Conseil fédéral
CFB	Commission fédérale des banques
Ch.	Chiffre
CO	Code des obligations suisse du 30 mars 1911 et 18 décembre 1936
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
DEFS	Division d'enquêtes fiscales spéciales de l'Administration fédérale des contributions
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1994
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mai 1981
fedpol	Office fédéral de la police
JdT	Journal des Tribunaux
LB	loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997
LFIS	Loi fédérale sur l'investigation secrète du 20 juin 2003
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990
MPC	Ministère public de la Confédération
MROS	Money Laundering Reporting Office Switzerland
OAR	Organisme d'autorégulation
OFJ	Office fédéral de la justice
OFAP	Office fédéral des assurances privées
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale
PME	Petites et moyennes entreprises
SA	Société anonyme
SARL	Société à Responsabilité Limitée
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral

Cantons :

AG	Argovie	NE	Neuchâtel
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures	NW	Nidwald
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures	OW	Obwald
BE	Berne	SG	Saint-Gall
BL	Bâle-Campagne	SH	Schaffhouse
BS	Bâle-Ville	SO	Soleure
FR	Fribourg	SZ	Schwyz ZH Zurich
GE	Genève	TI	Tessin
GL	Glaris	TG	Thurgovie
GR	Grisons	UR	Uri
JU	Jura	VD	Vaud
LU	Lucerne	VS	Valais
		ZG	Zoug

ANNEXE 2 : Dispositions légales pertinentes

1. Code pénal Suisse (extraits)

Titre dix-neuvième: Corruption

1. Corruption d'agents publics suisses

Corruption active¹²¹

Art. 322ter

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire, en faveur de l'un d'eux ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

Corruption passive

Art. 322quater

Celui qui, en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu, en sa faveur ou en celle d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

Octroi d'un avantage

Art. 322quinquies

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un membre d'une autorité judiciaire ou autre, à un fonctionnaire, à un expert, un traducteur ou un interprète commis par une autorité, à un arbitre ou à un militaire pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Acceptation d'un avantage

Art. 322sexies

Celui qui, en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu pour accomplir les devoirs de sa charge sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2. Corruption active d'agents publics étrangers

Art. 322septies

Celui qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à une personne agissant pour un État étranger ou une organisation internationale en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre ou militaire, en faveur de cette personne ou d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

¹²¹ Afin de faciliter la lecture des dispositions pertinentes du code pénal suisse, les titres qui figurent en marge de ces dispositions ont été reproduits avant chaque article.

3. Dispositions communes

Art. 322^{octies}

1. Si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont si peu importantes qu'une peine serait inappropriée, l'autorité compétente renoncera à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine.
2. Ne constituent pas des avantages indus les avantages autorisés par le règlement de service et ceux qui, de faible importance, sont conformes aux usages sociaux.
3. Les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics.

Responsabilité pénale des personnes morales

Art. 100^{quater}

1. Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.
2. En cas d'infraction prévue aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} ou 322^{septies}, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.
3. Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.
4. Sont des entreprises au sens du présent article:
 - a. les personnes morales de droit privé;
 - b. les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales;
 - c. les sociétés;
 - d. les entreprises en raison individuelle.

Art. 100^{quinquies}

1. En cas de procédure pénale dirigée contre l'entreprise, cette dernière est représentée par une seule personne, qui doit être autorisée à représenter l'entreprise en matière civile sans aucune restriction. Si, au terme d'un délai raisonnable, l'entreprise ne nomme pas un tel représentant, l'autorité d'instruction ou le juge désigne celle qui, parmi les personnes ayant la capacité de représenter l'entreprise sur le plan civil, représente cette dernière dans la procédure pénale.
2. La personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale possède les droits et les obligations d'un prévenu. Les autres représentants visés à l'al. 1 n'ont pas l'obligation de déposer en justice.
3. Si une enquête pénale est ouverte pour les mêmes faits ou pour des faits connexes à l'encontre de la personne qui représente l'entreprise dans la procédure pénale, l'entreprise désigne un autre représentant. Si nécessaire, l'autorité d'instruction ou le juge désigne un autre représentant au sens de l'al. 1 ou, à défaut, un tiers qualifié.

Blanchiment d'argent (Art. 305^{bis})

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.
2. Dans les cas graves, la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus ou l'emprisonnement. La peine privative de liberté sera cumulée avec une amende d'un million de francs au plus. Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant : a. Agit comme membre d'une organisation criminelle ; b. Agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent ; c. Réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent.
3. Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'État où elle a été commise.

Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication (Art. 305^{ter})

1. Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.

2. Les personnes visées par l'al. 1 ont le droit de communiquer aux autorités suisses de poursuite pénale et aux autorités fédérales désignées par la loi les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime.

Escroquerie (art. 146 alinéa 1)

Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

Faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152)

Celui qui, en qualité de fondateur, titulaire, associé indéfiniment responsable, fondé de pouvoir, membre de l'organe de gestion, du conseil d'administration ou de l'organe de révision ou liquidateur d'une société commerciale, coopérative ou d'une autre entreprise exploitée en la forme commerciale, aura donné ou fait donner, dans des communications au public ou dans des rapports ou propositions destinés à l'ensemble des associés d'une société commerciale ou coopérative ou aux participants à une autre entreprise exploitée en la forme commerciale, des renseignements faux ou incomplets d'une importance considérable, susceptibles de déterminer autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Faux dans les titres (Art. 251)

1. Celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique, ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

2. Dans les cas de très peu de gravité, le juge pourra prononcer l'emprisonnement ou l'amende.

Juridiction fédérale et juridiction cantonale (Art. 340^{bis})

1. Sont également soumis à la juridiction fédérale les infractions aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 305^{ter} et 322^{ter} à 322^{septies} ainsi que les crimes qui sont le fait d'une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter}: a. si les actes punissables ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger; b. si les actes punissables ont été commis dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux.

2. Pour les crimes prévus aux deuxième et onzième titres, le ministère public de la Confédération peut ouvrir une procédure d'investigation: a. si les conditions prévues à l'al. 1 sont réalisées; b. et si aucune autorité cantonale de poursuite pénale n'est saisie de l'affaire ou que l'autorité cantonale de poursuite pénale compétente sollicite du ministère public de la Confédération la reprise de la procédure. 3 L'ouverture de la procédure d'investigation prévue à l'al. 2 fonde la compétence fédérale.

2. *Lois fiscales*

Le principe de la non déductibilité fiscale des « commissions occultes au sens du droit pénal suisse » a été inséré tant au sein de la loi sur l'impôt fédéral direct (en abrégé « LIFD »), pour l'impôt prélevé par la Fédération, qu'au sein de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et communes (en abrégé « LHID »), loi cadre qui prescrit les principes applicables aux cantons en ce qui concernent l'assujettissement et

l'objet de l'impôt, ainsi que les règles de procédure et de droit pénal fiscal : dans la LIFD, un art. 27, al. 3, et dans la LHID un art. 10, al. 1^{bis}, tous deux rédigés comme suit : « *Les commissions occultes, au sens du droit pénal suisse, versées à des agents publics suisses ou étrangers, ne sont pas déductibles.* » ; dans la LIFD, un art. 59, al. 2, et dans la LHID, un art. 25, al. 1^{bis}, tous deux rédigés comme suit : « *Les commissions occultes, au sens du droit pénal suisse, versées à des agents publics suisses ou étrangers, ne font pas partie des charges justifiées par l'usage commercial.* ».

3. *Notifications obligatoires des violations de la loi par les réviseurs d'entreprise*

Avis obligatoires art. 729b du Code des obligations

1. Si, au cours de sa vérification, l'organe de révision constate des violations de la loi ou des statuts, il en avertit par écrit le conseil d'administration et dans les cas graves également l'assemblée générale.
2. En cas de surendettement manifeste, il avise le juge si le conseil d'administration omet de le faire.

ANNEXE 3: Condamnations depuis 1984 pour infraction au code pénal suisse en matière de corruption d'agents publics suisses et étrangers, de blanchiment et d'infractions connexes

Articles CP Infractions principales	Année de la condamnation																			
	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
322sept. Corruption active d'agents publics étrangers*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	0	1		
288 Corruption active d'agents publics suisses (Abrogé: 22.12.1999)	12	9	6	16	11	6	5	7	7	7	10	13	13	16	23	12	8	7		
322ter Corruption active d'agents publics suisses	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	0	0		
322 Corruption passive d'agents publics suisses	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	0	0		
305bis Blanchiment d'argent **	**	**	**	**	**	**	0	2	9	18	45	50	65	62	111	123	137	116		
305ter Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication	**	**	**	**	**	**	0	0	0	0	0	0	2	1	3	1	1	2		
Infractions connexes																				
251 Faux dans les titres	1061	1036	1099	1147	1094	1129	1120	1216	1315	1469	1551	1341	1354	1416	1235	1314	1214	1225		
146 Escroquerie	2227	2149	2272	2199	2037	1941	1871	2006	2041	2172	2199	1727	1843	1783	1536	1585	1510	1327		
152 Faux renseignements sur des entreprises commerciales	16	2	8	7	6	6	7	4	4	7	2	0	4	5	4	2	1	1		

* date d'entrée en vigueur: 1.5.2000

** date d'entrée en vigueur: 1.8.1990

Source : Office fédéral de la statistique, Statistique des condamnations pénales

ANNEXE 4 : Liste des institutions rencontrées lors de la visite sur place organisée du 10 au 14 mai 2004

Institutions publiques ou à mission publique

Départements fédéraux :

Département fédéral des affaires étrangères	Division Politique V Affaires Économiques et Financières	Section des affaires économiques
	Direction du développement et de la coopération	Section gouvernance Planification financière et controlling
	Direction du droit international public	
Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports	armasuisse	Service droit, commerce, transports, douane
Département fédéral de l'économie	Secrétariat d'État à l'économie	Centre de prestation Commerce mondial Centre de prestation coopération au développement économique Centre de prestations Conditions de travail (Secteur des relations du travail) Secteur controlling Secteur GRE Financements des exportations Secteur Investissements internationaux et entreprises multinationales Secteur promotion des exportations
Département fédéral des finances	Administration fédérale des contributions	Division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé, des droits de timbre Division d'enquêtes fiscales spéciales
	Administration fédérale des douanes	Division des affaires pénales
	Administration fédérale des finances	Division des questions financières internationales et de la politique monétaire
	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent	
	Bureau du conseiller fédéral des finances	

Département fédéral des finances	Contrôle fédéral des finances	
	Centre de compétence des marchés publics de la Confédération (CCMP)	
	Office fédéral des assurances privées	
	Office fédéral des constructions et de la logistique	Centre de compétence pour les marchés publics de la Confédération CCMP, Secrétariat de la coordination des services fédéraux de la construction et de l'immobilier
	Secrétariat de la Commission fédérale des banques	
Département fédéral de justice et police	Commission fédérale des maisons de jeu	
	Division principale du droit privé	Division des projets de législation
	Office fédéral de la justice	Office fédéral du registre du commerce, droit des sociétés et projets législatifs Section du droit pénal Section de l'entraide judiciaire Service du droit pénal international
	Office fédéral de la police	Police judiciaire fédérale, Commissariat Enquêtes Délits spécifiques Section Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS)
	Service du droit de procédure pénale	
Ministère public de la Confédération		
Office des juges d'instructions fédéraux		
Tribunal pénal fédéral		

Cantons :

Autorité intercantonale pour les marchés publics	Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement	
Canton de Bâle-Ville	Office du personnel	Service juridique
Canton de Berne	Département des finances	Administration des impôts
	Police cantonale de Berne	Division criminelle, Section recherches spéciales 2
Canton de Genève	Cour de Justice	
	Département des finances	Administration fiscale cantonale, Service du Contrôle fiscal et Service de Vérification
	Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement	
	Département de justice	Parquet du procureur général Office du Juge d'instruction
Canton du Tessin	Police cantonale du Tessin	
	Département de justice	Parquet du procureur
Canton de Vaud	Département des infrastructures (DINF)	Secrétariat général
Canton de Zurich	Département de justice	Parquet du procureur de district

Autres institutions à mission publique :

Bureau de la garantie contre les risques à l'exportation Bureau de la garantie contre les risques d'investissement

Cabinets juridiques :

Etude Schellenberg Wittmer, Genève et Zurich Etude Sganzini Bernasconi Peter & Gaggini

Organisations professionnelles :

Association romande des experts diplômés en finance et controlling Association romande des intermédiaires financiers Association suisse des arts et métiers Association suisse d'audit interne Association suisse des banquiers Association suisse de Droit Fiscal Association suisse des gérants de fortune Chambre fiduciaire suisse Economiesuisse (Fédération des entreprises suisses) Osec Business Network Switzerland Swiss Organisation for Facilitating Investments (SOFI)

Secteur privé :

AseaBrownBoveri AG (ABB)
Credit Suisse
KPMG Fides Pea
Novartis
PICTET & Cie
PriceWaterhouseCoopers
RUAG
SIKA
Société Générale de Surveillance (SGS)
Union Bank of Switzerland (UBS)
Visura

Syndicats :

Association suisse des employés de banque
Union syndicale suisse

Société civile :

Action Place Financière Suisse
Basel Institute of Governance
Journal *La Liberté*
Oeuvre d'entraide *Pain pour le prochain*
Transparency International Suisse

ANNEXE 5 : Composition de l'équipe d'examen

Belgique

Madame Michelle MONS DELLE ROCHE
Procureur du Roi
Marche-en-Famenne

Monsieur Jean-Marie LEQUESNE
Conseiller Police Fédérale Police Judiciaire
Direction DJF-ECOFIN

Monsieur Pierre TIMMERMANS
Inspecteur
Administration des Affaires fiscales
Ministère des Finances

Hongrie

Madame Etelka BECSY
Directrice Adjointe
Ministère des Finances
Central Harmonization Unit of PIFC/Département du
développement des contrôles financiers

Monsieur József VILLANYI
Conseiller
Ministère de Justice

Secrétariat OCDE

Monsieur Frédéric WEHRLE
Coordinateur évaluation de la Suisse
Administrateur Principal
Division de lutte contre la corruption
Direction des Affaires financières et des entreprises

Monsieur David GAUKRODGER
Administrateur Principal
Division de lutte contre la corruption
Direction des Affaires financières et des entreprises

Madame Patricia McKINSTRY
Administrateur
Division de lutte contre la corruption
Direction des Affaires financières et des entreprises

Madame Gretta FENNER
Administrateur, co-opération internationale
Division de lutte contre la corruption
Direction des Affaires financières et des entreprises