



RAPPORT DE LA PHASE 3 SUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION DE L'OCDE SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION PAR LA SUISSE

Décembre 2011

Ce rapport de la Phase 3 sur la Suisse par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption évalue et fait des recommandations sur la mise en œuvre et l'application par la Suisse de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et la Recommandation de 2009 du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Il a été adopté par le Groupe de travail le 16 décembre 2011.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ EXÉCUTIF.....	4
A. INTRODUCTION	6
1. La visite sur place	6
2. Structure du rapport	7
3. Situation économique.....	7
a) Structure économique	7
b) Ouverture sur le monde.....	7
4. Cas de corruption d'agents publics étrangers.....	8
a) Exposition de la Suisse à la corruption transnationale.....	8
b) Approche de la Suisse dans les cas de corruption transnationale	8
B. MISE EN OEUVRE ET APPLICATION PAR LA SUISSE DE LA CONVENTION ET DES RECOMMANDATIONS DE 2009.....	12
1. L'infraction de corruption active d'agents publics étrangers.....	12
a) L'infraction de corruption transnationale.....	12
b) Questions identifiées comme nécessitant un suivi particulier du Groupe de travail.....	12
2. La responsabilité des personnes morales	15
a) Standard de la responsabilité.....	15
b) Application judiciaire de la punissabilité des personnes morales	16
3. Sanctions	18
a) Sanctions contre les personnes physiques et morales	18
b) Sanctions prononcées dans le cadre de procédures dites « spéciales » (ordonnance pénale et procédure simplifiée) et des dispositions sur la « Réparation ».....	19
4. Confiscation du pot-de-vin et du produit de la corruption	22
5. Enquêtes et poursuites concernant l'infraction de corruption transnationale.....	23
a) Principes d'enquêtes et de poursuites, moyens d'enquête, ressources et coordination.....	23
6. Blanchiment d'argent.....	27
a) Standards de responsabilité et applications judiciaires	27
b) Détection et signalement de soupçons de blanchiment lié à la corruption transnationale	28
7. Normes comptables, vérification externe et programmes de conformité des entreprises	29
a) Normes comptables.....	29
b) Vérification externe.....	30
c) Programmes de conformité et de déontologie des entreprises et contrôles internes	32
8. Mesures fiscales pour combattre la corruption	33
a) La non-déductibilité des pots-de-vin.....	33
b) Détection et signalement de soupçons de pots-de-vin versés à des agents publics étrangers	33
c) Lignes directrices pour les contribuables et les agents du fisc.....	34
d) Assistance administrative et partage d'informations en matière fiscale	35
9. La coopération internationale : Entraide judiciaire en matière pénale.....	36
a) Réponses suisses aux demandes d'entraide étrangères	36
b) Demandes d'entraide suisses	37
c) Restitution du produit de la corruption d'agents publics étrangers.....	38
10. Sensibilisation du secteur public et privé et signalement des faits de corruption	39
a) Sensibilisation des secteurs public et privé.....	39
b) Signalement d'indices de corruption transnationale	41
11. Avantages publics	44
a) Aide publique au développement.....	44
b) Crédits à l'exportation.....	46
c) Marchés publics	47

C. RECOMMANDATIONS ET QUESTIONS POUR LE SUIVI	49
ANNEXE 1 RECOMMANDATIONS DE PHASE 2 DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI ÉCRIT ...	53
ANNEXE 2 LISTE DES PARTICIPANTS DURANT LA VISITE SUR PLACE	56
ANNEXE 3 LISTE DES ABRÉVIATIONS	59
ANNEXE 4 APPLICATIONS JUDICIAIRES AU TITRE DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS ET DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ENTREPRISES ET APPLICATION DE LA NON-DÉDUCTIBILITÉ FISCALE DES POTS-DE-VIN ...	61

RESUME EXECUTIF

Le rapport de Phase 3 sur la Suisse par le Groupe de travail sur la corruption dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE (Groupe de travail) évalue et fait des recommandations sur la mise en œuvre et l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Convention) et des documents connexes. La Phase 3 est centrée sur des questions essentielles intéressant le Groupe de travail (questions horizontales), en particulier la mise en œuvre et l'application pratique de la Convention, et examine également les questions propres au pays (questions verticales) sur les progrès réalisés pour combler les lacunes constatées depuis l'évaluation de Phase 2 en 2004 ou les problèmes éventuels soulevés par les modifications apportées au dispositif législatif ou institutionnel de la Suisse.

La Suisse a réalisé des avancées dans son action répressive depuis l'évaluation de Phase 2, avec la condamnation, au cours des douze derniers mois d'une personne physique et d'une personne morale dans deux cas de corruption transnationale tombant sous le champ de la Convention. Dans le cadre de la confiscation de l'instrument et du produit de la corruption transnationale, la Suisse fait montre d'une bonne pratique : depuis 2008, le Ministère public de la Confédération (MPC) a confisqué CHF 163 million, ainsi que USD 32 millions en lien avec la corruption de fonctionnaires étrangers. Le Groupe de travail félicite également la Suisse pour les efforts déployés pour répondre aux demandes d'entraide judiciaire dont elle est destinataire, en y voyant une contribution significative à la répression de ces infractions à l'étranger. Le Groupe de travail observe cependant que le nombre de condamnations reste faible depuis que la Suisse a rejoint la Convention anti-corruption de l'OCDE en 2000, et se demande si, dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des entreprises, cela ne tient pas à une difficulté d'appliquer les dispositions législatives existantes. Le Groupe de travail se félicite de l'amende record et de la créance compensatrice prononcée en Suisse à l'encontre d'Alstom au titre des dispositions du code pénal sur la corruption d'agents publics étrangers et estime que les sanctions dans cette affaire sont efficaces, proportionnées et dissuasives. Le Groupe de travail estime toutefois que dans la pratique, les sanctions n'apparaissent pas toujours comme suffisamment dissuasives comme le suggèrent les peines prononcées à l'égard de la personne physique condamnée pour corruption d'agents publics étrangers. Il regrette également l'absence d'une approche systématique permettant de suspendre l'accès des entreprises condamnées pour corruption aux marchés publics et à ceux financés par l'aide publique au développement.

Le Groupe de travail se félicite des améliorations du cadre législatif en Suisse. En janvier 2011 un nouveau Code de procédure pénale suisse est entré en vigueur, introduisant un modèle de poursuite unique pour toute la Suisse. Le législateur suisse a par ailleurs introduit une obligation générale pour la plupart des employés de la Confédération de signaler les soupçons de délits poursuivis d'office, y inclus la corruption transnationale, ainsi qu'un dispositif pour protéger les agents fédéraux qui dénoncent de bonne foi. Le Groupe recommande que la Suisse considère d'élargir l'application de ces dispositions aux personnels des entités de la confédération non soumis à la loi (par exemple, la SERV et la FINMA) et encourage les cantons à considérer d'imposer une telle obligation à leur personnel lorsque celle-ci n'existe pas encore. Le Groupe observe dans ce contexte les initiatives aux niveaux fédéral et cantonaux visant à former les agents administratifs à l'infraction de corruption; il constate néanmoins la quasi-absence de détection et de signalement de transactions susceptibles de constituer des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers et recommande à la Suisse de renforcer ses efforts de formation dans ce domaine. Le Groupe note aussi avec satisfaction les projets législatifs en cours visant à définir le droit de signalement et la protection des donneurs d'alerte dans le secteur privé, et recommande leur adoption dans les meilleurs délais.

Le Groupe de travail prend note avec intérêt, de l'extension depuis le 1er janvier 2008 de l'obligation de révision des comptes à un plus grand nombre de catégories d'entités juridiques et constate aussi les efforts de concertation et de formation impliquant les auditeurs et comptables sur la question de la détection de fraudes associées à la corruption. De manière générale le Groupe observe que la Suisse a fait des efforts louables, en partenariat avec les associations professionnelles et la société civile, de sensibilisation de son secteur privé, des comptables et des réviseurs d'entreprises. Sur ce point, le Groupe de travail encourage la Suisse à mener une sensibilisation encore plus ciblée des PME à l'établissement de mesures en interne visant à prévenir le versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers. En ce qui concerne la vérification externe des comptes des entreprises, le Groupe recommande également à la Suisse de requérir les vérificateurs externes de signaler les soupçons de corruption transnationale aux autorités compétentes, indépendantes de l'entreprise. Par ailleurs, le Groupe estime que, compte tenu de l'importance du pays dans l'économie internationale et du poids de beaucoup de ses entreprises commerciales, la Suisse doit procéder à un réexamen régulier de sa politique à l'égard des petits paiements de facilitation.

Le rapport et ses recommandations reflètent les conclusions d'experts Autrichiens et Hongrois et ont été adoptés par le Groupe de travail sur la Corruption. La Suisse soumettra un rapport écrit dans le délai de deux ans. Le rapport de Phase 3 se fonde sur les lois, la réglementation et les autres documents fournis par la Suisse ainsi que les informations obtenues par l'équipe d'évaluation au cours de ses 3 jours de visite sur place à Berne du 28 au 30 juin 2011, durant lesquels l'équipe d'évaluation a rencontré des représentants suisses de la Confédération et des administrations cantonales, du secteur privé et de la société civile.

A. INTRODUCTION

1. La visite sur place

1. Du 28 au 30 juin 2011, une équipe du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans les transactions commerciales internationales (le Groupe de travail sur la corruption) visitait Berne dans le cadre de l'évaluation de Phase 3 de la mise en œuvre par la Suisse de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Convention), de la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Recommandation de 2009), et de la Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales). L'évaluation de Phase 2 de la Suisse a eu lieu en décembre 2004. Le rapport de suivi écrit correspondant a été présenté au Groupe de travail en 2007. L'objet de la visite sur place était d'évaluer la mise en œuvre par la Suisse de la Convention et des Recommandations de 2009, en se concentrant essentiellement sur les développements depuis 2007.

2. L'équipe d'évaluation était composée d'examineurs principaux de l'Autriche et de la Hongrie, ainsi que de membres du Secrétariat¹. Pour préparer la mission sur place, les autorités suisses ont fourni au Groupe de travail des réponses aux questionnaires de Phase 3. Les autorités ont également produit les textes de loi et réglementations, la jurisprudence et diverses publications émanant ou non des pouvoirs publics utiles à cette fin, et les examineurs ont également consulté les rapports sur la Suisse du Groupe des États Contre la Corruption (GRECO) et du Groupe d'Action Financière (GAFI). Durant la visite, l'équipe a rencontré des représentants du secteur public et privé suisse, ainsi que de la société civile et les médias². Les représentants du gouvernement suisse ont décidé d'assister aux panels organisés avec le secteur privé, la société civile, les universitaires et la profession juridique. En accord avec la procédure de la Phase 3, les représentants du gouvernement ne sont pas intervenus et les participants ne se sont pas opposés à leur présence.³

3. Les autorités suisses ont fourni des efforts louables pour assurer le bon déroulement de la mission sur place, en préparant un programme d'entretiens détaillé, et n'ont pas ménagé leur peine pour que tous les participants sollicités puissent être consultés. L'équipe reconnaît, en particulier, la volonté des autorités suisses de fournir des informations sur l'action répressive en cas d'allégations de corruption transnationale. Avant et après la visite sur place, elles ont répondu à toutes les demandes d'information. Cet esprit

¹ L'Autriche était représentée par : Dr Silvia Thaller, Procureur, Ministère de la justice, Section du droit pénal et Dr. Erika Reinweber, Experte fiscale, Audit des grandes entreprises et impôt sur le revenu. La Hongrie était représentée par Dr. Zoltán Péter, Procureur, Bureau du Procureur Général, et Dr. Béla Kátai Tóth, Inspecteur des Impôts, Administration nationale des impôts et des douanes. Le Secrétariat de l'OCDE était représenté par Dr. Frédéric Wehrlé, Administrateur Principal Anti-corruption et coordinateur de l'Évaluation, et Leah Ambler, Analyste Juridique, tous deux de la Division anti-corruption de la Direction des affaires financières et des entreprises.

² Voir, en annexe 2, la liste des personnes rencontrées.

³ Voir le paragraphe 26 de la [Procédure de Phase 3](#) qui prévoit que le pays évalué peut assister aux panels organisés avec des représentants non gouvernementaux, mais en s'abstenant d'y intervenir.

coopératif a été propice à des discussions constructives sur les pratiques exemplaires et sur les aspects posant éventuellement des problèmes au regard de l'application de la Convention et des Recommandations de 2009. L'équipe d'évaluation est également redevable à l'ensemble des participants à la visite sur place pour leur coopération durant les discussions.

2. Structure du rapport

4. Le présent rapport est structuré comme suit : La partie B examine les efforts de la Suisse pour mettre en œuvre la Convention et les Recommandations de 2009. Le rapport traite d'une part des questions horizontales essentielles concernant l'ensemble des pays et identifiées par le Groupe de travail pour l'évaluation de Phase 3 de toutes les Parties, avec une attention particulière aux efforts de mise en œuvre et aux progrès accomplis. D'autre part, le rapport aborde les questions verticales (spécifiques au pays) soulevées par les progrès accomplis par la Suisse pour remédier aux faiblesses recensées en Phase 2, ou des problèmes que posent les modifications de la législation nationale ou du cadre institutionnel de la Suisse. La Partie C contient les recommandations spécifiques formulées par le Groupe de travail de l'OCDE de lutte contre la corruption ainsi que les questions de suivi.

3. Situation économique

a) Structure économique

5. La Suisse se situe au cinquième rang mondial en terme de produit intérieur brut (PIB) par habitant. Environ 70% du PIB proviennent du secteur des services, le secteur industriel comptant pour 28%. Les secteurs clés sont la chimie, les biens d'investissement et les banques⁴. La prépondérance des petites et moyennes entreprises est une caractéristique de l'économie suisse : plus de 99.7% des entreprises emploient moins de 250 personnes à plein temps ; elles génèrent à elles seules presque les deux tiers du PIB suisse, le tiers restant émanant des multinationales.

b) Ouverture sur le monde

6. La Suisse est l'une des parties à la Convention de l'OCDE les plus en lien avec les marchés mondiaux. Les entreprises suisses réalisant des investissements directs à l'étranger (IDE) emploient quelque 2,4 millions de personnes dans leurs filiales et leurs sites de production à l'étranger et constituent un employeur majeur en Suisse. Les principaux secteurs de l'IDE sont l'industrie (38 % du total à la fin de l'année 2009) et les services (62 %). L'Europe est la première destination des IDE (près de la moitié du total), suivie par les Amériques (38,2% à la fin 2009) et l'Asie (8,7%)⁵. La part du commerce extérieur dans le PIB est l'une des plus élevées au monde. L'Union Européenne est un acteur clé dans ce domaine : 68 % des échanges commerciaux de la Suisse se font avec l'UE. Les autres principaux partenaires de la Suisse sont les États-Unis (près de 8% des échanges en 2010), la Chine (3,6%), le Japon (2,6%), et l'Inde (1%). 36 000 entreprises, sur un total d'environ 300 000 entreprises enregistrées en Suisse, exportent leurs biens et services ; 98% d'entre elles sont des PME.⁶

⁴ OCDE, Étude économique de la Suisse, 2009.

⁵ Source : Banque Nationale Suisse, investissements directs 2009.

⁶ Sources : Administration fédérale des Douanes, 2010, et Office suisse d'expansion commerciale (OSEC), 7 avril 2011.

4. Cas de corruption d'agents publics étrangers

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

7. Trois facteurs de risque existent en Suisse. En premier lieu, la faible superficie du pays, et donc la taille réduite du marché intérieur, ont pour conséquence que le commerce international et l'investissement à l'étranger revêtent une importance quasi-vitale pour de nombreuses entreprises du pays, ce qui augmente le risque pour celles-ci d'exposition à la corruption étrangère. Selon les résultats préliminaires d'une enquête conduite par l'Institut suisse pour l'entrepreneuriat (SIFE) et présentée lors de la visite sur place, 40% des PME suisses opérant à l'étranger seraient confrontés à la corruption d'agents publics⁷. En second lieu, avec 320 banques implantées en Suisse en 2010 l'importance de la place financière suisse et des flux de capitaux constitue un risque non négligeable d'infiltration par des fonds douteux. Enfin, l'existence d'un régime fiscal attractif a été favorable à l'implantation de multinationales qui ont soit établi leurs sièges sociaux en Suisse soit y ont implanté des filiales. A titre d'exemple, quelques 130 multinationales disposaient en 2011 d'un quartier général dans le canton de Genève tandis que près de 800 multinationales genevoises avaient leur siège social à l'étranger⁸. Outre le régime fiscal attractif, les multinationales décident de s'implanter en Suisse en raison de sa position centrale en Europe et de sa proximité avec l'Afrique du nord et le Proche-Orient.

b) *Approche de la Suisse dans les cas de corruption transnationale*

(i) *Nombre de procédures ouvertes comportant l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers*

8. Il n'est pas possible de savoir le nombre exact de procédures ouvertes en Suisse comportant l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers, les cantons, également compétents à certaines conditions en matière de poursuite pénale de l'infraction (art. 24 al. 1 CPP) au côté du Ministère public de la Confédération (MPC), n'étant pas assujettis à une obligation légale de communiquer les données en question à la Confédération. Selon les chiffres fournis par les autorités helvétiques, 40 procédures avaient été ouvertes par le MPC pour corruption active d'agents publics étrangers depuis 2005. Ce chiffre exclut la trentaine d'enquêtes portant sur le programme des Nations Unies « Pétrole contre nourriture » lancées par le MPC⁹. Sur les 40 procédures ouvertes, 31 étaient en cours d'instruction au moment de la Phase 3 ; et sur ces 31 procédures en cours, dans 16 cas la mise en prévention portait également sur le blanchiment d'argent. A celles-ci s'ajoutaient 8 procédures en cours ouvertes par des autorités cantonales, dont 7 dans le canton de Genève et une dans le canton de Zoug, encore que selon le procureur ayant présenté le cas devant les examinateurs il n'était pas clair à ce stade s'il s'agissait bien de corruption transnationale ou bien de gestion déloyale ou d'abus de confiance. Il se peut que d'autres procédures fussent en cours dans les 6 cantons qui n'ont pas répondu à l'enquête du SECO sur cette question.¹⁰

⁷ L'enquête a été adressée à 2 781 entreprises; 510 ont répondu.

⁸ Chiffres cités sur le site de la promotion économique cantonale : <http://ge.ch/dares/promotion-economique/accueil.html>

⁹ En vigueur de 1996 à 2003, le programme "Pétrole contre nourriture" permettait à l'Irak de vendre du pétrole en échange de l'aide humanitaire dont le pays manquait en raison des sanctions imposées après l'invasion du Koweït, en 1990. Or, le régime avait détourné le programme en conditionnant le droit d'acheter du pétrole irakien au versement secret par les acheteurs de commissions. Au total, plus de 2.200 sociétés de 66 pays différents se seraient rendues coupables de malversations, pour un montant estimé de 1,8 milliard de dollars.

¹⁰ Réponses de la Suisse au questionnaire de la Phase 3 et questions supplémentaires.

9. La plupart des procédures ouvertes par les autorités judiciaires fédérales l'ont été au cours de la période 2008-2011, la plus ancienne, celle concernant Alstom, remontant à 2004¹¹. La quasi-totalité d'entre elles ont visé des individus: seules deux ont visé des personnes morales. L'une, lancée à l'encontre de deux sociétés du groupe Alstom et conduite en concurrence avec des personnes physiques, était close définitivement en novembre 2011, après que la filiale suisse du groupe ait renoncé à faire opposition à sa condamnation par voie d'ordonnance pénale et que les poursuites à l'encontre de la maison-mère aient été abandonnées, pour ce qui a trait aux faits accomplis par celle-ci en lien avec le territoire suisse¹²; l'autre avait été clôturée du fait de la liquidation de l'entreprise visée par l'instruction¹³. Un certain nombre de procédures ont concerné les cas où des fonds appartenant à des entreprises ayant leur siège à l'étranger sont placés sous la compétence et le contrôle de tiers installés en Suisse pour servir de pots-de-vin à des agents publics étrangers. Dans ce contexte, le MPC lutte contre la corruption aussi sous l'angle d'autres infractions pénales liées à la corruption (par exemple : gestion déloyale et faux dans les titres). Ainsi, sur la trentaine de procédures en cours au MPC au moment de l'évaluation de la Suisse en Phase 3, six d'entre elles n'ont pas été ouvertes avec une mise en prévention de corruption transnationale. Comme lors de la Phase 2 de la Suisse, ce sont avant tout les communications transmises par le Bureau anti-blanchiment suisse (MROS) et les demandes d'entraide judiciaire émanant de l'étranger qui suscitent l'ouverture d'une procédure en Suisse.

(ii) *Condamnations pour corruption active d'agents publics étrangers*

10. Lors de l'évaluation de Phase 2, seule une condamnation pour corruption d'agents publics étrangers, relativement atypique, avait été prononcée : celle-ci avait en effet touché au versement d'un pot-de-vin par un ressortissant yougoslave à un douanier italien pour l'obtention d'un timbre attestant son entrée en Italie contrairement à la vérité. Au moment de l'évaluation de Phase 3, trois nouvelles condamnations avaient été prononcées (deux par la justice cantonale et une par les autorités fédérales). Aucune affaire de corruption transnationale n'avait été jugée par un tribunal cantonal ou fédéral : les condamnations prononcées l'ont été par voie d'ordonnance pénale¹⁴. Deux des trois condamnations ont sanctionné des personnes physiques, la troisième a sanctionné, comme indiqué plus haut, la filiale suisse du groupe Alstom.

11. Parmi les deux condamnations à l'encontre de personnes physiques rendues depuis l'examen de Phase 2, une seule a concerné la corruption active d'agents publics étrangers telle que visée par la Convention OCDE, la seconde sanctionnant des faits sortant de l'intention de la Convention OCDE puisque touchant au versement d'un pot-de-vin à un officier de police allemand stationné au poste frontière Bâle Badischer Bahnhof afin d'obtenir l'apposition d'un timbre sur un formulaire d'annonce du départ de la Suisse. La condamnation tombant sous le champ de la Convention, prononcée fin 2010 par les autorités judiciaires du canton de Genève, a sanctionné le versement de pots de vin à des intermédiaires afin que des représentations diplomatiques étrangères choisissent de séjourner dans des hôtels dont le prévenu était le

¹¹ Initiée le 9 décembre 2004, la procédure a été suspendue le 13 octobre 2006 faute d'éléments de preuves suffisants et reprise le 16 octobre 2007 suite à la découverte de faits nouveaux.

¹² Dans cette affaire, outre la procédure pénale menée à l'encontre de deux sociétés du groupe, une procédure a également visé, pour présomption de corruption d'agents publics étrangers, le gestionnaire de la conformité (compliance manager) d'Alstom ; cette procédure, ainsi que d'autres liées à ce dossier et menées à l'encontre de personnes physiques étaient toujours en cours au moment de l'évaluation de la Suisse en Phase 3, notamment pour corruption passive.

¹³ Dans cette dernière procédure, les fonds destinés à corrompre ont toutefois pu être confisqués.

¹⁴ Sur la procédure de l'ordonnance pénale, voir la section du présent rapport qui aborde les procédures dites "spéciales".

directeur (voir encadré 1 en annexe 4 qui résume le cas). La condamnation à l'encontre de la filiale suisse d'Alstom, prononcée fin 2011, a quant à elle sanctionné le versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers en Lettonie, Malaisie et Tunisie (voir encadré en annexe 4 qui présente le cas).

12. Selon la plupart des magistrats entendus sur place, le faible nombre de condamnations à ce jour serait principalement dû à la difficulté de mener des enquêtes, les procédures liées à la corruption transnationale étant fastidieuses, nécessitant de nombreux actes d'enquête et l'analyse de documents très volumineux, et au fait que beaucoup de ces procédures impliquent des intermédiaires et des schémas financiers complexes ayant des ramifications dans plusieurs pays. Pour cette raison, les investigations de ce type durent dans des cas particulièrement complexes plus de cinq ans comme l'illustre la procédure engagée par le MPC ayant conduit à la condamnation de la filiale suisse d'Alstom : cette condamnation a été l'aboutissement d'une longue investigation initiée en 2004 et reprise en 2007 par le MPC et qui a entraîné l'ouverture de procédures, dans certains cas suite à des transmissions spontanées de moyens de preuve et d'informations du MPC, en Argentine, au Brésil, aux États-Unis, en Lettonie, en Pologne et au Royaume-Uni ; dans le cadre de cette procédure, les magistrats du MPC ont examiné des centaines de contrats passés aux quatre coins du monde. Les magistrats ont aussi constaté que dans plusieurs affaires de corruption transnationale avec des ramifications en Suisse, l'action répressive des autorités pénales étrangères, surtout lors d'accords trouvés avec les concernés, rend les autorités suisses incapables de poursuivre l'infraction en vertu du principe *ne bis in idem*. Lors de la visite sur place, le MPC a regretté de ne pas être associé dans de telles démarches et qu'en plus par la suite ses demandes d'entraide soient refusées. Les examinateurs principaux notent également que le MPC poursuit d'autres infractions liées à la corruption transnationale, telles que le blanchiment d'argent ou, comme ce fut le cas pour les affaires dites Oil For Food (OFF), l'infraction à la loi sur les embargos, notamment lorsque confronté à la difficulté de prouver la corruption d'agents publics étrangers.

(iii) *Classements et non-lieu*

13. Il n'est pas possible de connaître le nombre exact de classements et non-lieu à l'échelle du pays tout entier, la Suisse ne disposant pas de services centralisant ce type d'information. Seul est disponible le nombre de classements pour les enquêtes ouvertes par le MPC au cours de la période 2005-10 : sur un total de 40 enquêtes, 8 avaient abouti à un classement. Sur la base des informations fournies par le MPC, lorsque des ordonnances de classement ou de non-lieu ont été prononcés, cela a été essentiellement pour quatre motifs : le manque de preuves ou bien parce que les personnes n'étaient pas punissables pour leurs actes; parce qu'une procédure existait à l'étranger dans le contexte de la négociation pénale et évoquait le principe de *ne bis in idem* ; ou bien en application d'une disposition du CP sur la « Réparation » selon laquelle « lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies (art. 42 CP) et si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants » (art. 53 CP).

14. Une partie des procédures ont du ainsi être classées pour insuffisance de preuves. Par exemple, sur les 36 enquêtes portant sur le programme des Nations Unies « Pétrole contre nourriture » conduites par le MPC et impliquant une trentaine d'entreprises ayant leur siège en Suisse, aucune n'a débouché sur une condamnation pour corruption d'agents publics étrangers, les preuves nécessaires n'ayant pu être recueillies en raison du refus de l'entraide opposé par certains pays. Ce qui ne veut pas dire que les entreprises poursuivies n'ont pas été condamnées : dans 11 cas, des jugements ont été prononcés pour infraction à la loi sur les embargos. En outre, des confiscations, pour un montant total de CHF 18.8 millions (environ €11 millions), ont été prononcées à l'encontre des entreprises impliquées. Parmi les 8 enquêtes classées par le MPC au cours de la période 2005-2010 (hors enquêtes « Pétrole contre nourriture », une l'a été également du fait de l'impossibilité d'obtenir des preuves de l'étranger (des

confiscations ont toutefois été ordonnées). Dans le cadre de l'ensemble de la procédure dirigée à l'encontre d'Alstom, le MPC, après avoir examiné plus d'une douzaine de projets de centrales électriques et constaté, dans ce contexte, d'autres contraventions partielles aux règles internes de compliance, a du, en dépit de recherches étendues, classer, pour ce qui est de ces projets, la procédure dirigée contre les deux sociétés Alstom prévenues, parce que soit aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'avait été établi (art. 319, al. 1, let. a CPP), soit parce que les entreprises n'étaient pas punissables pour les actes commis avant l'introduction en droit suisse de la punissabilité des entreprises (art. 319, al. 1, let. b CPP)¹⁵.

15. Des procédures ont également fait l'objet d'un non-lieu parce que l'affaire avait été résolue judiciairement ou par voie de la négociation pénale à l'étranger, en application du principe *ne bis in idem*. Comme noté plus haut, des procédures déjà bien avancées ont du ainsi être classées par le MPC après que celui-ci ait constaté que d'autres pays avaient terminé les affaires concernant les mêmes faits, et cela sans que les autorités suisses ne soient consultées, ce qui, selon le MPC, a eu comme conséquence de réduire à néant un travail d'enquête parfois considérable.

16. Finalement, des procédures, dans lesquelles figuraient des soupçons de corruption d'agents publics étrangers, ont été classées en application de l'art. 53 CP cité plus haut et qui se fonde sur la « Réparation » comme motif pour mettre un terme aux poursuites. Tel a été le cas pour la procédure lancée par le MPC à l'encontre d'Alstom SA en France, la société mère d'Alstom Network Schweiz AG. Dans ce dossier, le MPC, tout en estimant que la société mère portait une part de responsabilité, en sa qualité de centrale du groupe, pour les actes commis par sa filiale suisse, a renoncé à une condamnation concomitante de celle de la filiale suisse. Selon le MPC, à l'occasion de cette décision ont été pesés les intérêts en jeu, a été tenu compte des reproches de moindre importance qui pouvaient être émis à l'encontre de la société-mère, que celle-ci avait accepté de verser une somme de CHF 1 million (environ € 810 000) à titre de « Réparation », et noté le caractère exemplaire de la coopération de la société lors des investigations et les améliorations apportées par l'entreprise à son programme de conformité en vue de prévenir des actes de corruption à l'avenir.

Commentaire :

*Les examinateurs principaux notent positivement le nombre de procédures ouvertes pour corruption d'agents publics étrangers tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal et se félicitent que deux d'entre elles aient abouti, au cours des douze derniers mois, à des condamnations, dont une visant une personne morale. Ils observent cependant le nombre encore faible à ce jour de condamnations – quatre depuis l'entrée en vigueur en droit suisse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers en 2000, dont seules deux tombant sous l'intention de la Convention. Les examinateurs notent dans ce contexte que l'application du principe *ne bis in idem* a entraîné le classement de plusieurs procédures de corruption transnationale. Ils soulignent l'importance de la concertation entre les autorités judiciaires des différents pays investiguant les affaires concernant les mêmes faits. Celle-ci, abordée à l'article 4(3) de la Convention, est une question horizontale pour le Groupe de travail.¹⁶*

¹⁵ Cf. « Einstellungsverfügung » du 22 novembre 2011 (Décision sur la clôture de la procédure pénale ; traduction non officielle en anglais : Order to dismiss proceedings) et Strafbefehl du 22 novembre 2011 (Ordonnance pénale, traduction non officielle en anglais Summary Punishment Order).

¹⁶ Article 4(3) : Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

B. MISE EN OEUVRE ET APPLICATION PAR LA SUISSE DE LA CONVENTION ET DES RECOMMANDATIONS DE 2009

1. L'infraction de corruption active d'agents publics étrangers

a) L'infraction de corruption transnationale

17. Aucune modification n'a été apportée à la définition de l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers depuis l'entrée en vigueur de l'article 322^{septies} CP le 1^{er} mai 2000.

b) Questions identifiées comme nécessitant un suivi particulier du Groupe de travail

18. Trois questions ont été identifiées lors de l'évaluation en Phase 2 comme nécessitant un suivi particulier par le Groupe de travail : (i) la définition de l'agent public étranger ; (ii) l'argument de la conformité aux « usages sociaux » ; et (iii) la question des paiements de « facilitation ».

(i) La définition de l'agent public étranger

19. Lors de l'évaluation de Phase 2, le Groupe de travail avait décidé d'effectuer un suivi, en fonction de l'évolution de la pratique, afin de vérifier si la mise en œuvre de l'article 322^{septies} CP confirme une conception large de la définition de l'exercice des fonctions officielles d'un chef d'État ; son application aux situations de sollicitation de la part d'un officiel étranger ; et une application de la notion d'agent public étranger qui comprend les plus hautes autorités de l'État. Cette décision faisait suite à un arrêt du TF faite dans le contexte d'une demande d'entraide judiciaire et portant sur la question du caractère officiel de l'intervention d'un chef d'État ainsi que l'application ou non de l'article 322^{septies} CP en cas de sollicitation par le fonctionnaire.¹⁷

20. Depuis, des procédures engagées par le MPC concernant des cas dans lesquels l'agent public a expressément sollicité le paiement de pots-de-vin témoignent que l'interprétation donnée par le TF n'a pas été retenue par les procureurs fédéraux. Tel a été le cas dans un dossier, impliquant le président de la commission d'attribution de marchés publics d'un État étranger qui avait sollicité des paiements, suite auxquels l'auteur a transféré plusieurs millions de francs suisses sur des comptes bancaires dont le Président était le bénéficiaire, pour lequel plusieurs procédures sont en cours, y compris en vue de confisquer les versements. S'agissant d'une définition large de l'exercice des fonctions officielles et d'une notion étendue d'agent public étranger, la procédure engagée par le MPC à l'encontre d'Alstom laisse quant à elle transparaître une grande diversité tant au regard des agents publics étrangers impliqués que des fonctions exercées par ceux-ci dans les schémas corrupteurs mis à jour : celle-ci a porté en effet sur des pots-de-vin versés par des consultants d'Alstom à trois cadres de la compagnie nationale d'énergie Latvenergo en Lettonie ; au gendre de l'ancien Président tunisien Zine el-Abidine Ben Ali ; et à des cadres

¹⁷ Rapport de Phase 2 sur la Suisse, ch. 96-100.

de l'entreprise sous licence d'État TTPC en Malaisie, un de ces dirigeants étant également, au moment des faits, un politicien local dans l'État de Perlis où devait être construite la centrale électrique¹⁸.

(ii) *L'argument de la conformité aux « usages sociaux »*

21. Selon l'article 322^{octies} al. 2 CP, « 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 ». Lors de la Phase 2, les autorités suisses avaient précisé que des avantages ne sauraient être considérés comme « conformes aux usages sociaux » lorsqu'ils ont pour but d'inciter un agent public à violer ses devoirs ou à faire usage de son pouvoir d'appréciation. S'interrogeant alors sur l'utilité de la seconde partie de l'alinéa 2 et constatant que la jurisprudence en matière de corruption active d'agents publics suisses ne semblait pas complètement exclure l'applicabilité de l'alinéa à des situations de versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers, le Groupe de travail avait décidé d'effectuer un suivi de cette question en fonction de l'évolution de la pratique.

22. Un arrêt du Tribunal cantonal zurichois a confirmé l'interprétation donnée par la Suisse en Phase 2 (Arrêt du 16 novembre 2010, Obergericht Zürich, II. Strafkammer SB100547). Selon cet arrêt, un avantage de faible importance n'est ni permis ni conforme aux usages sociaux dès l'instant qu'il incite l'agent public à un comportement contraire aux devoirs de sa charge ou est susceptible d'influencer son pouvoir d'appréciation. L'affaire concernait un cadeau d'une dizaine de francs suisses remis à un policier afin que celui-ci renonce à établir un rapport sur un dommage matériel léger consécutif à un accident routier. Le Tribunal a considéré que l'acte avait pour but d'inciter l'omission d'un acte en relation avec l'activité officielle de l'agent contraire à ses devoirs et, en conséquence, a jugé inapplicable l'argument de la conformité aux « usages sociaux », aucun paiement, même de faible importance, ne pouvant être considéré comme un usage social s'il constitue une violation des devoirs de l'agent ou dépend de son pouvoir discrétionnaire. Si l'arrêt vise un cas de corruption nationale (art. 322^{ter} CP), la décision est applicable à l'art. 322^{septies} al. 2 CP dans la mesure où les éléments des deux infractions précitées quant à la notion d'usages sociaux sont identiques.

(iii) *Les «paiements de facilitation »*

23. La notion de paiements de facilitation - ces versements destinés à accélérer l'exécution ou à assurer la réalisation d'actes administratifs - n'existe pas en droit suisse. En Suisse, pour ce qui concerne l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, ce cas de figure doit être examiné à la lumière de l'acte que l'agent public est censé exécuter ou omettre, en vérifiant s'il est amené ou non à violer ses devoirs ou à exercer son pouvoir d'appréciation : en effet, la loi, en matière de corruption transnationale, ne sanctionne pas les cas dans lesquels l'avantage est accordé à l'agent ou sollicité par lui pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge. Le montant de l'avantage n'a pas d'importance : un avantage

¹⁸ Selon l'ordonnance pénale, s'agissant de la Lettonie, Alstom avait signé des contrats avec un consultant qui a ensuite transféré environ 70 % de la somme reçue sous ces contrats à trois cadres de Latvenergo impliqués dans deux projets en vue d'influencer, par l'octroi de pots-de-vin, l'attribution des contrats des deux projets en faveur de deux filiales suédoises du groupe Alstom, et l'élimination des difficultés suite au performance tardif de contrat, en faveur d'Alstom. En Tunisie, l'entreprise avait été embauchée comme sous-traitant dans des contrats majeurs avec la Société tunisienne d'électricité et du gaz (STEG) après la conclusion de contrats et le versement de certaines sommes aux sociétés à l'étranger contrôlées par le gendre de l'ancien président Zine El Abidine Ben Ali. Selon l'ordonnance pénale, en tant que gendre de l'ancien Président, celui-ci était en mesure d'influencer l'attribution des contrats. En Malaisie, les filiales du groupe Alstom ont imputé des 'frais de succès' pour la conclusion réussie des contrats en faveur d'Alstom, versés aux sociétés intermédiaires gérées par deux cadres de l'entreprise TTPC. Selon le MPC, les virements avaient pour but d'influencer TTPC dans l'attribution des contrats à Alstom. Cf. Ordonnance pénale du 22 novembre 2011, citée en ndbp 15.

intervenu pour que l'agent accomplisse les devoirs de sa charge ne tombe pas sous le coup du droit, et ceci quelle que soit l'importance du paiement. Seuls les actes par lesquels, par l'octroi d'un avantage, le corrupteur cherche à obtenir de l'agent public un comportement qui constitue une violation des devoirs de fonction de ce dernier ou qui dépende de son pouvoir d'appréciation, sont réprimés par l'article 322^{septies} CP, et ce, comme précisé dans l'arrêt zürichoïse mentionné ci-dessus, indépendamment du montant de l'avantage indu¹⁹. Ce qui n'est pas le cas en matière de corruption interne (d'agents publics suisses) : ici, au terme des art. 322^{quinquies} et 322^{sexties} CP, sont également sanctionnées les situations où l'avantage est accordé à l'agent public pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge.

24. En Phase 2, la Suisse avait fait l'objet de critiques du Groupe de travail, celui-ci ayant noté l'absence de toute limite au montant des paiements de cette nature, la jugeant en contravention avec la Convention de l'OCDE qui ne permet que les « petits » paiements de facilitation, soit, comme le précise le commentaire de la Convention, l'octroi de « petites sommes » en échange d'un acte parfaitement régulier. Pour répondre aux critiques, la Suisse avait fait valoir que les montants payés pour obtenir un tel acte étaient forcément des « petites sommes » et donc des paiements de facilitation tolérés, reprenant ici l'argumentation développée dans le Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption²⁰. Faute de jurisprudence pertinente, le Groupe avait convenu d'effectuer le suivi de cette question afin de déterminer la pratique des tribunaux suisses en la matière, soit que, hormis les cas de petits paiements de facilitation, les autres avantages tombaient bien sous le coup de la loi suisse anti-corruption.

25. Depuis, aucune décision pertinente d'un tribunal n'est venue confirmer ou infirmer la position de la Suisse au regard de la couverture des petits paiements de facilitation en droit suisse. Nonobstant l'absence de jurisprudence, un réexamen de la politique de la Suisse à l'égard des petits paiements de facilitation pourrait être envisagé. Lors des discussions sur place, un représentant d'une entreprise active sur les marchés étrangers a en effet laissé transparaître un sentiment, apparemment répandu parmi des PME suisses, selon lequel les paiements de facilitation constitueraient une pratique inhérente aux transactions commerciales avec certains pays, et dont le bannissement incomberait aux seules autorités de ces pays et non aux entreprises suisses. Les grandes entreprises présentes lors de la visite sur place ont indiqué de leur côté que les politiques ou principes déontologiques qu'elles avaient élaborées en interne prohibaient de tels paiements (tolérance zéro), tout en relevant que de telles pratiques demeuraient courantes sur certains marchés à l'étranger. Il convient dans ce contexte de rappeler que la Recommandation de 2009 souligne l'effet corrosif des paiements de facilitation et incite les Parties à la Convention à réexaminer leur politique dans ce domaine.

Commentaire :

Les examinateurs se félicitent du traitement large accordé par les autorités de poursuite à la notion d'agent public étranger et de ses actes et y voient un exemple de bonne pratique. Ils se félicitent également des clarifications apportées par les tribunaux à la notion de « conformité aux usages sociaux ». S'agissant des petits paiements de facilitation, eu égard à la pratique apparemment répandue parmi des PME suisses de procéder à de tels paiements à l'étranger et

¹⁹ Selon les autorités suisses, ainsi en va-t-il également de l'acte destiné à accélérer l'exécution d'un acte administratif, dès lors qu'un tel acte engendre un traitement de faveur. Selon celles-ci, ce comportement, constituant une violation des devoirs du fonctionnaire et de son pouvoir d'appréciation, tombe sous le coup de l'article 322^{septies} CP, même s'il s'agit d'un petit paiement de facilitation.

²⁰ Rapport de Phase 2 sur la Suisse, ch. 22, 105 à 113, et commentaire sous ch. 113 ; Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption du 14 novembre 2004 : FF 2004 6549, 6567.

au poids qu'elles représentent dans l'économie suisse, ils considèrent, en conformité avec la Recommandation de 2009, que la Suisse devrait s'engager à réexaminer régulièrement ses politiques et sa façon d'appréhender les petits paiements de facilitation afin de lutter efficacement contre ce phénomène et encourager les entreprises à les interdire ou décourager le recours à de tels paiements dans le cadre de leurs programmes de déontologie ou autres politiques internes.

2. La responsabilité des personnes morales

26. La responsabilité des personnes morales est régie en droit suisse par l'article 102 CP. Lors de l'entrée en vigueur de la partie générale révisée du Code pénal, le 1^{er} janvier 2007, cette disposition a remplacé, sans modification de fond, les articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CP qui étaient intégrés à l'ordre juridique suisse depuis le 1^{er} octobre 2003.

a) Standard de la responsabilité

27. L'article 102 CP consiste en deux alinéas, divisés entre la responsabilité subsidiaire (art. 102, al. 1) qui est évoquée dans l'absence de l'identification d'une personne physique en raison du *manque d'organisation de l'entreprise*, et la responsabilité primaire (art. 102, al. 2), s'appliquant à une liste d'infractions, y inclue la corruption transnationale, lorsqu'une entreprise n'a pas *pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction* :

Art. 102 : Punissabilité

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 aux articles 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} ou 322^{septies}, al. 1 (...), 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 titre:

- 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.

28. Lors de la visite sur place, juristes, procureurs et juges étaient tous d'accord que les cas de corruption transnationale devraient être poursuivis sous l'al. 2 et non sous l'al. 1. Les examinateurs ont toutefois noté une certaine difficulté chez les procureurs à l'appliquer, en particulier au regard de la notion de défaut d'organisation. Faute d'application juridique de l'art.102 al. 2 par un tribunal au titre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers (le seul cas d'application de l'article 102 al. 2 dans un

dossier de corruption transnationale, celui d'Alstom, a fait l'objet d'une condamnation par voie d'ordonnance pénale), il n'existe pas encore de jurisprudence des tribunaux sur laquelle les magistrats des ministères publics pourraient s'appuyer pour déterminer avec exactitude quelles sont les mesures d'organisation « raisonnables et nécessaires » qui permettraient d'empêcher la corruption.

29. La première application de l'art.102 al. 2 par le MPC par voie d'ordonnance pénale dans le dossier Alstom pourrait toutefois servir comme un point de référence initial aux magistrats des parquets fédéraux et cantonaux : dans ce dossier, le MPC a jugé la filiale suisse responsable après avoir considéré que le programme de conformité mis en place était insuffisant tant du point de vue qualitatif que quantitatif compte tenu des 75000 collaborateurs que le groupe emploie au niveau mondial. En particulier, le MPC a considéré que l'unité de conformité au sein d'Alstom « était en sous-effectif et (que) son personnel manquait d'expérience et/ou de formation dans les questions de conformité, et, de plus, qu'il ne disposait pas des moyens requis pour mettre en place les idées ambitieuses visant à prévenir au quotidien la corruption au sein de l'entreprise. Dans ces circonstances, l'unité ne pouvait pas satisfaire la fonction de surveillance des activités des consultants qu'on attendait d'elle, activités qui intrinsèquement sont susceptibles d'être entachées de corruption. L'échec de l'unité à prendre les mesures appropriées à l'égard de l'inconduite des consultants et employés d'Alstom a ainsi contribué à l'incidence des cas de corruption en question. »²¹ Une autre application de l'art. 102 al. 2, cette fois-ci par un tribunal, en avril 2011, dans un cas de blanchiment, pourrait aussi apporter des clarifications à ce sujet, dépendant du résultat de l'appel en cours.

30. Concernant les autres standards de responsabilité, les représentants du MPC ont confirmé que les critères de l'alinéa 1, selon lesquels l'infraction doit être commise « au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts », s'appliquent aussi à l'alinéa 2. Ils ont précisé que les intermédiaires et les filiales sont considérés comme « au sein » d'une entreprise. Ce qu'illustre la procédure engagée par le MPC à l'encontre d'Alstom : dans ce dossier, la filiale suisse du groupe français, Alstom Network Schweiz AG, gestionnaire de la conformité des sociétés « Power » et « Power Services » dans le secteur des centrales électriques, a été reconnue responsable pour les pots-de-vin versés. Au regard du critère selon lequel l'activité doit être conforme aux buts de l'entreprise, les procureurs ont fait valoir que l'activité susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'entreprise doit s'inscrire dans le contexte de la finalité licite des activités de l'entreprise et des moyens dont elle dispose. Les représentants du MPC ont également expliqué que les établissements à but non lucratif (aussi couverts par l'art. 102 al. 4 let a) tombent sous le coup de l'article 102 CP lorsqu'ils exercent une activité commerciale.

b) Application judiciaire de la punissabilité des personnes morales

31. Seule une entreprise a été condamnée pour corruption transnationale en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la punissabilité des personnes morales en droit suisse. De l'avis du MPC, cette quasi-absence de condamnations tiendrait plus à une absence de réflexe chez les procureurs à utiliser les dispositions en matière de responsabilité pénale des entreprises qu'à une difficulté à les appliquer : jusqu'à l'introduction de ces dispositions par le législateur en 2003, c'était le principe *Societas delinquere non potest* qui était ancré dans les mœurs juridiques et, selon les magistrats du MPC, il serait difficile pour les ministères publics d'acquiescer le réflexe d'ouvrir également une instruction pénale à l'encontre des personnes morales. Le potentiel d'amélioration est reconnu par le MPC qui, après la visite sur place, a tenu un atelier de formation à ce sujet.

32. La procédure pénale à l'encontre d'Alstom Network Schweiz AG est un exemple d'une application réussie des dispositions introduites par le législateur suisse en 2003, notamment parce qu'elle

²¹ Ordonnance pénale, Berne, 22 novembre 2011, para. 15, citée en ndbp 15.

démontre qu'une entreprise peut être tenue responsable sans condamnation concomitante d'une personne physique : au moment de l'évaluation de la Suisse en Phase 3, aucun individu n'avait été encore condamné au titre de l'art. 322^{septies} en relation avec le défaut d'empêcher le versement des pots-de-vin de la part de la filiale suisse d'Alstom²². La procédure engagée contre la maison mère, Alstom SA, en connexion avec les projets entachés de corruption en Lettonie, Malaisie et Tunisie a, par contre, été abandonnée, ceci en dépit des très importantes investigations conduites par le MPC desquelles il est ressorti que la corruption par la filiale suisse avait profité à la société mère et impliqué plusieurs sociétés du groupe et que Alstom SA portait « une part de responsabilité, en sa qualité de centrale du groupe, pour les défauts constatés au niveau de l'organisation »²³. Cela dit, le fait que la filiale d'Alstom SA se soit vue infligée le paiement d'une créance compensatrice de CHF 36,4 millions, calculée sur la base du bénéfice réalisé par l'ensemble du groupe au moyen des contrats entachés de corruption, et que la maison mère ait dû verser une somme de CHF 1 million à titre de réparation, a permis aux autorités de pénaliser, d'une certaine façon, la société mère. Il convient de rappeler dans ce contexte que l'Annexe I.C de la Recommandation de 2009 insiste sur le fait que les pays signataires de la Convention devraient s'assurer qu'une « personne morale ne peut se soustraire à sa responsabilité en ayant recours à un intermédiaire, y compris une personne morale liée, pour offrir, promettre ou octroyer en son nom un pot-de-vin à un agent public étranger. »

33. L'autre condamnation pour corruption transnationale, sujet d'une ordonnance pénale du canton de Genève, concerne le versement de pots-de-vin par le directeur de deux établissements hôteliers. Dans cette affaire, les autorités genevoises n'ont pas poursuivi les personnes morales impliquées. La raison donnée, lors de la visite sur place, pour laquelle ces établissements n'ont pas été poursuivis, est qu'il ne s'agissait pas d'un défaut d'organisation et qu'il aurait été difficile de prouver que la personne morale n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher la corruption de la part du directeur. De l'avis des examinateurs, cette affaire pourrait illustrer la difficulté que peut, dans certains cas, poser l'établissement de la preuve du défaut d'organisation (ne pas avoir pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires) pour la poursuite de personnes morales en Suisse pour l'infraction de corruption étrangère. D'après l'Annexe 1 à la Recommandation de 2009, l'octroi d'un pot-de-vin par une personne située au niveau hiérarchique le plus élevé de la direction (dans ce cas, c'était le directeur lui-même qui l'avait accordé) peut suffire à établir la responsabilité de la personne morale.

34. S'agissant d'autres infractions, il n'est pas possible de savoir combien de condamnations ont été prononcées sur la base de l'article 102 CP, celles-ci n'étant pour l'instant pas inscrites au casier judiciaire et ne figurant pas non plus dans les statistiques des condamnations pénales publiées par l'Office fédéral de la statistique. La Suisse a fourni des informations sur trois cas qui ont fait l'objet de condamnations, deux concernant une société de services et un établissement financier (respectivement) au titre de l'art. 102 al. 1, l'autre un établissement financier au titre de l'art. 102 al. 2 qui, au moment de l'évaluation de Phase 3, était en voie d'appel auprès de la Cour suprême du canton de Soleure. Les trois cas sont présentés en annexe 4 du présent rapport.

Commentaire :

Les examinateurs félicitent la Suisse pour la première application des dispositions en matière de responsabilité pénale des entreprises dans un dossier de corruption transnationale, en y voyant un signal fort lancé par les autorités helvétiques aux entreprises quant aux risques

²² Des procédures étaient toujours en cours contre l'ancien responsable de la «compliance» d'Alstom, ainsi que d'autres personnes soupçonnées d'avoir agi en amont de paiements de pots-de-vin ou en tant qu'intermédiaires financiers qui en ont bénéficié.

²³ Cf. décision sur la clôture de la procédure pénale à l'encontre de deux sociétés Alstom du 22 novembre 2011, citée en ndbp 15.

d'être exposées à des poursuites pénales en Suisse. Tout en notant un accroissement récent de procédures engagées contre des personnes morales toute infraction confondue, ils observent cependant le faible niveau de mise en œuvre des dispositions en matière de responsabilité pénale des entreprises au titre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers depuis leur introduction en droit suisse en 2003 et se demandent si cela ne tient pas à une certaine difficulté de les appliquer, particulièrement au regard de la notion de défaut d'organisation. Ils considèrent qu'en vue d'une application plus systématique par les magistrats de la responsabilité pénale des personnes morales, une clarification de la notion de défaut d'organisation à leur intention est nécessaire, y compris par la voie de formations spécifiques.

3. Sanctions

a) Sanctions contre les personnes physiques et morales

(i) Sanctions contre les personnes physiques

35. Depuis la Phase 2, la peine encourue par les personnes physiques pour l'infraction de corruption étrangère n'a pas changé : celles-ci risquent une peine de réclusion de cinq ans au maximum ou bien une peine pécuniaire, fixées par le juge « *d'après la culpabilité du délinquant, en tenant compte des mobiles, des antécédents et de la situation personnelle de ce dernier* » (art. 63a CP). Faute de condamnations prononcées par les tribunaux en la matière, il est difficile d'évaluer l'application pratique de la disposition. Dans la seule affaire tombant sous le champ de la Convention, la personne a été condamnée, par ordonnance pénale (soit en dehors du contrôle d'un juge), à une amende avec sursis d'environ €41'000 (CHF49'500) avec mise à l'épreuve de 3 ans et à une amende ferme d'environ €10'000 (CHF12'000), ceci alors que le prévenu disposait d'un revenu mensuel net d'environ €18'000 (CHF20'000) ; que le montant des pots-de-vin versés avoisinait les €90'000 (CHF109'100) ; et que l'instruction du dossier avait établi que les commissions avaient permis la réalisation d'un chiffre d'affaires d'environ €1.2 million (CHF1.5million)²⁴. La peine, même sans sursis, est d'un montant inférieur à celui des pots-de-vin, sans parler du chiffre d'affaires résultant de la corruption, ni du revenu mensuel du condamné, qui est supérieur à l'amende. De l'avis des examinateurs, les sanctions dans cette affaire ne semblent ni efficaces, ni proportionnées, ni dissuasives. Sans doute le niveau des sanctions appliquées est-il le résultat du choix du magistrat en charge du dossier de procéder à la condamnation du prévenu par voie d'ordonnance pénale en lieu et place du renvoi de celui-ci devant une juridiction de fond, après avoir considéré que les faits reprochés ne présentaient pas un caractère de gravité tel qu'ils nécessitaient un renvoi du prévenu devant un tribunal et tenu compte d'autres considérants telle que l'absence d'antécédents judiciaires du prévenu²⁵. (voir ci-dessous, la section du présent rapport abordant les procédures dites « spéciales »).

(ii) Sanctions contre les personnes morales

36. En application de l'art. 102 al. 1 CP, l'amende maximale pour une entreprise condamnée pour corruption d'agents publics étrangers est de CHF 5 millions (€4.1 million). Son montant exact est fixé par le juge « *d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise* » (art. 102, al. 3 CP). La condamnation de la filiale suisse du groupe industriel français Alstom est à ce jour le seul exemple d'application de cette disposition dans une affaire de corruption transnationale. Dans ce dossier, le MPC a infligé une amende à Alstom Network Schweiz AG d'un montant de CHF 2.5 millions (€ 2 millions) – correspondant à la moitié de la peine maximale prévue par le texte légal -, après qu'il lui ait été reproché de ne pas avoir pris « toutes les mesures (...) pour

²⁴ Ordonnance de condamnation (P/2962/2010), Canton de Genève, p. 3.

²⁵ Considérants en droit de l'Ordonnance de condamnation.

empêcher le versement de montants de corruption à des agents publics étrangers ». A la connaissance des examinateurs, cette amende serait l'amende la plus importante jamais infligée à une entreprise condamnée en application de l'art. 102 CP. Alstom Network Schweiz AG a par ailleurs été condamnée à verser CHF 36.4 millions (€29,5 millions) correspondant au bénéfice estimé réalisé par les différentes sociétés du groupe lors des marchés passés avec la Lettonie, la Malaisie et la Tunisie. Les pots-de-vin distribués se sont élevés, respectivement, à environ €897 000, €7.7 millions et €2.7 millions (soit un total d'environ € 9.8 millions de pots-de-vin distribués). Un regard porté sur les quelques décisions judiciaires concernant des personnes morales dans des affaires autres que la corruption transnationale, liées à du blanchiment d'argent, montre quant à lui que, lors de l'application des dispositions de l'art. 102 al. 2 CP à un intermédiaire financier (voir Annexe 4, encadré 2), l'entreprise a été condamnée, par un tribunal, à une amende de CHF 250000, au lieu des CHF 2.6 millions requis par le Ministère Public soleurois. Dans un autre dossier, concernant un défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} CP ; art. 102 al 1 CP) par un établissement financier, ce dernier s'est vu infligé, par voie d'ordonnance pénale, une amende de CHF 300 000 (voir Annexe 4, encadré 2).

(iii) *Sanctions complémentaires*

37. L'art. 67 CP, en vigueur depuis 2007, prévoit l'interdiction totale ou partielle d'exercer toute activité professionnelle si l'auteur a commis une infraction dans l'exercice de son activité et a été condamné à une peine de réclusion de plus de 6 mois ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende (CHF540'000/€490'000). Celle-ci n'a pas encore reçue d'application par les tribunaux suisses dans le domaine de la corruption transnationale. Une autre sanction en vigueur depuis la Phase 2 de la Suisse est la publication du jugement (art. 68 CP) si l'intérêt du public, du lésé ou de la personne habilitée à porter plainte l'exigent. Le droit suisse ne contient pas de dispositions prohibant l'accès aux marchés publics suisses d'une entreprise condamnée pour corruption (voir *infra*, la section du rapport abordant la question des marchés publics).

b) *Sanctions prononcées dans le cadre de procédures dites « spéciales » (ordonnance pénale et procédure simplifiée) et des dispositions sur la « Réparation »*

38. Il a été vu que dans les deux seules affaires de corruption transnationale ayant abouti à une condamnation en Suisse, les autorités cantonales genevoises et fédérales ont choisi une ordonnance pénale au lieu d'engager l'accusation devant une juridiction du fond. Il a été vu aussi que l'enquête pénale dirigée contre Alstom SA a été classée au terme des dispositions de l'art. 53 CP sur la « Réparation ». La procédure simplifiée, pratiquée de manière plus ou moins informelle dans le passé, malgré l'absence de dispositions légales y relatives dans l'ancienne loi de procédure pénale fédérale et dans les anciens codes de procédure cantonaux (à trois exceptions près : Bâle-Campagne, le Tessin et Zoug), a quant à elle été introduite en 2011 dans le nouveau code de procédure pénale suisse (art. 358 et suiv. CPP).

39. L'ordonnance pénale, que la plupart des cantons connaissaient déjà avant son introduction récente dans le nouveau code de procédure pénale suisse, permet au ministère public, à certaines conditions fixées par la loi (art. 352 et suiv. CPP), de régler une affaire sans la renvoyer devant un tribunal après avoir considéré qu'une peine privative de liberté de six mois au plus est adaptée aux reproches retenus à charge. La procédure dite « simplifiée » permet de son côté à la personne accusée d'une infraction, à certaines conditions, de négocier sa condamnation : en échange notamment de la reconnaissance des faits par le prévenu, les parties conviennent d'une sanction. L'ordonnance pénale porte sur une peine

d'emprisonnement de 6 mois maximum (contre 5 ans pour la procédure simplifiée)²⁶. La mesure de « Réparation », comme l'a définie le Conseil fédéral dans son Message lors de l'introduction de la disposition dans le code pénal suisse, consiste quant à elle en une exemption de peine dès lors que l'auteur de l'infraction a fait tous les efforts que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour compenser le tort causé.²⁷

40. S'agissant des dispositions sur la « Réparation » (art. 53 CP), celles-ci permettent le cas échéant à l'auteur d'une infraction de bénéficier d'un abandon des poursuites, de ne pas être renvoyé devant un tribunal ou de ne pas se voir infliger une peine dès lors qu'il se soit employé à réparer le dommage et que l'intérêt public à poursuivre soit peu important²⁸. La réparation du dommage n'entraîne l'exemption de peine que si les exigences légales sont remplies. Il faut en premier lieu que les conditions d'un ajournement de la peine au sens de l'art. 42 CP soient réunies²⁹ ; il faut en outre que l'intérêt de la personne lésée et l'intérêt public à la poursuite pénale soient peu importants³⁰. Dans la procédure à l'encontre de la société mère de la filiale suisse Alstom Network Schweiz AG, le MPC a décidé de la clôturer au titre de l'art. 53 CP après avoir conclu que la responsabilité d'Alstom SA était minime, parce que celle-ci s'était employée à réparer le dommage et avait pris des mesures correctrices, et que l'intérêt public à la poursuite pénale était peu important dès lors que sa filiale suisse avait déjà été condamnée³¹.

41. De telles procédures présentent incontestablement des avantages pour les magistrats du parquet, notamment parce qu'elles rendent les procédures plus rapides en réduisant leurs coûts. L'utilisation de telles procédures dans des dossiers de corruption transnationale n'est pas propre à la Suisse : celles-ci existent dans plusieurs Parties à la Convention OCDE sous diverses formes et, dans ces pays, ces

²⁶ Dans la procédure simplifiée, l'acte d'accusation accepté par toutes les parties est transmis au tribunal, qui se charge de vérifier que le prévenu reconnaît bien les faits et que sa déposition concorde avec le dossier ; le tribunal ne procède à aucune administration de preuve, par contre il vérifie celles administrées par le procureur. Si les conditions légales sont réunies, il assimile l'acte d'accusation à un jugement. C'est en principe au prévenu de demander la négociation, qu'il est par ailleurs libre d'accepter ou de refuser au terme de l'arrangement proposé par le procureur. L'ordonnance pénale consiste quant à elle en une proposition de condamnation du Ministère public faite au prévenu qui, si elle ne fait pas l'objet d'une opposition de ce dernier, est assimilée à un jugement entré en force. Dans le cas d'une opposition du prévenu à la proposition de jugement, la cause est alors renvoyée devant un tribunal.

²⁷ Message concernant la modification du code pénal suisse du 21 septembre 1998 (FF 98.038) : www.fr.ch/saspp/files/pdf19/message_cf_ncp.pdf

²⁸ Art. 53 CP : « Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine: a. si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies (art. 42) et b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants. ».

²⁹ Voir : www.admin.ch/ch/f/rs/311_0/a42.html

³⁰ Art. 53 CP (Réparation).

³¹ Dans le dossier Alstom, l'enquête pénale dirigée contre la société mère a été classée au titre des dispositions sur la « Réparation » après que le MPC ait tenu compte du fait que l'enquête ait démontré que le groupe avait fait des efforts notables afin de développer les réglementations nécessaires visant à empêcher le versement de sommes illégales, en particulier de montants corruptifs, dans le cadre de ses structures ; que la société Alstom Network Schweiz AG avait été créée dans le but de centraliser les flux de paiements en faveur des consultants et également dans le but d'assurer un meilleur respect des devoirs de compliance et que l'enquête n'avait pas permis de mettre en évidence un agissement systématique par l'utilisation de « caisses noires » ; que le groupe avait corrigé les carences constatées en renforçant le rôle du service Ethics & Compliance ; que Alstom SA avait accepté de verser CHF 1 million à titre de « Réparation » et que sa filiale suisse Alstom Network Schweiz AG avait déjà fait l'objet d'une condamnation par voie d'ordonnance pénale. Cf. Décision sur la clôture de la procédure pénale, paras. 1.2.1 à 1.2.9 citée en ndbp 15).

instruments se sont parfois révélés utiles, ce qui se reflète dans le tableau comparatif sur la mise en œuvre de la Convention élaboré par le Groupe de travail³². Pourtant, elles ne sont pas sans susciter des interrogations, en l'absence de documents ou lignes directrices encadrant leur usage par les magistrats et du fait du caractère parfois confidentiel de la décision rendue, comme c'est le cas pour les ordonnances pénales : celles-ci en effet sont rendues sans débats publics, sont notifiées par écrit et ne sont accessibles qu'aux « personnes intéressées » (art. 69 al. 2 CPP) ou bien, selon une jurisprudence du Tribunal Fédéral, qui s'applique également aux décisions de classement, aux personnes intéressées, lorsque « le requérant démontre un intérêt digne de protection à l'information et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à la consultation requise » (TF BGE 134 I 286 S. 287). Sauf si le ministère public en décide autrement, comme cela a été le cas dans le cadre de la procédure engagée contre Alstom qui a donné lieu à un communiqué de presse du MPC et la mise à la disposition du public temporaire, par le biais de l'internet, tant de l'ordonnance pénale que de l'ordonnance de classement.³³ De plus, dans le cadre d'une affaire réglée par ordonnance pénale, aux termes des dispositions de l'art. 353 CPP portant sur son contenu, la décision n'a pas à être motivée de manière circonstanciée, comme l'illustre l'ordonnance rendue à l'encontre de la filiale suisse d'Alstom : dans celle-ci, si Alstom Network Schweiz AG se voit imposée une amende de CHF 2.5 millions, soit la moitié de l'amende maximale, l'ordonnance est silencieuse sur la méthode de calcul pour déterminer le montant de l'amende. De l'avis du Groupe de travail, en tant que de besoin et en conformité avec les règles de procédure applicables, la Suisse devrait rendre publiques, chaque fois que ces procédures sont utilisées, les raisons plus détaillées ayant motivé le choix de celles-ci, ainsi que des conditions de la décision et des sanctions rendues.

42. S'agissant de la procédure simplifiée, du fait de son introduction récente à l'échelle du pays tout entier, la pratique montrera son impact en matière de prononcé des peines, notamment dans des dossiers impliquant des entreprises, la doctrine retenant unanimement la possibilité pour le ministère public d'en faire usage. L'absence d'expérience avec cette procédure ne permet pas au Groupe de travail d'exprimer une opinion sur le type d'arrangements qui pourrait en découler ; son application pratique devrait cependant faire l'objet d'un suivi particulier de la part du Groupe dans le but d'assurer que l'usage qui en est fait se fonde sur les principes de prévisibilité et de transparence.

Commentaire :

Les examinateurs principaux notent l'amende record prononcée en Suisse à l'encontre d'une personne morale au titre des dispositions du code pénal sur la corruption d'agents publics étrangers et estiment que les poursuites engagées contre le groupe Alstom dans son ensemble témoignent de la volonté des autorités suisses de combattre la corruption active d'agents publics étrangers. Ils estiment que les sanctions dans cette affaire sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

Au vu des peines appliquées dans le dossier de corruption transnationale impliquant une personne physique dans un canton, les examinateurs principaux considèrent que, dans le contexte des poursuites à l'encontre des personnes physiques, les sanctions pénales ne sont pas suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives. Pour cette raison, les examinateurs invitent le Groupe de travail à procéder à un suivi de la pratique dans ce domaine.

³² The Comparative Table of Enforcement Data Collected from the 38 Parties to the Anti-Bribery Convention (OCDE).

³³ Ainsi dans le cas de l'affaire Alstom, le MPC avait rendu accessible les ordonnances sur le site internet du MPC pendant 15 jours après leur entrée en force.

Les examinateurs relèvent par ailleurs que l'utilisation des procédures spéciales et de la mesure de Réparation est une méthode innovante de règlement des affaires et a contribué à l'activité répressive de la Suisse. De l'avis des examinateurs, les autorités de poursuite devraient, en tant que de besoin et en conformité avec les règles de procédures applicables, rendre publiques, de manière plus détaillée, les raisons ayant motivé le choix de telle ou telle procédure, ainsi que des conditions de la décision et des sanctions rendues. Pour ces raisons, les examinateurs recommandent également que la possibilité offerte au ministère public de (i) juger l'infraction de corruption d'agents publics étrangers par la voie de la procédure de l'ordonnance pénale ; (ii) d'entrer en négociation avec le prévenu dans le cadre de la procédure simplifiée et (iii) de faire usage des dispositions du code pénal sur la Réparation fasse l'objet d'un suivi par le Groupe de travail au fur et à mesure que la pratique se développe afin d'assurer le caractère prévisible et transparent des trois procédures. Par ailleurs les examinateurs invitent le Groupe de travail à effectuer un suivi des peines appliquées, y inclus dans le cadre de l'ordonnance pénale et de la procédure simplifiée.

4. Confiscation du pot-de-vin et du produit de la corruption

43. C'est une politique proactive que mène la Suisse en matière de confiscation, comme déjà noté dans le Rapport de Phase 2. Entre 2008 et juin 2011, CHF 108.2 ainsi que USD 32 millions ont été confisqués par le MPC en lien avec la corruption de fonctionnaires étrangers. Ce chiffre ne tient pas compte des CHF 18.8 millions confisqués en lien avec le programme de l'ONU « Pétrole contre nourriture » ainsi que des montants confisqués par les cantons, ni des montants confisqués dans le cadre de l'affaire Alstom. Les confiscations au cours de cette période ont concerné tant les avantages accordés, directement par des entreprises ou bien par le biais de sociétés écrans ou de sociétés boîte aux lettres, aux fonctionnaires (argent liquide, transferts de fonds ou cadeaux) que le produit de la corruption (ou son équivalent). Aucune condamnation judiciaire n'a été prononcée contre les responsables de la corruption dans le cadre des procédures décrites ci-dessus ayant abouti à la confiscation des avantages distribués ou du produit de la corruption. Par contre, dans la procédure conduite à l'encontre de la filiale suisse du groupe industriel français Alstom et clôturée en novembre 2011, outre la condamnation à verser une amende de CHF 2.5 millions prononcée à l'encontre de Alstom Network Schweiz AG, celle-ci s'est vue infligée une créance compensatrice de CHF 36 millions (environ €29 millions) correspondant au bénéfice estimé réalisé lors des marchés passés avec la Lettonie, la Malaisie et la Tunisie. S'agissant des avantages distribués, comme noté plus haut, les décisions rendues le 22 novembre 2011 ne mettent pas un terme à l'affaire Alstom : au moment de l'examen de la Suisse en Phase 3, des procédures étaient encore en cours à l'encontre de personnes physiques, soupçonnées de corruption passive, ou à l'encontre de consultants.

44. Si les montants sont souvent confisqués en l'absence même de condamnations, c'est parce que le droit suisse permet aux juges à procéder à la confiscation des instruments et du produit des infractions, même si aucune personne déterminée n'est punissable et « si ces objets compromettent ... la morale ou l'ordre public » (art. 69-71 CP)³⁴. Par ailleurs, les articles 376-378 CPP autorisent le ministère public à rendre une ordonnance de confiscation indépendamment d'une procédure pénale. A l'instar de la confiscation d'objets dangereux (art. 69 CP), la confiscation de valeurs patrimoniales (art. 70ss CP) est possible alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, c'est-à-dire lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être identifié, qu'il est décédé ou irresponsable ou qu'il s'est enfui à l'étranger et qu'il n'a pas été extradé. Dans tous les cas, la confiscation suppose réunis les éléments constitutifs d'une infraction - même si la culpabilité de son auteur n'est pas examinée - et un lien entre celle-ci et les objets à

³⁴ Sous l'art. 70 CP, les juges sont obligés de prononcer la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction et, si leur montant ne peut être déterminé avec précision, de procéder à une estimation. L'art. 71 CP permet quant à lui la confiscation de l'équivalent des valeurs patrimoniales lorsque celles-ci sont indisponibles.

confisquer. Aussi, lorsque la confiscation ne peut être prononcée dans le cadre d'une procédure pénale, elle doit l'être aux conditions précitées. Par ailleurs, les règles de procédure des articles 376ss CPP doivent être respectées. Lors de la visite sur place, les magistrats du parquet ont expliqué que ces dispositions leur permettaient notamment d'outrepasser le refus d'un État étranger de répondre à une demande d'entraide judiciaire de la Suisse, et donc constituaient souvent une stratégie alternative à la poursuite pénale des responsables de la corruption à l'étranger en l'absence de coopération de la part de magistratures étrangères.

Commentaire :

Les examinateurs principaux félicitent la Suisse pour son approche proactive en matière de confiscation de l'instrument et du résultat de la corruption d'agents publics étrangers, comme en témoignent notamment les importantes confiscations opérées dans le cadre de l'affaire Alstom, qui est un exemple de bonne pratique. Ils reconnaissent que la confiscation peut, dans certains cas, lorsqu'il est impossible de mettre à jour l'ensemble du schéma corrupteur du fait du refus explicite ou implicite de coopérer de la part de pays étrangers, se révéler plus efficace que les poursuites à l'encontre des personnes responsables qui, souvent, résident à l'étranger. Ils soulignent l'importance que la confiscation soit complémentaire à la poursuite de l'infraction de corruption transnationale chaque fois que cela est possible et non une alternative à celle-ci.

5. Enquêtes et poursuites concernant l'infraction de corruption transnationale

45. Au moment de l'évaluation de Phase 3, la Suisse vivait, en matière de procédure pénale, une période de grande transformation puisque, aux 29 codes de procédures (26 codes cantonaux et 3 lois fédérales) qui avaient jusqu'alors coexisté pour régler la matière pénale, s'est substitué, depuis le 1^{er} janvier 2011, le nouveau Code de procédure pénale suisse (CPP). Parmi les évolutions les plus marquantes du nouveau Code figurent le choix du modèle de poursuite unique pour toute la Suisse et la disparition du juge d'instruction, et la possibilité désormais pour les parties de parvenir à une solution négociée dans le cadre de la procédure dite « simplifiée ».

a) Principes d'enquêtes et de poursuites, moyens d'enquête, ressources et coordination

(i) Pouvoir de juridiction en matière de dossiers de corruption d'agents publics étrangers

46. Comme au moment de la Phase 2, en Suisse, la répression de la corruption transnationale est de la compétence de la Confédération lorsque l'acte punissable a été commis pour une part prépondérante à l'étranger ou dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux (art. 24 al. 1 CPP). Où la compétence fédérale n'est pas donnée, la poursuite est du ressort des cantons. De l'avis des magistrats du MPC entendus sur place, dès lors que dans beaucoup des dossiers de corruption transnationale les faits se déroulent de manière prépondérante à l'étranger ou rayonnent sur plusieurs cantons, la poursuite de l'infraction relève en premier lieu de la compétence de la Confédération. Les données statistiques fournies par la Suisse montrent que les cantons sont également actifs dans la poursuite de l'infraction : au moment de la Phase 3, une procédure sur six ouvertes en Suisse l'était dans les cantons.

(ii) Règles en matière de poursuite pénale

47. A l'instar des anciens codes de procédures, le CPP consacre le principe de l'obligation de poursuivre (art. 7 CPP, caractère impératif de la poursuite): le ministère public se doit en effet de poursuivre tous les délinquants et rechercher tous les faits pertinents pour leur jugement. Jusqu'à l'entrée en vigueur du CPP certains codes de procédure cantonaux prévoyaient un principe d'opportunité des poursuites très large. Le nouveau code de procédure pénale a opté pour une application mesurée du

principe de l'opportunité, tel que la connaissait la majorité des cantons (art. 8 CPP). Le Ministère public dirige désormais de bout en bout la procédure, les magistrats d'instruction qui existaient au sein de la Confédération et dans plusieurs cantons ayant disparu.

48. Les magistrats ont, conformément au Code de procédure pénale, la faculté de renoncer à poursuivre dans les situations suivantes : lorsque l'infraction n'est pas de nature à influencer sur la fixation de la peine en raison des autres infractions mises à la charge du prévenu; lorsque, sur la peine encourue pour l'infraction poursuivie, une peine de durée équivalente prononcée à l'étranger devra être imputée ; lorsque la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes ; et lorsque l'auteur a accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé et l'intérêt public à poursuivre est minime (art. 53 du Code Pénal sur la « Réparation »). Existe une dernière situation où le ministère public peut renoncer à poursuivre : lorsque la poursuite est déléguée à une autorité étrangère ou lorsqu'une procédure est déjà ouverte à l'étranger pour un même complexe de faits.

49. Le rôle du parquet et les initiatives que la loi lui réserve désormais à toutes les phases de la procédure, y compris la possibilité d'entamer une procédure simplifiée ou de procéder à une condamnation par ordonnance pénale, pourraient faire craindre des risques de considérations indues dans le cadre d'une procédure conduite au titre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, en particulier lorsque le ministère public est placé sous l'autorité politique. Si la question a été évacuée au sein de la Confédération où le parquet ne dépend plus du Département de justice et police mais est soumis à la surveillance d'une autorité *ad hoc* élue par le Parlement composée de magistrats, d'avocats et d'experts (articles 20, 23 et suiv. de la nouvelle loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération – LOAP – entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011), et a été ou était sur le point d'être réglée dans plusieurs cantons en train de revoir la structure de leur parquet³⁵, dans les cantons où le ministère public reste soumis à l'Exécutif ou au pouvoir législatif, du fait du système de désignation de ses membres (nomination par le pouvoir exécutif ou bien élection par le parlement, cette dernière rendant obligatoire l'affiliation des magistrats à un parti politique pour être élus), la réflexion du parquet pourrait intégrer des critères d'opportunité potentiellement contraires à une lutte efficace contre la corruption transnationale.

50. Selon l'ensemble des magistrats entendus sur place, le risque de considérations indues serait toutefois tempéré par plusieurs éléments. D'une part, par le fait que le CPP n'a consacré qu'un principe d'opportunité limitée des poursuites. D'autre part, la décision de ne pas poursuivre ou d'entamer une procédure simplifiée ne peut pas être prise pour des motifs d'ordre politique, les autorités pénales suisses étant, au terme de l'art. 4 al. 1 CPP, « indépendantes dans l'application du droit et ne sont soumises qu'aux règles du droit ». Qui plus est, dans le cadre de la procédure simplifiée, le tribunal saisi peut, en connaissance de l'intégralité du dossier, vérifier la conformité du jugement proposé avec les faits établis. Enfin, selon le représentant du ministère public du canton de Genève, l'élection du Procureur général par le peuple – seul canton à appliquer ce système – mettrait son Procureur général à l'abri de toute tutelle politique, en dépit même du fait que le système de nomination exige une affiliation à un parti politique pour être élu, et préserverait ainsi son indépendance.

³⁵ Voir, à ce sujet, le Rapport de conformité sur la Suisse adopté par le GRECO en mars 2010 (pp. 4-5) : [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2\(2009\)2_Switzerland_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC1&2(2009)2_Switzerland_FR.pdf)

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent de la confirmation par les autorités judiciaires suisses que l'intérêt économique national ou des motifs d'ordre politique n'entrent pas en ligne de compte dans la décision de poursuivre. Ils estiment que dans le cadre de la nouvelle procédure pénale, la question de l'indépendance des organes de poursuite peut jouer un rôle considérable dans l'exclusion de tels motifs et recommandent en conséquence que la Suisse encourage les cantons où le Ministère public reste soumis à la tutelle d'une autorité politique de s'assurer de son autonomie vis-à-vis de celle-ci.

(iii) *Les moyens d'enquête et la prescription applicable à l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers*

51. Le rapport de Phase 2 sur la Suisse avait noté la grande diversité de moyens d'investigation dont disposent les autorités judiciaires tant au moment de l'enquête préliminaire qu'au cours de l'instruction d'un dossier de corruption d'agents publics étrangers (levée du secret bancaire, saisies et blocages des comptes bancaires, interception de communications, agent infiltré). Cette situation est restée inchangée avec l'entrée en vigueur du CPP, celui-ci introduisant même une nouveauté : la possibilité pour les enquêteurs, avec autorisation de la justice, de surveiller les relations bancaires pour observer les opérations et les mouvements de certains comptes (article 284 CPP).

52. Un casier judiciaire central entièrement informatisé baptisé « Vostra » est désormais à la disposition des autorités de poursuite afin d'assurer, entre autres, qu'il n'y ait pas deux enquêtes pour les mêmes faits. Figurent dans ce casier les condamnations et les procédures pénales pendantes concernant les personnes physiques, y compris les Suisses condamnés à l'étranger. Dans l'avenir, ce fichier devrait aussi inclure les condamnations des entreprises, la Suisse travaillant au moment de l'examen de Phase 3 à l'élaboration de la base légale d'un tel fichier dont la procédure de consultation est prévue d'ici fin 2011. Par ailleurs, en plus des jugements pénaux, depuis 2009 sont publiées par l'Office fédéral de la statistique (OFS) des données relatives aux infractions pénales enregistrées par la police, sur la base de saisies harmonisées. Cependant, seules les infractions pénales traitées par les autorités de police sont prises en compte, pas celles traitées par les ministères publics.

53. Pour conduire leurs enquêtes, magistrats et policiers disposent, comme cela avait été déjà noté dans le rapport de Phase 2, d'un délai de prescription pénale long : 15 ans. Selon les procureurs entendus sur place, ce délai de prescription serait applicable aux poursuites engagées contre des entreprises, encore que, pour une partie de la doctrine, parce que l'art. 102 CP consacrerait une nouvelle infraction pénale (celle du défaut d'organisation), le délai de prescription de droit commun (3 ou 7 ans selon les cas), et non celui propre à l'infraction de corruption d'agent public étranger, leur serait applicable³⁶. Depuis la visite sur place, une ordonnance pénale rendue par le MPC à l'encontre d'un établissement financier et entrée en force, dans laquelle le ministère public a appliqué la prescription correspondant au délit qui était à la base

³⁶ Concernant les poursuites engagées contre les entreprises, il existe en effet une controverse doctrinale sur la nature de l'art. 102, comme norme d'imputation ou comme nouvelle infraction, qui joue sur l'application de la prescription. Si l'art. 102 est une norme d'imputation à l'infraction originale, le délai de prescription applicable à celle-ci s'applique aussi à la poursuite de l'entreprise. Ce sera donc 15 ans dans les cas de corruption transnationale. Par contre, si l'art. 102 constitue une nouvelle infraction de défaut d'organisation au sein d'une entreprise, il sera nécessaire de la définir : si c'est une infraction *sui generis*, ce sera un délai de prescription de 7 ans (art. 97, al. 1 CP) ; si c'est une contravention, définie comme une infraction passible d'une amende (art. 103 CP), ce sera un délai de prescription de 3 ans. Cf. A. Macaluso, « L'Ordonnance pénale comme mode de clôture des procédures dirigées contre l'entreprise selon le CPPS », *Jusletter*, 2 mai 2011 ; B. Perrin « La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse », *Corporate Criminal Liability*, M. Pieth, R.Ivory (eds), 2011.

de l'imputation pénale, est venue confirmer l'approche du parquet selon laquelle l'art. 102 est une norme d'imputation à l'infraction originale et non une nouvelle infraction de défaut d'organisation (Ordonnance pénale du MPC du 15 juillet 2011 - voir Annexe 4, encadré 2).

54. Magistrats du parquet, lors de la visite sur place, se sont montrés dans l'ensemble satisfaits des moyens d'enquête que leur offre la loi, jugés comme adéquats au regard des abondants moyens de preuves qu'exigent des affaires complexes de corruption transnationale. Les critiques, lorsqu'elles existent, concernent la possibilité restreinte de mise à charge des coûts élevés qu'impliquent les enquêtes de grande envergure. A été mentionnée dans ce contexte, par les représentants du MPC, le maximum légal pour les émoluments limités par la loi à CHF 100'000 (environ EUR 80'000) (art. 73 LOAP).

(iv) *Les ressources disponibles pour les enquêtes*

55. Lors de la Phase 2 de la Suisse, le Groupe de travail avait décidé d'effectuer un suivi, en fonction de la pratique, afin de vérifier la mise à disposition des autorités de la Confédération de moyens nécessaires pour assurer la poursuite efficace de l'infraction de corruption. 8 ans après l'octroi à la Confédération de ses nouvelles compétences, le bilan dressé par les participants gouvernementaux et non-gouvernementaux aux panels de discussion sur place est apparu mitigé.

56. Si l'attribution de ces compétences s'est immédiatement suivie d'une augmentation du personnel au sein du MPC, celle-ci a, par la suite, dû marquer une pause en raison de contraintes budgétaires affectant l'ensemble du pays. Ces difficultés dans l'application de la réforme en matière de nouvelles compétences à la Confédération ont eu des répercussions sur la conduite des enquêtes. C'est pour répondre à ces problèmes que fut entreprise à partir de 2007 la concentration des efforts de l'institution judiciaire fédérale et le renforcement de la formation de ses collaborateurs sur les seules procédures complexes et de grande envergure de criminalité économique, y compris la corruption transnationale, et l'entraide judiciaire liées à ces affaires. A été créé dans ce contexte un nouveau centre de compétence chargé des affaires de criminalité économique et de corruption transnationale (WIKRI), composé de 7 procureurs et procureurs suppléants responsables des affaires de criminalité économique (y compris la corruption transnationale). Depuis 2002 déjà, une unité spécialisée en matière d'entraide internationale avait été créée ; au moment de la visite sur place, elle comptait 7 procureurs et procureurs suppléants.

57. Cette réforme n'a toutefois pas donné tous les résultats escomptés. Ont continué à être pointés, dans les médias, les organisations civiles et les cercles politiques, la longueur des procédures ainsi que le nombre plus faible qu'attendu des mises en accusation et des jugements. Si les magistrats du MPC entendus sur place ont écarté les critiques selon lesquelles l'absence à ce jour de condamnations au niveau fédéral serait due avant tout à des ressources insuffisantes, pointant au contraire la difficulté de collecter des preuves à l'étranger comme la première des raisons de la longueur des procédures, ils ont admis qu'un nombre accru de procureurs et d'analystes financiers permettrait sans doute d'ouvrir un plus grand nombre de procédures pour corruption transnationale. Le Procureur Général de la Confédération avait lui-même souligné, dans un entretien publié au début 2011 dans le journal *Sonntagszeitung*, qu'afin de garantir une plus grande efficacité dans les procédures, le MPC avait besoin de davantage de policiers et de personnel spécialisé.

58. Les discussions sur place avec les représentants des ministères publics cantonaux ont, de leur côté, montré que ceux-ci étaient en général satisfaits des ressources mis à leur disposition pour conduire des enquêtes sur ce type de criminalité, même si il n'y avait pas le niveau de spécialisation en corruption transnationale trouvé au MPC : en moyenne, les cantons de Bâle-Ville, Berne, Genève, et Zoug disposent de 7 à 8 procureurs, épaulés par des enquêteurs et analystes financiers souvent réunis au sein d'une brigade spécialisée, pour traiter de dossiers de criminalité économique.

(v) *Coopération et coordination entre autorités judiciaires pénales fédérales et cantonales*

59. Comme observé dans le rapport de Phase 2, la possibilité de procédures pénales concurrentes entre, d'une part, la Confédération et les cantons et, d'autre part, entre les cantons eux-mêmes requière coopération et coordination. Une jurisprudence est venue clarifier les situations qui relèvent de la seule compétence des cantons : elle sert de lignes directrices pour les magistrats³⁷. Lorsqu'une infraction est détectée par une autorité cantonale, celle-ci peut également solliciter le MPC qui dispose d'un bureau dédié pour trancher des questions de compétence ; en cas de conflit, revient au Tribunal pénal fédéral de trancher. Magistrats fédéraux et cantonaux consultent également régulièrement le fichier Vostra afin d'éviter des procédures concurrentes. Par ailleurs, afin d'assurer une unité de doctrine, une base de données, dénommée « Jivaro », permet aux autorités de poursuite d'obtenir et d'échanger des informations sur les affaires pénales traitées, y compris de poser des questions techniques ou d'approche pour profiter des points de vue et de l'expérience des procureurs affiliés au système. Au moment de la visite sur place, plus de 90 % des autorités de poursuite en Suisse avaient adhéré au système « Jivaro ».

60. Les procédures ouvertes par la Confédération ayant souvent des ramifications sur le territoire d'un ou plusieurs cantons, celle-ci peut leurs demander l'entraide judiciaire (art. 44 CPP). Lorsque les cantons restent compétents, la coopération intercantonale, reposant sur les mêmes normes, ne pose aucune difficulté non plus selon les magistrats cantonaux entendus sur place : un magistrat peut procéder lui-même à un acte d'enquête comme une perquisition sur le territoire d'un autre canton.

Commentaire :

Tout en se félicitant de la mise à la disposition de la poursuite pénale de moyens humains et techniques spécialisés, les examinateurs principaux sont inquiets de la quasi-absence de condamnations au titre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers depuis dix ans que la Suisse a introduit l'infraction en droit suisse. Au vu du nombre limité de mises en accusation et de condamnations, ils recommandent que la Suisse réexamine régulièrement les ressources à la disposition des parquets afin de lutter efficacement contre la corruption d'agents publics étrangers, en particulier dans le contexte de la mise en œuvre du nouveau Code de procédure pénale. En ce qui concerne le délai de prescription applicable aux cas de corruption transnationale commis par des personnes morales, les examinateurs recommandent également un suivi par le Groupe de travail, en fonction de la jurisprudence des tribunaux, afin de vérifier l'application continue du délai de prescription de 15 ans aux poursuites des personnes morales.

6. Blanchiment d'argent

a) Standards de responsabilité et applications judiciaires

61. Les dispositions légales visant à sanctionner le blanchiment de fonds associés à la corruption active d'agents publics étrangers n'ont pas changé depuis l'évaluation de la Suisse en Phase 2. Prescrit sous l'article 305^{bis} CP, l'acte de blanchiment en lien avec la corruption étrangère est 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 (principe de la double incrimination).

³⁷ Par exemple, en matière de blanchiment, un arrêt du tribunal fédéral a décidé que si les actes de dissimulation de l'origine criminelle des fonds se sont déroulés en Suisse, l'affaire reste du ressort des cantons.

62. Une jurisprudence récente est venue clarifier le droit en matière de double incrimination lorsque l'infraction préalable est la corruption. Dans un arrêt du 21 octobre 2010 portant sur le blanchiment d'avois d'un fonctionnaire italien corrompu, une lecture extensive de l'article 305^{bis} al. 3 CP a été faite par le Tribunal fédéral, celui-ci précisant que, dans le cas où l'infraction préalable a été commise à l'étranger, il suffit que le crime corresponde à des actes abstraitement punissables en Suisse lors de leur commission pour que l'art. 305^{bis} CP puisse trouver application : une double incrimination concrète n'est ainsi pas nécessaire (Arrêt 6B-900/2011). Dans cette affaire, si le fonctionnaire italien avait bien été condamné dans son pays pour corruption passive, c'était suite à un accord conclu entre lui et les autorités pénales italiennes (« *patteggiamento* ») et le dit accord n'établissait pas de manière claire l'infraction. Le TF, pour constater l'infraction préalable de corruption, s'est référé à des actes de la procédure italienne pour établir que certaines des sommes déposées par le fonctionnaire italien en Suisse provenaient de pots-de-vin, et cela en l'absence même d'une constatation officielle de la justice italienne à ce sujet.

63. La juridiction fédérale a également eu l'occasion de préciser la notion de produit d'un crime selon le droit suisse. Dans son arrêt 6B_221/2010c du 25 janvier 2011, le TF a examiné si le bénéfice réalisé par le corrupteur, grâce au contrat entaché de corruption, pouvait être considéré comme « valeurs patrimoniales provenant d'un crime » au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1 CP et donc être susceptible d'être confisqué. Sur le principe le TF a admis cette thèse soutenue par le MPC. Le TF a jugé que l'avantage indirect doit être en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'acte de corruption sans forcément en être la conséquence directe et immédiate. En l'espèce, le maire d'une ville italienne avait été corrompu dans le cadre d'une centrale thermique sur le point d'être fermée. Dès lors qu'il n'est pas certain que ladite centrale aurait fermé ses portes à défaut de l'acte de corruption, le lien de causalité naturelle n'était pas suffisamment établi.

64. Le nombre de condamnations prononcées à l'encontre d'auteurs de blanchiment en application de l'art. 305^{bis} CP a connu une forte augmentation depuis la Phase 2, de l'ordre de 160 par an en moyenne au cours des années 2005 à 2010. Il est difficile de connaître, parmi celles-ci, celles qui ont été prononcées pour blanchiment en lien avec la corruption nationale ou transnationale, la Suisse n'étant pas en mesure de fournir de tels chiffres. Comme lors de la Phase 2, les magistrats entendus sur place ont expliqué que, dans des dossiers de blanchiment associé à la corruption transnationale, il est parfois difficile de prouver l'origine criminelle des fonds, tout particulièrement lorsque l'infraction préalable de corruption d'agents publics étrangers a été commise à l'étranger. Dans ce contexte, les examinateurs ont noté le délai de prescription plus court applicable au blanchiment (sept ans), comparé à celui applicable à l'infraction de corruption transnationale (quinze ans) – sauf dans les cas de blanchiment aggravé pour lesquels le délai de prescription est également de 15 ans³⁸ : faute de temps suffisant, les magistrats suisses ne seraient pas toujours en mesure d'apporter la preuve suffisante de l'origine criminelle des fonds « sales » placés en Suisse.

b) Détection et signalement de soupçons de blanchiment lié à la corruption transnationale

65. La source la plus fréquente d'informations de corruption transnationale auprès du MPC est constituée des dénonciations transmises par le Bureau de communications en matière de blanchiment d'argent (MROS): sur les 32 dossiers de corruption transnationale faisant l'objet d'une enquête au MPC au moment de la visite sur place, 24 avaient comme origine le MROS. Au constat fait par les examinateurs qu'un nombre plus important de communications du MROS que de procédures engagées par le MPC avait concerné des soupçons de corruption (nationale et transnationale) (574 communications entre 2005 et

³⁸ Selon les dispositions de l'art. 305^{bis} al. 2 CP, un cas est qualifié de grave lorsque l'auteur du blanchiment appartient à une organisation criminelle ou bien à une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment ou fait le blanchiment d'argent son métier.

2010), les autorités ont expliqué que la différence entre les deux tenait au fait que souvent plusieurs communications concernent un seul et même cas de corruption.

66. Depuis 2009, la FINMA (Autorité de surveillance des marchés financiers) est l'autorité de contrôle des fournisseurs de services financiers, y compris au regard du respect de la législation anti-blanchiment. En Phase 2, le Groupe de travail avait recommandé à la Suisse de mieux sensibiliser les autorités anti-blanchiment à la nécessité de recourir à l'éventail complet des sanctions disponibles à des fins de dissuasion du blanchiment de capitaux liés à la corruption transnationale (Recommandation 3e). Depuis, les sanctions pénales ont été accrues et de nouvelles sanctions administratives introduites afin de réprimer plus efficacement les intermédiaires financiers qui ne satisfont pas à l'obligation légale de vigilance³⁹. Par ailleurs, la notion d'intermédiaires financiers a été étendue aux « sociétés de domicile », celles-ci pouvant être des personnes morales, des compagnies, des fondations, des trusts, des entreprises fiduciaires et autres entités qui n'exercent pas des activités commerciales ou manufacturières en Suisse ou dans un autre pays (Ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel). Depuis sa création, la FINMA est intervenue 46 fois auprès de banques en raison d'indices sur d'éventuels manquements au devoir de diligence. La commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) a prononcé en plus une trentaine de sanctions entre 2009 et 2011. Lors de la visite sur place, les représentants de la FINMA ont précisé qu'aucune de leurs actions n'étaient directement dues à des défaillances au regard de transactions en lien avec la corruption étrangère. De l'avis du Groupe de travail, l'approche proactive de la FINMA auprès des intermédiaires financiers et l'éventail élargi de sanctions disponibles satisfont la recommandation 3e de la Phase 2.

Commentaire :

Les examinateurs principaux félicitent la Suisse pour ses actions dans la détection et la répression du blanchiment, ainsi que pour l'élargissement de l'éventail des sanctions disponibles à la nouvelle autorité de surveillance, la FINMA. Afin de rendre plus efficace la répression du blanchiment en lien avec l'infraction de corruption d'agents publics étrangers lorsqu'il ne s'agit pas de blanchiment aggravé au sens de l'article l'art. 305^{bis} al. 2 CP, les examinateurs recommandent à la Suisse de considérer l'établissement d'un régime de prescription qui ménage un délai suffisant pour les enquêtes et les poursuites portant sur de tels dossiers.

7. Normes comptables, vérification externe et programmes de conformité des entreprises

a) Normes comptables

67. Lors de son évaluation de Phase 2 de la Suisse, le Groupe de travail, tout en ne formulant pas de recommandation spécifique, avait observé que les entreprises suisses étaient soumises à des prescriptions minimales en matière d'établissement des comptes et que l'étendue de l'obligation légale de tenir une comptabilité commerciale variait grandement selon leur nature juridique. Depuis, la Recommandation X.A de la Recommandation de 2009 renforce les obligations de l'article 8 de la Convention concernant les normes comptables et recommande que soit exigée des entreprises la divulgation de tous les éléments d'appréciation du passif éventuel dans leurs états financiers.

³⁹ L'exercice d'une activité sans autorisation, reconnaissance, agrément ou enregistrement est désormais puni d'une peine d'emprisonnement de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La peine en cas de non-respect des décisions de la FINMA a été doublé et est désormais de CHF 100'000. La FINMA a la possibilité de publier ses décisions avec les données personnelles des assujettis et de confisquer les gains acquis. Cf. art. 34- 35, 44 et 48 LFINMA.

68. Au moment de l'examen de Phase 3, les exigences en matière de tenue des comptes n'avaient pas fondamentalement changé. La situation, de l'avis des représentants de la profession comptable entendus lors de la visite sur place, devait toutefois s'améliorer dans un proche avenir, les autorités fédérales travaillant, au moment de l'évaluation de la Suisse en Phase 3, à une réforme du droit comptable en vue d'instaurer des règles comptables uniformes pour toutes les entreprises régies par le droit privé et d'améliorer la transparence des entreprises. En accord avec la pratique établie par le Groupe de travail, il n'est pas tenu compte des projets de loi lors de l'évaluation d'un pays. Néanmoins, si le projet de loi venait à être adopté en l'état, les entreprises individuelles, les sociétés de personnes et les personnes morales inscrites au registre du commerce seraient tenues de tenir une comptabilité selon des règles précises (art. 957 al. 1 ainsi que 958 ss. projet CO)⁴⁰. Des dispositions plus rigoureuses s'appliqueraient aux grandes entreprises⁴¹ et pour les groupes de sociétés (art. 961 ss. projet CO) : lorsque certaines conditions sont remplies, l'entreprise serait ainsi tenue de dresser ses états financiers selon une norme comptable reconnue (p. ex. Swiss GAAP RPC ou IFRS), ces états financiers devant refléter la situation économique réelle de l'entreprise (principe de sincérité ou de "*fair presentation*").

b) Vérification externe

69. Au moment de la Phase 2, le Groupe de travail avait observé certaines déficiences dans le régime alors applicable à la révision des entreprises, en particulier l'absence de normes adéquates permettant d'assurer les qualifications et l'indépendance des réviseurs. Depuis, la Recommandation X.B ii) de la Recommandation de 2009 invite les Parties à la Convention et les associations professionnelles à fixer les normes adéquates pour assurer l'indépendance des réviseurs. La Recommandation X.B i) énonce quant à elle le réexamen par les pays des règles concernant la vérification externe des comptes des entreprises afin de déterminer leur caractère adéquate ou non.

70. Depuis la Phase 2, la vérification externe en Suisse a fait l'objet d'une importante refonte. Le nouveau droit de la révision, consistant d'une part de la Loi sur la surveillance de la révision de 2007 (entrée en vigueur en Septembre 2007) ainsi que d'une révision des articles pertinents dans le CO (entrée en vigueur en janvier 2008), a redéfini les qualifications des auditeurs et réglé de manière détaillée l'indépendance de l'organe de révision, afin d'empêcher les conflits d'intérêt. Elle a instauré une autorité de surveillance étatique, l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR), qui assure, par un système d'agrément, que les prestations de révision ne sont fournies que par des professionnels suffisamment qualifiés⁴². De plus, les organes de révision des sociétés ouvertes au public (soit celles qui sont cotées en bourse, qui sont débitrices d'un emprunt par obligations ou dont les actifs ou le chiffre d'affaires représentent 20% au moins des actifs et du chiffre d'affaires des comptes de groupe d'une société cotée en bourse ou étant débitrice d'un emprunt par obligations) sont soumis à la surveillance de cette Autorité. Celle-ci consiste notamment en la possibilité pour l'Autorité de conduire des inspections au sein de l'entreprise de révision afin de vérifier le travail d'audit de l'organe de révision.

⁴⁰ Les entreprises individuelles, les associations et les fondations qui n'ont pas l'obligation de requérir leur inscription au registre du commerce devraient tenir uniquement une comptabilité des recettes et des dépenses ainsi que du patrimoine (art. 957 al. 2 projet CO).

⁴¹ Une entreprise est définie comme grande lorsqu'elle dépasse les seuils suivants : CHF 20 mio pour le total du bilan, CHF 40 mio pour le chiffre d'affaires et 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Les règles plus strictes concernent les comptes annuels (bilan, compte de résultats, annexe) et l'obligation d'établir un tableau de flux de trésorerie et un rapport annuel.

⁴² Dans le cadre de ce mandat, l'ASR a par exemple eu l'occasion de dénoncer une quarantaine de cas aux autorités pénales. Il s'agit de cas où des personnes physiques avaient effectué des travaux de révision sans disposer d'une autorisation de l'ASR.

71. Les dispositions concernant l'audit ont quant à elle été complétées et élargies. Indépendamment de leur forme juridique, toutes les sociétés ouvertes au public, les sociétés commerciales, les associations et les fondations⁴³ qui dépassent certains critères similaires à ceux déjà en usage dans l'UE sont désormais soumises à un contrôle externe approfondi (dit « ordinaire ») de leurs comptes annuels. Un contrôle externe « restreint » - qui se fonde sur des auditions, des opérations de contrôles analytiques et des vérifications détaillées appropriées - s'applique aux sociétés commerciales et fondations de petite taille. La renonciation au contrôle d'un réviseur n'est possible que pour les plus petites sociétés - celles qui n'emploient pas plus de dix personnes, les associations qui ne remplissent pas les critères chiffrés du contrôle ordinaire, et certaines fondations⁴⁴.

72. Depuis 2008, avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la révision, la thématique de la corruption et de la fraude représente pour l'auditeur une importance sensiblement plus grande qu'elle ne l'était au moment de l'examen de Phase 2, les mécanismes de signalement des manquements ayant été modifiés : ainsi lors d'un contrôle ordinaire, si l'organe de révision constate une violation grave de la loi ou des statuts ou si le conseil d'administration omet de prendre des mesures adéquates après un avertissement écrit de l'organe de révision, il en avertit non seulement le conseil d'administration mais également l'assemblée générale lorsque le type de structure implique l'existence de tels organes (art. 728c, al. 2, CO). Ainsi, une violation grave de la loi, ce qui inclut toute infraction pénale, comme la corruption doit être signalée simultanément et non seulement subsidiairement (comme dans l'ancien droit) à l'assemblée générale. Auparavant, l'assemblée était seulement informée subsidiairement. Plusieurs formations de la Chambre fiduciaire, ainsi que plusieurs numéros de la revue spécialisée de la Chambre, *L'expert-comptable suisse*, ont sensibilisé la profession aux nouvelles exigences de la loi au terme de l'art. 728 CO, ainsi qu'à la lutte contre la corruption transnationale.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent de la modernisation du système de révision des comptes. Afin de compléter le système déjà mise en place, ils recommandent à la Suisse, conformément à la Recommandation X.B v), d'envisager de requérir des vérificateurs externes des comptes de signaler des soupçons d'actes de corruption d'agents publics étrangers aux autorités compétentes, indépendantes de l'entreprise, telles que les autorités chargées de l'application des lois ou de la réglementation, et, le cas échéant, de s'assurer que les réviseurs externes qui procèdent de façon raisonnable et de bonne foi à de tels signalements sont protégés contre tout recours en justice. Les examinateurs recommandent également aux autorités suisses, dans le contexte de l'actuel mouvement législatif visant à une réforme du droit comptable, de poursuivre leurs efforts pour encourager la divulgation d'informations afin d'améliorer la prévention et la détection de corruption d'agents publics étrangers en conformité avec l'article 8 de la Convention et la Recommandation X.A. de la Recommandation de 2009.

⁴³ A la demande de l'organe suprême de la fondation, l'autorité de surveillance peut dispenser une fondation de l'obligation de désigner un organe de révision lorsque le total du bilan de la fondation au cours de deux exercices successifs est inférieur à CHF 200 000: que la fondation n'effectue pas de collectes publiques; et que la révision n'est pas nécessaire pour révéler exactement l'état du patrimoine et les résultats de la fondation (Ordonnance concernant l'organe de révision des fondations, SR 211.121.3).

⁴⁴ La renonciation d'une fondation à une vérification externe ne la libère pas de l'obligation de présenter un compte rendu à l'autorité de surveillance (voir : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/211.121.3.fr.pdf>).

c) *Programmes de conformité et de déontologie des entreprises et contrôles internes*

73. Au regard des différents aspects de la législation suisse, un programme de conformité peut revêtir une certaine valeur juridique lorsqu'il est question de corruption. En effet, comme noté plus haut dans le présent rapport, avec l'entrée en vigueur en 2003 de la punissabilité des entreprises, la responsabilité pénale des entreprises peut être engagée si elles n'ont pas prises toutes les mesures organisationnelles raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction de corruption, comme en témoigne la condamnation de la filiale suisse du groupe industriel français Alstom en novembre 2011 après que le MPC ait estimé que les normes en matière de conformité élaborées par le groupe n'avaient pas été imposées avec la ténacité voulue pour éviter des actes de corruption⁴⁵. Il existe en outre d'autres normes qui habilite des pays signataires de la Convention OCDE autres que la Suisse à demander, en cas de violation de leur législation nationale, des comptes à des sociétés suisses. Des entreprises suisses l'ont appris à leurs dépens au cours des dernières années. Afin de mettre fin à des procédures ouvertes contre elles par les autorités américaines qui leur reprochaient d'avoir enfreint le *Foreign Corrupt Practices Act*, Panalpina et ABB ont dû s'engager à payer l'une 82 millions, l'autre 58 millions de dollars américains à la justice américaine. Les PME ne sont pas épargnées : un sous-traitant fribourgeois de l'industrie automobile aurait versé, pour un cas présumé de corruption en Chine, remontant apparemment à 2009, une amende de USD 5 millions aux mêmes autorités américaines⁴⁶. Cette situation juridique exige des entreprises qu'elles portent un regard critique sur leur organisation et examinent leurs mesures de prévention contre la corruption.

74. Le rapport de Phase 2 indiquait que, dans le secteur privé, c'était surtout les grandes entreprises opérant à l'international qui tenaient compte des risques liés à la corruption et avaient mis en place des programmes visant à l'éviter. Selon les entreprises et les représentants d'Economiesuisse (la principale fédération des entreprises suisses) entendus sur place, cette tendance a continué au cours des dernières années : le nombre d'affaires de corruption impliquant certaines des compagnies les plus connues de Suisse aurait eu un impact sur l'attitude des entreprises à mettre en place des mesures pour essayer de prévenir des infractions de corruption par leurs agents ou employés. Le code de conduite de Panalpina, publié en 2008 suite à des soupçons de corruption dans le cadre de ses activités au Nigéria, aborde ainsi dans le détail la problématique de la corruption, en mettant en avant une politique claire et détaillée dans ce domaine, y compris au regard des paiements dits de facilitation. Cette dynamique de changement est confirmée par la littérature : sur les cent premières entreprises suisses cotées en bourse, le nombre d'entre elles disposant de principes déontologiques a augmenté de 27% au cours de la seule période 2006-08, passant de 42 en 2005 à 69 en 2008⁴⁷. Au moment de l'évaluation de la Suisse en Phase 3, il était attendu que la condamnation d'Alstom pour corruption d'agents publics étrangers par les autorités judiciaires fédérales accroisse la prise de conscience des entreprises suisses du risque d'être exposées à des poursuites pénales en Suisse.

75. Comme lors de la Phase 2, les pratiques des PME en matière de prévention apparaissent beaucoup plus en retrait. Les discussions avec Economiesuisse ont confirmé que l'application d'un programme de conformité demeurait un défi pour les PME. Cette observation transparait également d'une enquête, conduite par l'Institut suisse pour l'entrepreneuriat (SIFE), selon laquelle la plupart des PME suisses actives à l'étranger ne disposent pas de mesures visant à prévenir la corruption. En raison des moyens limités des PME, il s'agit ici d'une question horizontale qui n'affecte pas seulement la Suisse. Les discussions avec les magistrats de siège ont cependant suggéré que le caractère « raisonnable » des mesures exigées par l'art.102 al. 2 CP conduirait à tenir compte de la taille de l'entreprise et des contraintes financières pesant sur celle-ci.

⁴⁵ Cf. ordonnance pénale du MPC du 22 novembre 2011.

⁴⁶ « Pluie d'amendes sur les sociétés suisses aux USA », *La Liberté*, 18 novembre 2010.

⁴⁷ Fondation Ethos, *Code de conduite: Meilleures pratiques des plus grandes sociétés cotées en Suisse* (Genève, 2009).

d) *Audit des systèmes de contrôle interne*

76. Une innovation des dispositions législatives introduites en 2008 concernant l'audit est l'inscription dans la loi de l'obligation, pour l'organe de révision, dans le cadre du contrôle ordinaire des comptes, de vérifier l'existence d'un système de contrôle interne (SCI). L'étendue de ce contrôle se démarque toutefois de la norme fixée par le COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), la vérification que le système vise aussi la conformité avec les lois et règlements applicables (dont les dispositions qui sanctionnent la corruption) ne faisant pas partie des tâches de l'organe de révision comme l'ont expliqué les auditeurs entendus sur place⁴⁸. Selon ceux-ci, ce sont plutôt les entreprises les plus importantes, en particulier celles qui doivent respecter les dispositions de la loi américaine « *Sarbanes Oxley* », qui disposeraient d'un système de contrôle interne élaboré comprenant le respect des lois et règlements, dont le droit anti-corruption.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent que les entreprises les plus importantes en Suisse aient développé et appliquent des programmes d'éthique et de conformité et encouragent celles qui ne l'ont pas encore fait de considérer la mise en place de tels mécanismes. Ils recommandent aux autorités suisses de persévérer, en coopérations avec les associations d'entreprises, dans ses efforts visant à encourager les entreprises, tout particulièrement les PME, à développer des mécanismes appropriés de contrôle interne et de conformité.

8. Mesures fiscales pour combattre la corruption

a) *La non-déductibilité des pots-de-vin*

77. Depuis le rapport de Phase 2, aucun changement n'est intervenu dans la manière dont les autorités suisses traitent fiscalement les pots-de-vin. Le droit fiscal suisse reconnaît une juridiction concurrente à la Confédération et aux cantons en matière de taxation des revenus des personnes physiques et de taxation des profits des personnes morales : en application de cette règle revient donc aux deux administrations la vérification du caractère déductible ou non de certaines dépenses.

b) *Détection et signalement de soupçons de pots-de-vin versés à des agents publics étrangers*

78. Lors de l'évaluation de Phase 2, le Groupe de travail avait constaté que les textes applicables en matière de secret fiscal pouvaient poser des contraintes sur la transmission de l'information des autorités fiscales aux autorités pénales et avait recommandé en conséquence à la Suisse de « revoir les règles de divulgation pour s'assurer que les agents découvrant des faits suspects les dénoncent aux autorités judiciaires compétentes ». Depuis, la Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales recommande l'établissement d'un cadre normatif « efficace et de fournir des orientations afin de faciliter le signalement, par les autorités fiscales, des soupçons de corruption transnationale détectés dans l'exercice de leurs fonctions aux autorités répressives compétentes. »

79. Les aspects procéduraux réglant le signalement auprès des autorités compétentes d'infractions pénales ont évolué depuis la Phase 2 de la Suisse puisque, depuis le 1^{er} janvier 2011, la Loi sur le personnel

⁴⁸ Selon cette norme, le SCI est un processus désigné pour fournir l'assurance raisonnable concernant la réalisation des objectifs en matière de (a) efficacité et efficience des opérations ; (b) fiabilité du *reporting* financier et (c) respect des lois et règlements applicables (conformité). Dans le cas de la Suisse, le contrôle de l'organe de révision se limite à la fiabilité du *reporting* financier.

de la Confédération (LPers), qui prévoit un devoir général de dénonciation des crimes et délits poursuivis d'office (dont la corruption d'agents publics étrangers) à la charge du personnel de la Confédération, s'applique aux agents du fisc fédéraux. Sur le plan cantonal, plusieurs cantons, comme celui de Genève, disposent aussi d'une législation faisant obligation aux agents du fisc (en vertu du droit fiscal, du droit administratif ou d'autres lois) de dénoncer des soupçons de crimes et délits. C'est d'ailleurs une dénonciation par l'administration fiscale genevoise, après que celle-ci ait détecté des paiements suspects à l'occasion de contrôles suscités par un signalement de soupçons de fraude à la TVA par l'administration fédérale, qui avait été à l'origine d'une procédure engagée contre un directeur d'hôtels et sa condamnation par la suite, pour corruption d'agents publics étrangers, par les autorités judiciaires de Genève (voir encadré 3 en annexe 4 qui résume le cas).

80. Dans les autres cantons où aucune disposition légale ne prévoit expressément un devoir de dénonciation à l'autorité pénale compétente, selon une circulaire émise en 2007 par l'Administration fédérale des contributions (AFC), une dénonciation par les agents est possible, à condition d'avoir obtenu au préalable l'accord de l'autorité fiscale supérieure. D'après les représentants du fisc des cantons de Berne et Vaud entendus sur place, le fait que les agents de ces cantons soient soumis au secret fiscal qui leur interdit de partager spontanément des informations avec les autorités pénales ne constitueraient pas une barrière à la dénonciation, l'intérêt public à la poursuite pénale l'emportant sur le maintien du secret fiscal en application d'une jurisprudence du Tribunal fédéral en date du 31 janvier 2000 qui rappelle que « si des infractions graves sont découvertes lors des contrôles effectués par l'autorité fiscale, cette dernière doit les dénoncer à l'autorité pénale compétente ».

c) Lignes directrices pour les contribuables et les agents du fisc

81. Lors de l'examen de Phase 2, le Groupe de travail avait jugé que les autorités fiscales disposaient de moyens insuffisants pour découvrir l'existence de pots-de-vin. Il avait en conséquence recommandé à la Suisse de procéder « 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 ». La Recommandation I (ii) sur les mesures fiscales recommande que des indications soient fournies aux contribuables et au fisc concernant le type de dépenses réputées constituer des pots-de-vin à des agents publics étrangers.

82. La circulaire de l'AFC de 2007, évoquée ci-dessus, a précisé, du point de vue pénal et fiscal, les dépenses constituant des pots-de-vin à des agents publics étrangers, en donnant des exemples concrets⁴⁹. Elle a clarifié également les procédures de contrôle à suivre, avec une référence explicite au "Manuel de sensibilisation à la corruption" du Comité des affaires fiscales de l'OCDE. La circulaire rappelle également, comme noté plus haut, la voie à suivre pour la dénonciation aux autorités pénales de cas de corruption dont les autorités fiscales pourraient avoir connaissance dans l'exercice de leur fonction (dénonciation après obtention du consentement de l'autorité supérieure). Les agents de l'AFC et des cantons de Berne, Vaux, Genève rencontrés sur place, tout comme les professionnels du droit et du chiffre, sont tous apparus sensibilisés au contenu de cette circulaire, qui est par ailleurs accessible aux agents du fisc et aux contribuables par le site internet de la DFF⁵⁰.

83. Pour autant, à l'exception du cas de dénonciation auprès de la justice genevoise, aucune irrégularité n'avait été détectée par le fisc au moment de la Phase 3. Selon les représentants des ministères publics cantonaux rencontrés sur place, les moyens dont disposent les administrations fiscales – en particulier au niveau cantonal – ne permettraient pas facilement de détecter des pots-de-vin, les

⁴⁹ Circulaire 16 du 13 juillet 2007: www.estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00380/index.html?lang=fr

⁵⁰ Selon les représentants de l'AFC entendus sur place, la circulaire fait partie de la formation des agents fédéraux.

mécanismes d'occultation étant complexes. A cet égard, les discussions avec l'administration fiscale cantonale et fédérale n'ont pas fait apparaître une politique proactive visant à procéder à des contrôles approfondis dans des secteurs où le versement de commissions à des fonctionnaires étrangers serait une pratique courante. Les discussions ont également montré l'absence, tant au niveau fédéral que dans les cantons, de formation spécifique dans la matière de la corruption pour les agents du fisc. Néanmoins la non-déductibilité des paiements en faveur d'agents publics (nationaux et étrangers) fait explicitement partie des formations fournies par l'AFC. Sans pouvoir aller au-delà de la formulation d'hypothèses sur les raisons du faible niveau de détection de versements de pots-de-vin par les administrations fiscales, il est possible que l'absence de politique proactive conjuguée à une formation trop générale des agents affaiblisse la capacité de celles-ci à lutter efficacement contre ce type de criminalité. Les examinateurs ont été avertis dans ce contexte de l'initiative du Gouvernement fédéral, dans le cadre du groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption (IDAG corruption), visant à intégrer dès 2012 la question de la corruption dans les formations existantes des agents du fisc⁵¹.

d) Assistance administrative et partage d'informations en matière fiscale

84. L'assistance administrative à des fins fiscales accordée par la Suisse est régie par les Conventions de double imposition (CDI). Le 13 mars 2009, la Suisse a retiré sa réserve sur l'Article 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Depuis cette date elle a rapidement mis à jour son réseau conventionnel pour échanger des renseignements sur la base de la norme internationale en matière d'échanges⁵². En outre, le Conseil fédéral a décidé de reprendre le langage optionnel du paragraphe 12.3 des Commentaires sur l'art. 26 du Modèle de convention fiscale (partage de renseignements fiscaux par les autorités fiscales avec d'autres organismes chargés de l'application de la loi et autorités judiciaires sur certaines questions hautement prioritaires telle que la corruption) dans les négociations en vue de la conclusion de nouvelles CDI ou de CDI révisées. Ceci est en accord avec la Recommandation I (iii) de la Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales. Au moment de la visite sur place, 11 CDI révisées étaient entrées en vigueur et la plupart d'entre elles, telles que celles avec la France, le Luxembourg, le Mexique et la Suède, contenaient une clause reprenant le langage du para. 12.3⁵³. Afin de faciliter l'entraide administrative, a été créé au sein de l'AFC un service dédié : le Service de l'assistance administrative et de l'exécution de l'entraide judiciaire. En fonction depuis fin 2010, ce service est responsable du traitement des demandes d'assistance administrative effectuées par la Suisse ou par les États étrangers sur la base des CDI, afin de permettre une assistance rapide en matière d'échange de renseignements.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent l'inclusion progressive dans les conventions fiscales bilatérales de l'option prévue par le paragraphe 12.3 des Commentaires sur l'article 26 du modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Les examinateurs saluent également l'introduction d'une obligation de dénonciation pour les agents fiscaux fédéraux et la publication d'une circulaire précisant la démarche à suivre pour les agents cantonaux qui ne sont pas soumis à une telle obligation en vertu de la législation cantonale. Les examinateurs notent cependant

⁵¹ Pour les détails de cette initiative, voir le Rapport de l'IDAG Corruption (Berne, 2011), pp. 13-14 : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/22789.pdf>

⁵² Cf le rapport d'examen de Phase I de la Suisse du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements www.oecd.org/document/47/0,3746,en_21571361_43854757_48079087_1_1_1_1,00&&en-USS_01DBC.html

⁵³ Pour les autres CDI révisées ne contenant pas le langage optionnel du para. 12.3, cela tient au fait, selon les autorités suisses, que le partenaire conventionnel ne soit pas d'accord pour l'inclusion d'une telle clause.

l'absence, à une exception près, dans le canton de Genève, de détection et de signalement de transactions susceptibles de constituer des pots-de-vin par des agents du fisc. Ils observent dans ce contexte l'absence de politique proactive en matière de détection, notamment par le biais de contrôles sur place, ainsi que l'insuffisance de la sensibilisation et de la formation des agents du fisc à l'infraction de corruption transnationale. Les examinateurs recommandent en conséquence à la Suisse : 1) de renforcer la sensibilisation de l'administration fiscale fédérale et cantonale aux commissions occultes, aux techniques de détection et à la procédure à suivre pour un signalement aux autorités pénales ; 2) de prendre les mesures appropriées pour renforcer l'intensité et la fréquence des contrôles sur place par l'administration auprès des entreprises susceptibles d'être exposées à la corruption d'agents publics étrangers ; et 3) d'encourager les cantons qui ne disposent pas encore d'une obligation de dénonciation pour leurs agents fiscaux à considérer la mise en place d'une telle mesure.

9. La coopération internationale : Entraide judiciaire en matière pénale

85. Les aspects procéduraux de l'entraide judiciaire en matière pénale n'ont pas fondamentalement changé depuis la Phase 2 de la Suisse. La matière est régie au premier chef par les traités, multilatéraux ou bilatéraux. En tout, la Suisse a passé plus de soixante-dix traités régissant de près ou de loin la coopération internationale en matière pénale. Après l'Europe, les liens les plus forts sont ceux tissés avec les Amériques, puis l'Asie et l'Océanie. En revanche, l'Afrique est quasiment absente de la scène. Il est à noter que les relations avec des États aussi importants que la Chine et l'Inde ne sont encore pas réglées par un traité. A défaut de convention, c'est le droit interne qui s'applique, en l'occurrence, la loi fédérale sur l'entraide pénale internationale (EIMP).

a) Réponses suisses aux demandes d'entraide étrangères

86. Les magistrats suisses sont beaucoup sollicités par des magistratures étrangères pour des enquêtes sur des infractions de corruption étrangère ayant des ramifications en Suisse. Selon les statistiques de l'Office fédéral de justice (OFJ), le nombre de demandes d'entraide concernant des actes de corruption, tout type de corruption confondu, s'est élevé depuis 2006 (date à laquelle les statistiques par type d'infraction ont été mises en place) à près d'une centaine par an. La coopération de la Suisse dans le cadre de telles demandes est facilement accordée, y compris sur le terrain comme l'illustrent les perquisitions conduites en Suisse en 2008 concernant plusieurs sites du groupe Alstom dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire de l'État français, la justice française et suisse soupçonnant des paiements illicites à des agents publics étrangers par l'intermédiaire de la filiale suisse du groupe : celle-ci était soupçonnée d'avoir centralisé les versements de pots-de-vin par les succursales du groupe à l'étranger. Plus de 50 agents de la Police judiciaire fédérale, divers corps de police cantonaux et plusieurs officiers de police français avaient participé à ces perquisitions⁵⁴. C'est à l'issue de ces perquisitions, au cours desquelles un important matériel était saisi à titre de preuves, que la procédure, initialement menée par le Ministère Public de la Confédération contre inconnus, était étendue aux sociétés Alstom Network Schweiz AG et Alstom SA France⁵⁵.

87. Très peu de demandes d'entraide sont rejetées : lorsqu'une demande ne remplit pas les conditions permettant d'accorder l'entraide, la Suisse en informe l'autorité requérante de façon précise et l'invite à compléter sa demande afin que celle-ci puisse être exécutée. Au total, aucune demande liée à la corruption transnationale n'a été refusée par le MPC depuis 2006. La Suisse a par ailleurs rationalisé ses procédures

⁵⁴ Cf. la communication du MPC sur cette coopération : www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=20806

⁵⁵ Cf. le communiqué de presse du MPC sur la clôture de la procédure pénale à l'encontre d'Alstom du 22 novembre 2011.

de recours, un motif d'inquiétude pour le Groupe de travail lors de l'examen de Phase 2 qui l'avait conduit à recommander à la Suisse d'envisager des mesures visant à les simplifier. Alors que les recours sont traités en première instance dans un délai moyen de trois mois, ce qui correspond au délai moyen de traitement selon l'ancien droit, le délai de recours en seconde instance a été réduit à 10 jours (contre trente jours auparavant). Par ailleurs, en vue de limiter fortement l'accès à l'instance supérieure (le Tribunal fédéral), la loi ne permet de recourir à celle-ci que dans un nombre limité de cas jugés particulièrement importants, soit seulement lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves. Le TF se prononce sur cette notion de « cas importants » à bref délai (en général dans les deux semaines) et a rendu une jurisprudence très stricte en la matière⁵⁶. Les magistrats entendus lors de la visite sur place se sont montrés satisfaits de la réduction des recours.

88. Les demandes étrangères donnent le plus souvent lieu à l'ouverture d'enquêtes en Suisse, sur la base desquelles la Suisse n'hésite pas à poursuivre. Par ailleurs, la Suisse partage facilement l'avancée de ses enquêtes avec les autorités étrangères par le biais de transmissions spontanées (art. 67a EIMP). Ceci est en conformité avec la Recommandation XIII i) de la Recommandation de 2009 qui, notamment, recommande aux pays de la Convention OCDE de coopérer avec les autorités étrangères « par des moyens tels que l'échange de renseignements spontanés ». Selon les statistiques officielles, 23 transmissions de ce type concernant la corruption (tout type confondu) ont été effectuées de 2006 à 2010. C'est sur la base de telles transmissions que le Royaume-Uni engageait en 2010 une procédure contre la filiale britannique du groupe Alstom, la soupçonnant d'avoir joué un rôle important dans le versement de quelque 81 millions de livres (environ EUR 92 millions) de pots-de-vin à des fonctionnaires étrangers de 2004 à 2010. La Suisse recherche également activement la concertation avec ses homologues étrangers afin de déterminer qui, de la Suisse ou de l'autorité étrangère, est la mieux à même d'exercer des poursuites, notamment afin d'éviter une condamnation pour les mêmes faits en application du principe *ne bis in idem*. A ainsi été évoquée devant l'équipe d'examineurs une procédure engagée par le MPC et une autorité judiciaire d'un autre pays partie à la Convention OCDE, suspendue par le MPC dans l'attente d'un jugement de celle-ci.

b) Demandes d'entraide suisses

89. Le recours à des demandes d'entraide auprès de l'étranger fait également partie des procédures courantes en Suisse. Tel est le cas, par exemple, dans la procédure conduite au moment de la visite sur place par le canton de Zoug visant une société de commerce de matières premières et de produits chimiques soupçonnée d'avoir corrompu des agents publics étrangers pour l'obtention de contrats publics en Asie centrale. Les investigations en Suisse ayant fait apparaître qu'une partie des pots-de-vin présumés avait été versée à des sociétés offshore disposant de comptes en Suisse puis transférée sur des comptes à l'étranger, notamment en Lituanie, Lettonie, Turquie et aux Émirats arabes, la poursuite de l'enquête a nécessité l'envoi de demandes d'entraide aux États concernés afin d'obtenir la production des documents nécessaires à l'identification des destinataires des fonds. Dans le dossier ayant abouti à la condamnation de la filiale suisse d'Alstom, des demandes ont été envoyées à pas moins de 16 pays, dont la France⁵⁷. Au total, selon les statistiques officielles, de 2006 à 2011, plus de 130 (8 au cours du premier trimestre 2011) demandes d'entraide concernant des actes présumés de corruption (tout type confondu) ont été adressées par la Suisse.

⁵⁶ Par exemple, dans un arrêt du 9 avril 2009 [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=09.04.2009_1C_146/2009], le TF a jugé qu'un recours concernant une décision de transmettre à une autorité étrangère des documents relatifs à des comptes bancaires ne constituait pas un cas revêtant une importance particulière et a donc déclaré le recours irrecevable.

⁵⁷ Les faits découverts ont d'ailleurs fait l'objet d'informations spontanées dans 8 pays dans le but de déclencher des procédures à l'étranger.

90. La coopération avec l'étranger, lorsque la Suisse est l'État requérant, s'avère parfois ardue avec certains pays, y compris certaines Parties à la Convention de l'OCDE qui pratiquent la justice négociée, ces pays n'informant pas toujours la Suisse en temps et en heure des procédures qu'elles ont engagées ou même des transactions obtenues dans le cadre de *plea agreements* ou autres *non-prosecution agreements*. S'agissant de pays qui ne sont pas parties à la Convention, l'entraide est parfois encore plus difficile, allongeant considérablement les délais d'enquête et conduisant le cas échéant la Suisse à clore certaines procédures, comme déjà évoqué plus haut dans le présent rapport.

c) Restitution du produit de la corruption d'agents publics étrangers

91. Le rapport de Phase 2 avait noté la politique proactive de la Suisse en matière de remise des avoirs d'origine illicite. Depuis, la Recommandation XIII (i) de la Recommandation de 2009 invite les Parties à la Convention de l'OCDE à coopérer avec les autorités étrangères dans des procédures judiciaires concernant des cas de corruption dans les transactions commerciales internationales par des moyens tels que la restitution du produit de la corruption d'agents publics étrangers.

92. Le système mis en place par la Suisse a donné globalement des résultats positifs : au cours des quinze dernières années, il a permis à la Suisse de restituer plus de CHF 1,7 milliards (environ EUR 1,35 milliards) en lien avec de la corruption d'agents publics étrangers⁵⁸. Constatant toutefois que le système pouvait atteindre ses limites dans les cas où les États concernés ne collaboraient pas ou ne disposaient pas de la capacité de collaborer avec la Suisse dans le cadre de l'entraide judiciaire, la Suisse a adopté une nouvelle loi - la loi sur la restitution des avoirs illicites (LRAI), entrée en vigueur le 1^{er} février 2011- visant à améliorer le dispositif légal. La LRAI est subsidiaire à la Loi sur l'entraide judiciaire en matière pénale : elle fixe les modalités du blocage, de la confiscation et de la restitution des valeurs patrimoniales de personnes politiquement exposées (PPE) ou de leur entourage, lorsqu'une demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut aboutir en raison de la situation de défaillance au sein de l'État requérant dans lequel la PPE exerce ou a exercé sa fonction publique. L'un des éléments novateurs de cette loi consiste dans la présomption d'illicéité des valeurs patrimoniales dans les cas où l'enrichissement de la PPE est manifestement exorbitant et le degré de corruption de l'État ou de la PPE en cause notoirement élevé.

Commentaire :

Les examinateurs principaux félicitent la Suisse pour les efforts déployés pour répondre aux demandes d'entraide judiciaire dont elle est destinataire, y compris par le biais d'une limitation des recours possibles concernant de telles demandes, le pays ayant, d'après les données communiquées, exécuté un très grand nombre de demandes relatives à des affaires de corruption. La Suisse contribue ainsi de manière significative à la répression de ces infractions à l'étranger. Les examinateurs félicitent également la Suisse pour la politique proactive des autorités judiciaires consistant à lancer leurs propres enquêtes et à poursuivre sur la base des informations reçues d'autorités étrangères, à partager avec celles-ci l'avancée de leurs procédures et à se concerter avec celles-ci pour déterminer celles – de la Suisse ou des autorités étrangères- qui sont mieux à même d'exercer des poursuites de manière notamment à éviter une condamnation pour les mêmes faits. Les examinateurs notent aussi la politique

⁵⁸ De 2006 à 2010 la Suisse a procédé à la remise de valeurs dans six cas : 1) 2006: remise de USD 40 millions au Nigéria ; 2) 2007: remise de USD 34 millions à Taiwan ; 3) 2008: remise de USD 74 millions au Mexique ; 4) 2008: remise de EUR 926'700 à l'Italie ; 5) 2009: remise de USD 7 millions au Nigéria ; 6) 2010: remise de USD 20 millions à Taiwan.

proactive de la Suisse en matière de restitution d'avoirs liés à la corruption d'agents publics étrangers. Ils recommandent à la Suisse la mise en place de statistiques plus détaillées sur les demandes d'entraide reçues, envoyées et rejetées, de manière à pouvoir identifier précisément la part de ces demandes concernant des faits de corruption d'agent public étranger, de blanchiment relatif à celle-ci et les avoirs saisis, confisqués et restitués dans le cadre de l'entraide et à inviter les cantons à fournir à l'autorité centrale les données nécessaires à ces fins.

10. Sensibilisation du secteur public et privé et signalement des faits de corruption

a) Sensibilisation des secteurs public et privé

93. En Phase 2, le Groupe de travail avait recommandé à la Suisse d'amplifier ses efforts de sensibilisation du secteur privé, en s'attachant particulièrement, en coopération avec les milieux économiques, aux PME actives à l'étranger, et de poursuivre la sensibilisation de son administration, en s'attachant aux agents cantonaux et fédéraux susceptibles de contribuer à la détection et au signalement d'actes de corruption d'agents publics étrangers.

(i) Sensibilisation des agents fédéraux et cantonaux

94. Depuis la Phase 2, a été établi l'IDAG Corruption afin de placer la corruption au centre du débat interinstitutionnel. Ce groupe, dont le secrétariat est assuré par le Département fédéral des affaires étrangères, rassemble tous les offices fédéraux impliqués (y compris les autorités judiciaires fédérales), ainsi que des représentants des cantons, de l'économie et de la société civile, en vue de définir des politiques concertées. Sont notamment organisés des ateliers thématiques, par exemple sur la corruption dans l'aide au développement ou le *whistleblowing*, afin de sensibiliser les offices concernés à la thématique et définir des stratégies communes. Le Groupe est tenu de faire rapport au Conseil fédéral de ses activités et, au besoin, de formuler des recommandations en matière de lutte contre la corruption. Le premier rapport de l'IDAG, rendu public, date d'avril 2011.

95. D'autres initiatives de sensibilisation ont été prises au niveau fédéral, par exemple à travers des formations du personnel (journées de formation obligatoire pour les procureurs et experts financiers du MPC organisées, respectivement, en 2009 et 2011 ; formations prodiguées aux personnels du SECO et de la Direction du développement et de la coopération ainsi qu'à toute personne entrant dans le service diplomatique et consulaire). Différents départements fédéraux disposent par ailleurs de pages internet par lesquels les agents, ainsi que le public en général, sont informés de la problématique de la corruption transnationale et où sont mis en ligne différents documents afférents aux obligations de la Suisse sous les instruments anti-corruption de l'OCDE.

96. Ces initiatives témoignent de la volonté des autorités fédérales de faire face à la corruption. Les examinateurs ont du cependant constater que celles-ci accordaient encore trop souvent une part prépondérante à la corruption nationale, en négligeant la corruption transfrontalière. Ce constat vaut aussi pour les cantons⁵⁹. De l'avis des examinateurs, la corruption transnationale devrait être encore plus intégrée dans le cadre des formations existantes au niveau fédéral et cantonal. Ces formations pourraient être complétées avec davantage d'informations diffusées auprès des institutions fédérales et cantonales, tel

⁵⁹ Une enquête conduite par l'IDAG en 2010-11 a montré que seulement une petite moitié d'entre eux ayant participé à l'enquête avaient sensibilisé leur personnel à la corruption transfrontalière et seuls de rares cantons avaient été au-delà en mettant en place des formations à la question de la corruption, encore que sur ce point il n'était pas clair si cette formation abordait également la corruption d'agents publics étrangers.

qu'un guide de mise en œuvre des conventions internationales et des dispositions du droit national⁶⁰. En septembre 2011, une première étape en vue de satisfaire l'objectif d'une approche plus systématique en matière de formation était accomplie par l'IDAG, avec la tenue d'un atelier réunissant une centaine de participants des offices fédéraux ainsi que les responsables de la formation des différents départements fédéraux, visant à identifier les filières et les modules traitant déjà de cette question tout en mettant cette expérience et cette documentation à la disposition d'autres offices fédéraux.

(ii) *Sensibilisation et assistance aux entreprises*

97. Depuis la Phase 2, les autorités fédérales ont continué leurs actions de sensibilisation des entreprises, auxquelles ont été souvent associées les associations professionnelles et la société civile, ceci afin de créer des synergies⁶¹. Par exemple, c'est en étroite collaboration avec Economiesuisse et Transparency International Suisse (TI) que les autorités ont publié une nouvelle version de leur brochure : « Prévenir la corruption – Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger »⁶². Disponible sur plusieurs sites du gouvernement fédéral, ainsi que notamment dans les ambassades suisses et les Swiss Business Hubs (chargés de faciliter l'accès des PME suisses aux marchés étrangers), cette brochure fait également l'objet d'une large diffusion auprès des quelque 30 000 entreprises membres d'Economiesuisse, celle-ci offrant en outre, depuis 2008, sa propre brochure sur les obligations de la Suisse sous la Convention de l'OCDE.

98. Parallèlement, les autorités fédérales (SECO) ainsi que l'OSEC ont organisé des rencontres avec le monde des affaires tel que l'atelier conduit en 2010 avec TI et la chambre économique Suisse-Chine et intitulé : « La corruption en Chine : un risque pour les PME suisses ? », ou bien la rencontre d'information pour les PME du SECO organisée en 2009 en partenariat avec l'Institut Suisse pour l'entrepreneuriat (SIFE) de l'Université Coire. Les entreprises sont également informées de l'infraction par le biais de mises en ligne de documents y afférents, tels que la Recommandation OCDE de 2009, ainsi que son annexe II, disponibles sur le site du SECO. Ces initiatives ont complété les ateliers organisés par les associations professionnelles et la société civile : ateliers de TI Suisse; séminaires de sensibilisation à la détection de fraudes organisés par la profession comptable et les réviseurs dans le cadre de la législation nouvelle afférente à la révision des comptes ; conférences, tel que le colloque organisé par la faculté de droit de Genève en septembre 2010 sur la corruption internationale.

99. Depuis 2006 les représentations suisses à l'étranger (y compris le réseau d'affaires de l'OSEC) ont par ailleurs pour mission d'apporter leur soutien aux entreprises suisses en les informant de la législation anti-corruption suisse et des usages locaux. Toute personne rejoignant le service diplomatique et consulaire reçoit une formation spécifique sur la corruption transnationale comprenant, notamment, une discussion sur le comportement à adopter lorsque des soupçons de corruption existent ou lorsqu'une entreprise suisse estime qu'elle est victime de sollicitations par un fonctionnaire étranger. Ces mesures sont conformes avec notamment la Recommandation VII de la Recommandation de 2009 qui demande à tous les pays de sensibiliser leurs agents à leurs lois nationales sur la corruption et la sollicitation de pots-de-vin en vue de mettre un terme à celle-ci.

⁶⁰ *Rapport IDAG Corruption*, p. 23.

⁶¹ Plus limitées ont été les actions de sensibilisation conduites au niveau cantonal. L'enquête auprès de 20 cantons entre novembre 2010 et janvier 2011 a montré qu'aucune sensibilisation des entreprises sur la corruption en Suisse et transfrontalière n'avait été conduite par les cantons ayant participé à l'enquête : *Rapport IDAG Corruption*.

⁶² www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00035/00038/01711/index.html?lang=en

100. En général, l'ensemble des participants non-gouvernementaux aux panels de discussion ont salué les efforts de sensibilisation conduits tant par la Confédération que dans le cadre d'initiatives privées, certains participants observant même l'existence désormais d'une pléthore d'offres de sensibilisation des cadres d'entreprise, juristes et responsables « compliance » à l'infraction. A été constaté cependant que d'importants besoins de formation perduraient au regard des PME, ainsi que des futurs cadres des entreprises, comme révélé dans une enquête conduite en 2010 auprès de 1800 étudiants de toutes les disciplines dans les hautes écoles suisses⁶³. De l'avis des examinateurs, l'examen des risques de la corruption devrait être plus solidement ancré dans les programmes des hautes écoles, ainsi que dans les formations du personnel d'encadrement des entreprises. De nouvelles actions visant à une sensibilisation accrue des PME devraient aussi être explorées.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent les actions de sensibilisation du secteur des affaires, des experts-comptables et des réviseurs d'entreprises mais aussi du secteur public, notamment par le biais de l'IDAG, et des agences octroyant des avantages publics menées par les autorités helvétiques depuis la Phase 2. Ils encouragent la Suisse à persévérer dans ses efforts, en particulier par le biais d'une sensibilisation encore plus ciblée des PME et un approfondissement de la problématique de la corruption transnationale dans les filières et modules de formation des agents fédéraux et cantonaux susceptibles de contribuer à la détection et au signalement de la corruption d'agents publics étrangers.

b) Signalement d'indices de corruption transnationale

(i) Signalement de soupçons de corruption transnationale par les employés de la Confédération et au niveau cantonal

101. Au moment de la Phase 2, ni le droit fédéral de la fonction publique, ni la loi sur la procédure pénale fédérale ne prévoyaient d'obligation générale de dénoncer pour les agents fédéraux. La situation était similaire dans plusieurs cantons. Le Groupe de travail avait en conséquence recommandé la mise en place d'une obligation formelle pour toute autorité fédérale, y compris les personnels chargés de l'octroi de crédits à l'exportation, d'aviser les autorités compétentes d'indices 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 faisait défaut. Depuis, la Recommandation de 2009 demande que des mesures soient en place pour faciliter le signalement par des agents publics aux autorités chargées de l'application des lois, directement ou indirectement au moyen d'un mécanisme interne, de soupçons de corruption, en précisant que ces mesures devraient s'accompagner d'une protection pour tout agent public signalant de bonne foi de tels soupçons.

102. Depuis la Recommandation de Phase 2, la situation s'est améliorée au niveau de la fonction publique fédérale : un devoir général de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office (y inclus la corruption d'agents publics étrangers) à l'interne ou aux autorités pénales a été introduit le 1^{er} janvier 2011 dans la LPers (art. 22a). Cette disposition est complétée par un droit d'annoncer toutes les autres irrégularités au Contrôle fédéral des finances, l'organe chargé de collecter les annonces émanant du personnel fédéral. La loi contient également des mesures visant à protéger les agents signalant des

⁶³ Enquête du SIFE et du Centre de recherche en politique économique (FoW) de l'Université de Coire : www.sife.ch/anti-korruption. Si les étudiants sondés semblaient conscients du problème posé par la corruption, seulement un sondé sur cinq savait que la corruption d'agent public étranger était passible de sanctions en Suisse ; en outre, 80% des sondés estimaient que la corruption, sous-produit de l'entreprise, existera toujours.

soupçons d'infractions : au terme du nouvel article 22a, al. 5, « nul ne doit subir un désavantage sur le plan professionnel pour avoir, de bonne foi, dénoncé une infraction (...) ou pour avoir déposé comme témoin. » Enfin, un employé licencié pour avoir donné l'alerte dans le respect de ces règles peut être réintégré (art. 14 al. 1 lit. D LPers). Ces règles s'appliquent également aux agents de l'administration fiscale fédérale. Il existe aussi un devoir de dénonciation à la charge du personnel de l'Autorité de surveillance en matière de révision en vertu de l'art. 24 al. 3 de la Loi sur la surveillance de la révision qui dispose que « lorsque, dans l'accomplissement de ses tâches officielles, l'autorité de surveillance a eu connaissance d'infractions, elle en informe les autorités de poursuite pénale compétentes ». Parallèlement à ce mouvement normatif fédéral, la législation cantonale s'est également renforcée et, au moment de la Phase 3, une majorité de cantons disposait d'une obligation générale de dénonciation des crimes et délits⁶⁴.

103. Les modifications apportées à la loi fédérale, et les avancées au niveau cantonal, permettent à la Suisse de répondre dans une large mesure à la recommandation de Phase 2 et de s'approcher des exigences de la Recommandation de 2009. Il est toutefois nécessaire de constater, comme l'ont souligné les autorités fédérales lors de la visite sur place, que les nouvelles dispositions fédérales ne couvrent pas le champ de certaines entités fédérales décentralisées dont le personnel n'est pas soumis à la LPers, notamment l'Autorité de surveillance des marchés et l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation. De l'avis des examinateurs, la Suisse devrait considérer des mesures pour corriger cette situation dans le cadre des travaux législatifs courants. Par ailleurs, pour concrétiser les récentes adaptations apportées à la législation fédérale et l'inscription de l'obligation de dénoncer dans la législation d'un nombre croissant de cantons, il importe à l'avenir de mettre l'accent sur la formation des agents fédéraux et cantonaux. Celle-ci devrait comprendre une information explicite sur l'obligation de dénonciation de la corruption transfrontalière. Les discussions sur place ont en effet montré que, d'une manière générale, lorsque des campagnes de sensibilisation à l'obligation de dénonciation de la corruption ont été menées, comme cela a été le cas au niveau de la Confédération, celle-ci s'est bornée à n'aborder la corruption que sous le seul angle de la corruption interne, suisse, et de l'intégrité des agents, en ignorant la corruption transfrontalière⁶⁵.

(ii) *Signalement d'indices de corruption transnationale détectés lors de la révision des comptes*

104. En Phase 2, avait été recommandé à la Suisse de considérer l'établissement d'une obligation expresse, pour les réviseurs, de signalement auprès des autorités pénales tout indice de corruption dans le cas où les organes dûment saisis s'abstiendraient d'agir. Depuis, la Recommandation de 2009 énonce que les signataires de la Convention devraient envisager de requérir les réviseurs de signaler des soupçons de corruption aux autorités compétentes, telles que les autorités chargées de l'application des lois ou de la réglementation.

105. De nouvelles dispositions législatives sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2008 (art. 728c CO). Si elles n'ont pas créé un devoir de dénonciation aux autorités pénales à la charge des réviseurs en cas de corruption, elles imposent au réviseur un devoir d'informer simultanément le conseil d'administration et l'assemblée générale, et non pas seulement subsidiairement comme cela était le cas sous l'ancien droit, des violations graves de la loi ou des statuts ou si la conseil d'administration omet de prendre des mesures

⁶⁴ Parmi ceux-ci : les cantons de Argovie, Bâle-Ville et Bâle-Campagne, Berne, Genève, Glaris, Jura, Neuchâtel, Nidwald, Obwald, Uri, Schaffhouse, Schwyz, St-Gall, Tessin, Thurgovie, Valais, Vaud, Zoug, et Zurich.

⁶⁵ Cf. la lettre adressée au début 2011 aux quelque 35000 employés de l'administration fédérale les informant de la nouvelle législation, ainsi que la brochure de l'Office fédéral du personnel « Prévention de la Corruption et Whistleblowing » [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/22247.pdf]. Cf. également le rapport de l'IDAG Corruption qui note (p. 15) que, si dans de nombreux cantons les employés sont informés de l'instance habilitée à recevoir les dénonciations et de la procédure à suivre, seuls de rares cantons ont mis en place des mesures spéciales de sensibilisation (formations abordant spécifiquement les questions de corruption).

adéquates après un avertissement écrit de l'organe de révision – du moins lorsque de tels organes existent. Lors du suivi écrit de la Suisse de 2007, le Groupe de travail, prenant note des dispositions détaillées ci-dessus, alors sur le point d'entrer en vigueur, avait conclu à la mise en œuvre par la Suisse de la Recommandation de Phase 2.

106. En théorie, l'organe de révision peut, dans certains cas, communiquer aux autorités judiciaires sa connaissance de faits délictueux, dont la corruption. En effet, même si la loi n'a pas créé une obligation de dénonciation aux autorités pénales, faculté est accordée au réviseur de dénoncer de tels faits aux dites autorités après accord préalable de l'autorité compétente (article 321, 2 CP sur la levée du secret professionnel). Les discussions sur place ont montré cependant qu'en pratique il est peu probable que les réviseurs utilisent cette possibilité, la profession estimant qu'il n'est pas de son rôle de procéder à des dénonciations auprès de la justice. Il a été expliqué qu'en cas d'inaction de la part des organes de l'entreprise, le réviseur se retirerait immédiatement de celle-ci, ce qui ne manquerait pas de susciter l'intérêt des autorités judiciaires, en premier lieu le MPC.

107. Finalement, avec la mise en place de l'ASR, et son rôle d'inspection des entreprises chargées de la révision des comptes des sociétés ouvertes au public, celle-ci dispose de prérogatives qui peuvent participer à la détection de la corruption transnationale. Comme noté plus haut dans le présent rapport, celle-ci se doit en effet d'informer les autorités pénales d'infractions détectées ou portées à sa connaissance dans le cadre d'une inspection. Depuis le début de son activité en 2008, l'ASR n'a toutefois pas constaté des cas où l'entreprise de révision aurait fermé les yeux sur des cas de fraude, respectivement de corruption, commis au sein de l'entreprise audité. Par contre, constat a été fait à plusieurs reprises que des entreprises de révision n'avaient pas rapporté la preuve d'avoir suffisamment approfondi la question de la fraude dans le cadre de l'exécution de leur mandat. Dans chacun de ces cas, selon les représentants de l'ASR entendus sur place, l'ASR a ordonné des mesures correctrices. Les représentants de l'ASR ont assuré les examinateurs que s'ils venaient à détecter des fraudes liées à la corruption, les autorités pénales en seraient immédiatement informées.

(iii) *Signalement de soupçons de corruption transnationale par des « déclencheurs d'alerte »*

108. Lors de l'examen de Phase 2 de la Suisse, le Groupe de travail avait recommandé à la Suisse d'examiner les moyens d'assurer une protection effective des personnes qui révèlent de bonne foi des faits suspects de corruption, de façon à les encourager à les signaler sans crainte de représailles. Depuis, la Recommandation de 2009 appelle les Parties à la Convention à s'assurer que des mesures appropriées sont en place pour protéger contre toute action discriminatoire ou disciplinaire les employés du secteur public et privé qui signalent de bonne foi et sur la base de motifs raisonnables des soupçons d'acte de corruption d'agents publics étrangers (Recommandation IX (iii)).

109. Comme indiqué plus haut, l'obligation de signaler des crimes et des délits, ainsi que le droit d'annoncer des irrégularités sont réglés pour la plupart des agents fédéraux depuis le 1^{er} janvier 2011. Une vingtaine de cantons ont pareillement inscrit une telle obligation pour leurs agents dans leur législation. Ces mesures législatives se sont accompagnées, dans certains cas, de la mise en place de mécanismes destinés à faciliter le signalement anonyme de soupçons de corruption. C'est le cas, au niveau fédéral, du Contrôle fédéral des finances qui dispose désormais d'une ligne de « Whistleblowing ». Au niveau cantonal, seul le canton de Zurich s'était doté d'une instance centrale de signalement des cas de corruption au moment de la visite sur place. Dans les autres cantons, le plus souvent les soupçons sont transmis par la voie usuelle (service du personnel, par ex.) ou bien auprès de l'autorité cantonale de contrôle des finances, comme à la Confédération. Lorsque le droit cantonal offre une certaine protection aux donneurs d'alerte, le rapport de l'IDAG Corruption a observé que la dite protection ne donnait lieu à aucune diffusion ciblée d'informations.

110. S'agissant du secteur privé, le Rapport de Phase 2 avait observé que les donneurs d'alerte étaient soumis à diverses obligations légales de discrétion représentant une barrière à la dénonciation. Un avant-projet de révision du CO visant la « Protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur » a été mis en consultation en décembre 2008. Critiqué à la fois par les milieux économiques qui ne souhaitaient pas de réglementation et les organisations demandant une protection plus efficace du donneur d'alerte, l'avant-projet a été suivi d'un projet complémentaire, dont la consultation s'est achevée début 2011, prévoyant une indemnisation équivalente à 12 mois de salaires en cas de licenciement. Selon les autorités suisses, un texte pourrait être présenté au parlement en 2012, encore que, au moment de la visite sur place, rien n'était encore décidé quant au contenu exact et les chances d'adoption du projet étant donné la controverse suscitée par la thématique du *Whistleblowing* en Suisse. Si la proposition, objet de la consultation, venait finalement à être adoptée par le parlement en l'état, les salariés du secteur privé ayant eu connaissance de faits de corruption auraient désormais la possibilité de les signaler à leur employeur ou, en cas d'inaction de celui-ci ou d'urgence, à l'autorité publique compétente, avec la possibilité de porter les faits répréhensibles à la connaissance des médias ou des organisations concernées dans le cas d'une inaction de cette dernière.

Commentaire :

Les examinateurs principaux prennent note avec satisfaction de l'introduction dans la loi d'une obligation générale pour la plupart des employés de la Confédération de signaler les soupçons de crimes et délits poursuivis d'office, y inclus la corruption transfrontalière, ainsi qu'un dispositif pour protéger les personnes qui dénoncent de bonne foi au niveau fédéral. Ils se félicitent aussi du fait que de plus en plus de cantons prévoient une telle obligation à la charge de leurs agents. Les examinateurs se réjouissent également de la généralisation progressive de mécanismes destinés à encourager les signalements par des donneurs d'alerte dans la fonction publique, y compris au niveau cantonal.

Afin de parfaire le système et concrétiser les politiques désormais en place, les examinateurs recommandent à la Suisse : 1) de considérer d'étendre l'obligation de dénonciation aux personnels des entités de la Confédération non soumis à la loi sur le personnel de la Confédération – en particulier aux personnels de la SERV et de la FINMA ; 2) d'encourager les cantons qui ne connaissent pas encore de telles mesures à considérer leur instauration ; 3) d'informer explicitement le personnel de la Confédération de leur obligation de dénonciation de toute infraction de la corruption, y compris la corruption d'agents publics étrangers, et d'encourager les cantons à considérer de faire de même pour leurs propres personnels soumis à une telle obligation ou pour lesquels il existe des mécanismes internes de signalement.

Les examinateurs prennent note par ailleurs avec satisfaction des projets législatifs visant à définir le droit de signalement et la protection des donneurs d'alerte dans le secteur privé. Ils recommandent l'adoption dans les meilleurs délais d'un cadre normatif approprié destiné à protéger contre toute action discriminatoire ou disciplinaire les employés du secteur privé qui signalent de bonne foi et sur la base de motifs raisonnables des soupçons de corruption d'agents publics étrangers.

11. Avantages publics

a) Aide publique au développement

111. En Suisse, c'est par le biais de la DDC et du SECO que les projets d'aide sont approuvés et supervisés. C'est d'un part une approche préventive, visant à écarter la corruption dans les projets conduits par les deux administrations, qui a été mise en place: obligation est faite depuis 1998 à tout gouvernement

et organisation privée qui reçoit des fonds pour le développement ou obtient des contrats commerciaux de la Confédération de signer une clause anti-corruption permettant de suspendre ou annuler le financement si des pratiques de corruption sont découvertes à toute étape de la passation et de l'exécution du contrat⁶⁶. Cette déclaration s'accompagne d'autre part de mesures de gestion des projets visant à empêcher la corruption lors de leur exécution (le contrôle interne inclut entre autres des audits financiers, la vérification de l'existence de contrôles internes au sein des entreprises partenaires, le contrôle des listes noires établies par les banques de développement, le suivi par les bureaux locaux). Une typologie des risques de corruption et des directives d'évaluation des projets sous cet aspect ont été élaborées⁶⁷. Les deux administrations ont par ailleurs mis en place un mécanisme de signalement en interne des soupçons de corruption concernant les programmes ou projets qu'elles conduisent ; si l'enquête interne confirme les soupçons, elles sont, depuis le 1^{er} janvier 2011, tenues de les dénoncer en application de l'art. 22a de la LPers.

112. Tout en se félicitant des mesures prises en application de la Recommandation de 1996 du Comité d'aide au développement de l'OCDE, les examinateurs ont constaté qu'aucune procédure visant à limiter l'accès des financements aux entreprises déjà condamnées pour corruption étrangère n'avait été mise place. Par exemple, la clause anti-corruption figurant dans les contrats de la DDC ne contient pas d'obligation pour l'entreprise soumissionnaire de déclarer si elle a déjà été condamnée pour de tels faits ; les directives d'évaluation du SECO ne contiennent pas plus de référence à une condamnation comme motif de rejet du soumissionnaire. Les seules mesures qui existent sont la possibilité pour l'une ou l'autre administration, sur la base de clauses types appropriées, de mettre fin au contrat avec le bénéficiaire d'un projet entaché de corruption⁶⁸. Ces mesures apparaissent en retrait de la Recommandation XI i) de la Recommandation de 2009 qui recommande que les Parties à la Convention OCDE prévoient la suspension de l'accès aux marchés financés par l'aide publique au développement des entreprises condamnées pour corruption d'agents étrangers.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se félicitent que la Direction du développement et de la coopération (DDC) et le Secrétariat à l'Économie (SECO) ont renforcé leurs mesures en vue de prévenir et éviter la corruption dans l'octroi de fonds publics. Les examinateurs regrettent toutefois l'absence de mécanismes systématiques permettant de suspendre l'accès des entreprises condamnées pour corruption d'agents publics étrangers en violation de leur droit national aux marchés financés par l'aide publique au développement et recommandent en conséquence à la Suisse de prendre les mesures nécessaires pour permettre une telle suspension.

⁶⁶ Une nouvelle version de cette clause était sur le point d'être introduite dans les contrats de la DDC au moment de la Phase 3: « Les parties s'engagent, dans le cadre du présent contrat, à n'accorder directement ou indirectement, aucun avantage d'aucune sorte, ni à en accepter. Tout acte de corruption ou acte illicite constitue une violation du présent contrat et justifie sa cessation et/ou la prise de toute autre mesure conformément au droit applicable. Les parties s'informent mutuellement d'un cas de corruption avéré. ».

⁶⁷ Cf. l'« *Anti-Corruption Handbook* » du SECO, détaillant les procédures à suivre par le personnel pour prévenir la corruption dans les projets du SECO: www.seco-cooperation.admin.ch/themen/00960/01032/index.html?lang=fr

⁶⁸ Au moment de la visite sur place, aucun partenaire n'avait été exclu pour corruption transnationale ; un cas de soupçon de corruption et de détournement dans un projet exécuté au Bangladesh par une ONG locale faisait l'objet d'un audit par la DDC afin de vérifier la réalité du soupçon visant ses dirigeants qui auraient octroyé des avantages à des agents publics locaux.

b) Crédits à l'exportation

113. Depuis 2007, l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (SERV) a succédé à la Garantie contre les risques à l'exportation. Toute assurance de la SERV implique que le requérant signe la « Déclaration de prévention de la corruption ». Celle-ci exige la confirmation par l'exportateur que ni lui ni ses collaborateurs ou mandataires n'ont pas corrompu et ne corrompent pas des agents publics étrangers ; ne figurent pas sur les listes d'exclusions des banques de développement, et ne font pas l'objet de poursuites pénales pendantes ou n'ont pas, au cours des cinq années précédentes, été condamnés pour corruption étrangère⁶⁹. Une vérification approfondie (consistant à vérifier la politique anti-corruption du client et de ses filiales, ainsi que les mesures correctives et préventives prises par l'entreprise, l'identité des personnes agissant pour le compte du requérant, et le montant et l'objet des commissions versées en général et en particulier concernant le cas de demande d'assurance) est exercée lorsque la déclaration ne peut pas être signée, en cas de corruption ou de soupçon de corruption ou quand le montant de la transaction dépasse CHF 10 millions et le pays destinataire a un score inférieur à 4 sur l'Indice de perception de corruption -IPC). L'assurance est exclue si « l'opération d'exportation à assurer contrevient à des prescriptions légales, suisses ou étrangères » (art 13, al. 2 de la loi sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation). Selon les conditions générales d'assurances en cas de violation des obligations l'indemnisation est exclue, toute indemnisation doit être remboursée.

114. Les discussions avec la SERV ont fait ressortir que son personnel se satisfaisait en général des procédures existantes. L'inscription au casier judiciaire des condamnations relatives aux entreprises étant en consultation, il n'existe toujours pas un mécanisme permettant de vérifier la condamnation d'une entreprise pour corruption d'agents publics. Pas plus n'existe-il d'application systématique, quant aux conséquences pour un exportateur ou pour un demandeur s'il est le sujet des soupçons ou des condamnations de corruption, soit avant ou soit après l'approbation du contrat, l'approche de la SERV étant une approche au cas par cas. Par exemple, dans ses réponses à l'enquête l'OCDE sur les mesures prises pour lutter contre la corruption dans les opérations de crédit à l'exportation bénéficiant d'un soutien public de novembre 2010, la Suisse faisait état de vérifications en cours concernant deux groupes industriels condamnés pour corruption transnationale et toujours objets d'une enquête pénale (pp. 16-18). Lors de la visite sur place, la SERV a indiqué que, depuis, ayant considéré ces cas, elle avait décidé de maintenir la couverture sur une base de ses vérifications approfondies et l'exigence d'une déclaration supplémentaire du département de conformité du requérant selon laquelle la transaction ni eux-mêmes, ni aucune personne agissant pour leur compte ne se sont livrés ou ne se livreront à des actes de corruption à l'occasion de la transaction. Un de ces cas concernait la couverture pour Alstom, récemment condamnée pour des faits de corruption après une longue investigation initiée en 2004 et reprise en 2007 par le MPC. Après la condamnation d'Alstom, la SERV a vérifié qu'aucun des projets d'Alstom objet de cette condamnation n'était assuré par la SERV. Selon la SERV, l'engagement des soumissionnaires à respecter les dispositions anti-corruption suisses et la menace d'exclusion constitueraient autant de facteurs de dissuasion pour des sociétés dont la vocation est d'exporter⁷⁰. De l'avis des examinateurs, un casier judiciaire des personnes morales, dont la création était envisagée au moment de la Phase 3, pourrait se révéler un instrument utile pour vérifier si l'exportateur a fait l'objet d'une condamnation ou bien a pris des mesures correctrices appropriées suite à une telle condamnation, comme le recommande la Recommandation de 2006.

⁶⁹ Cf. la Déclaration anticorruption de l'exportateur : www.serv-ch.com/fileadmin/serv-dateien/Ethik-Umwelt/f/Prevention_de_la_corruption_exportateur.pdf

⁷⁰ *Ibid*, p. 2.

Commentaire :

Les évaluateurs principaux félicitent la Suisse, en tant que pays adhérent à la Recommandation de 2006 sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, d'avoir mis en œuvre les exigences attachées à cette Recommandation. Ils recommandent à la SERV d'appliquer une approche plus systématique en ce qui concerne la vérification approfondie et au regard des conséquences pour un exportateur ou pour un demandeur s'il est le sujet de soupçons ou de condamnations de corruption, soit avant ou soit après l'approbation du contrat, afin de mieux appliquer en pratique la Recommandation de 2006. Les examinateurs invitent en outre les autorités suisses à mettre sur pied au plus vite un casier judiciaire des personnes morales, afin d'assurer le retour d'informations concernant les condamnations prononcées contre les entreprises sur la base de l'art. 102 CP.

c) Marchés publics

(i) Suspension de l'accès aux marchés publics pour les entreprises coupables de corruption d'agents publics étrangers

115. Le Rapport de Phase 2 avait constaté que le droit suisse des marchés publics, composé de 27 droits cantonaux et fédéraux, n'offrait ni de règle d'application générale au regard des conditions auxquelles l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire ni de référence explicite à une condamnation pour corruption comme motif d'exclusion. Prenant note du processus visant à une refonte du droit des marchés publics engagé par les autorités, le Rapport avait recommandé que soit considérée, dans le contexte de cette réforme, l'exclusion des marchés publics de toute entreprise condamnée pour corruption d'agents publics étrangers. A l'occasion du suivi écrit, observant que la procédure législative était toujours en cours, le Groupe de travail avait estimé que la recommandation de Phase 2 restait à être mise en œuvre. Depuis, la Recommandation XI i) de la Recommandation de 2009 recommande que lois et réglementations permettent la suspension de l'accès aux marchés publics des entreprises condamnées pour corruption d'agents publics étrangers en violation de leur loi nationale.

116. L'avant-projet de révision de la loi sur les marchés publics (LMP) soumis à consultation en 2008 présentait deux avancées : d'une part, celui d'unifier, du moins en partie, le droit des marchés publics à l'échelle nationale ; d'autre part, l'inscription de l'exclusion des marchés publics pour les entreprises coupables de corruption, pendant une durée de trois ans⁷¹. Bien qu'approuvé par la majorité des associations économiques, le principe de l'unification partielle du droit était rejeté par la quasi-totalité des cantons, obligeant les autorités fédérales à abandonner le projet et à décider d'attendre la révision de l'Accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics – de rang supérieur et contenant des dispositions visant à garantir l'intégrité dans les marchés publics - pour relancer les travaux législatifs, y compris au regard de l'exclusion des marchés publics pour les entreprises coupables de corruption. Ainsi, au moment de la Phase 3, le cadre juridique régissant les marchés publics en Suisse n'avait pas fondamentalement changé. Compte tenu de la décision des autorités d'attendre la révision de l'Accord de l'OMC pour relancer la réforme du droit des marchés publics, il était attendu que les travaux législatifs ne reprennent, au mieux, qu'à partir de 2012.

⁷¹ Le rapport de l'avant-projet de loi avait justifié l'inscription de cette exclusion par le fait que l'OCDE avait « émis une recommandation sur la lutte contre la corruption dans le cadre des marchés publics, selon laquelle les entreprises coupables de corruption sur le sol helvétique ou à l'étranger doivent se voir interdire tout accès aux procédures d'achat public en Suisse. Le projet de révision de la loi propose donc d'astreindre les adjudicateurs à exclure les entreprises coupables de corruption des procédures d'achat ou à révoquer leurs adjudications » (cf. art. 25 ss. et 56 AP-LMP).

(ii) *Transparence des marchés publics*

117. Comme l'énonce la Recommandation XI iii) de la Recommandation de 2009, il importe que l'accès aux marchés publics soit aussi transparent que possible, car c'est ainsi que leur intégrité est assurée. Comme noté ci-dessus, c'est l'Accord OMC qui constitue le fondement du droit d'adjudication en Suisse. L'Accord comporte des prescriptions minimales dont la mise en œuvre est réglée par la LMP pour les marchés fédéraux et par chaque législation cantonale pour les marchés cantonaux. Même si l'Accord fixe le cadre du droit national, la Suisse abritant 27 régimes de marchés publics, la transparence des procédures s'en trouve compliquée, notamment pour les soumissionnaires, qui ont de la peine à se tenir informés des besoins publics.

118. Depuis 2011, la Confédération et l'ensemble des cantons utilisent la plateforme internet www.simap.ch pour leurs publications dans le domaine des marchés publics. Alors qu'auparavant, pour se faire une idée de tous les appels d'offres lancés en Suisse, les entreprises devaient consulter la Feuille officielle suisse du commerce et 26 feuilles cantonales d'avis officiels, cette plateforme est devenue la publication officielle pour les marchés publics. D'utilisation gratuite, elle offre une vue d'ensemble des procédures d'adjudication menées par la Confédération et les cantons; accès est également donné à la notification publique et motivée des adjudications. Au moment de la Phase 3, il était attendu que cet outil améliore la transparence et l'égalité de traitement des différents offreurs.

Commentaire :

Les examinateurs principaux constatent la mise en place d'une plateforme internet qui témoigne des efforts en cours en vue de parvenir à un plus haut degré de transparence en matière de marchés publics. Ils prennent également note des projets législatifs concernant l'exclusion des marchés publics pour les entreprises coupables de corruption même si ceux-ci n'ont pu, à ce jour, aboutir, pour des raisons indépendantes des autorités suisses. Ils saluent les assurances données qu'une fois complété le processus de la révision de l'Accord OMC sur les marchés publics, sera prise en compte, dans le cadre des travaux législatifs visant sa transposition en droit interne, l'exclusion des marchés publics pour les entreprises coupables de corruption. Les examinateurs invitent le Groupe de travail à effectuer un suivi particulier de cette question.

C. RECOMMANDATIONS ET QUESTIONS POUR LE SUIVI

119. Le Groupe de travail sur la corruption salue les efforts de la Suisse dans sa mise en œuvre de la Convention, notamment dans le domaine de ses réponses aux demandes d'entraide judiciaire liées à la corruption transnationale. Par ailleurs, la Suisse mène une politique proactive en ce qui concerne la confiscation de l'instrument et des produits de la corruption et leur restitution. Le Groupe note positivement le nombre de procédures ouvertes pour la corruption d'agents publics étrangers mais constate néanmoins le faible nombre de condamnations depuis que la Suisse a rejoint la Convention anti-corruption de l'OCDE en 2000, pour l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, dont deux seules tombent dans le champ d'application de la Convention.

120. Le rapport d'évaluation de Phase 2 de la Suisse, adopté en 2004, incluait des recommandations et des questions requérant un suivi (comme indiqué à l'annexe 1 du présent rapport). Des huit recommandations considérées comme seulement partiellement mises en œuvre au moment du suivi écrit de Phase 2, en 2007, les recommandations 3(b), (e), 4(a) de Phase 2 ont été mises en œuvre ; les recommandations 1(a), (b), 2(a), 3(c) et 4(b) restent quant à elles partiellement mises en œuvre.

121. En conclusion, sur la base du présent rapport concernant l'application par la Suisse de la Convention et de la Recommandation de 2009, le Groupe de travail : (1) formule les recommandations suivantes pour renforcer la mise en œuvre de la Convention dans la Partie I ; et (2) opérera un suivi des questions identifiées dans la Partie II. Le Groupe de travail invite la Suisse à lui soumettre un rapport écrit sur l'ensemble des recommandations et des questions de suivi dans un délai de deux ans à compter de la date d'adoption du présent rapport.

1. Recommandations du Groupe de travail

Recommandations visant à assurer l'efficacité des enquêtes, des poursuites et des sanctions des infractions de corruption d'agents publics étrangers

1. En ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, le Groupe de travail recommande à la Suisse de clarifier auprès des magistrats la notion de défaut d'organisation, y inclut par la voie de formations spécifiques. [Recommandation de 2009, Annexe I, D] ;
2. En ce qui concerne les enquêtes et les poursuites, le Groupe de travail recommande à la Suisse :
 - a) d'encourager les cantons où le Ministère public reste soumis à la tutelle d'une autorité politique de s'assurer de son autonomie vis-à-vis de celle-ci [Convention, Article 5 ; Recommandation de 2009, Annexe I, D] ;
 - b) de réexaminer régulièrement les ressources à la disposition des parquets afin de lutter efficacement contre la corruption d'agents publics étrangers [Recommandation de 2009, V et Annexe I, D] ;
3. En ce qui concerne l'utilisation des procédures spéciales et de la mesure de Réparation, le Groupe de travail recommande à la Suisse, en tant que de besoin et en conformité avec les règles de procédures applicables, de rendre publiques, de manière plus détaillée, les raisons ayant

motivé le choix de telle ou telle procédure, ainsi que des conditions de la décision et des sanctions rendues. [Convention, Article 3] ;

4. En ce qui concerne le blanchiment d'argent, le Groupe de travail recommande à la Suisse de considérer l'établissement d'un régime de prescription pour le blanchiment en lien avec l'infraction de corruption transnationale qui ménage un délai suffisant pour les enquêtes et les poursuites portant sur de tels dossiers lorsqu'il ne s'agit pas de blanchiment aggravé au sens de l'art. 305^{bis} al. 2 CP. [Recommandation de 2009, III ii)] ;
5. En ce qui concerne l'entraide judiciaire, le Groupe de travail recommande à la Suisse la mise en place de statistiques plus détaillées sur les demandes d'entraide reçues, envoyées et rejetées, de manière à pouvoir identifier précisément la part de ces demandes concernant des faits de corruption d'agent public étranger, de blanchiment relatif à celle-ci et les avoirs saisis, confisqués et restitués dans le cadre de l'entraide et à inviter les cantons à fournir à l'autorité centrale les données nécessaires à ces fins. [Convention, Article 9 ; Recommandation de 2009 XIV vi)] ;

Recommandations en vue d'assurer une prévention et une détection efficaces de la corruption transnationale

1. En ce qui concerne les petits paiements de facilitation, le Groupe de travail recommande à la Suisse de s'engager à réexaminer régulièrement ses politiques et sa façon d'appréhender les petits paiements de facilitation afin de lutter efficacement contre ce phénomène et encourager les entreprises à les interdire ou décourager le recours à de tels paiements dans le cadre de leurs programmes de déontologie ou autres politiques internes. [Convention, Article 1 ; Recommandation de 2009 VI] ;
2. En ce qui concerne les normes comptables, la vérification externe et les programmes de conformité des entreprises, le Group de travail recommande à la Suisse de :
 - a) poursuivre ses efforts, y inclus dans le cadre de la réforme du droit comptable en cours, pour encourager la divulgation d'informations afin d'améliorer la prévention et la détection de la corruption d'agents publics étrangers. [Convention, Article 8 ; Recommandation de 2009 X. A ii)] ;
 - b) envisager de requérir les vérificateurs externes des comptes de signaler des soupçons d'actes de corruption d'agents publics étrangers aux autorités compétentes, indépendantes de l'entreprise, telles que les autorités chargées de l'application des lois ou de la réglementation, et, le cas échéant, de s'assurer que les vérificateurs externes qui procèdent de façon raisonnable et de bonne foi à de tels signalements sont protégés contre tout recours en justice. [Recommandation de 2009 X. B v)] ;
 - c) persévérer, en coopération avec les associations d'entreprises, dans ses efforts visant à encourager les entreprises, tout particulièrement les PME, à développer des mécanismes appropriés de contrôle interne et de conformité. [Recommandation de 2009 X. C. i) et ii)] ;
3. En ce qui concerne les mesures fiscales pour combattre la corruption d'agents publics étrangers, le Groupe de travail recommande à la Suisse :
 - a) de renforcer la sensibilisation des administrations fiscales fédérale et cantonales aux commissions occultes, aux techniques de détection et à la procédure à suivre pour un signalement aux autorités pénales [Recommandation de 2009, VIII; Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales, II];

- b) de prendre les mesures appropriées pour renforcer l'intensité et la fréquence des contrôles sur place par l'administration auprès des entreprises susceptibles d'être exposées à la corruption d'agents publics étrangers. [Recommandation de 2009 VIII ; Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales I. ii) et II.] ;
 - c) d'encourager les cantons qui ne disposent pas encore d'une obligation de dénonciation pour leurs agents fiscaux à considérer la mise en place d'une telle mesure [Recommandation de 2009, VIII; Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales, II] ;
4. En ce qui concerne la sensibilisation de l'infraction de corruption d'agents public étrangers, le Groupe de travail recommande à la Suisse de poursuivre, outre une sensibilisation encore plus ciblée des PME, un approfondissement de la problématique de la corruption transnationale dans les filières et modules de formation des agents fédéraux et cantonaux susceptibles de contribuer à la détection et au signalement de la corruption d'agents publics étrangers. [Recommandation de 2009 III i) et IX ii)] ;
5. En ce qui concerne le signalement des faits de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à la Suisse:
- a) de considérer d'étendre l'obligation de dénonciation de la corruption d'agents publics étrangers qui incombe aux agents fédéraux aux personnels des entités de la Confédération non soumis à la loi sur le personnel de la Confédération, en particulier aux personnels de la SERV et de la FINMA ;
 - b) d'encourager les cantons qui ne connaissent pas encore une telle mesure à considérer son instauration ;
 - c) d'informer explicitement le personnel de la Confédération de son obligation de dénonciation de toute infraction de la corruption, y compris la corruption d'agents publics étrangers, et d'encourager les cantons à considérer de faire de même pour leurs propres personnels soumis à une telle obligation ou pour lesquels il existe des mécanismes internes de signalement. [Recommandation de 2009 IX i) et ii)] ;
6. En ce qui concerne la protection des donneurs d'alerte, le Groupe de travail recommande à la Suisse d'adopter, dans les meilleurs délais, un cadre normatif approprié destiné à protéger contre toute action discriminatoire ou disciplinaire les employés du secteur privé qui signalent de bonne foi et sur la base de motifs raisonnables des soupçons de corruption d'agents public étrangers. [Recommandation de 2009 IX iii)] ;
7. En ce qui concerne les avantages publics, le Groupe de travail recommande à la Suisse de
- a) prendre les mesures nécessaires pour mettre on œuvre des mécanismes systématiques permettant de suspendre l'accès des entreprises condamnées pour corruption d'agents publics étrangers en violation de leur droit national aux marchés publics et aux marchés financés par l'aide publique au développement. [Recommandation de 2009 XI i)] ;
 - b) d'appliquer une approche plus systématique au sein de la SERV en ce qui concerne la vérification approfondie et au regard des conséquences pour un exportateur ou pour un demandeur s'il est le sujet de soupçons ou de condamnations de corruption, soit avant ou soit après l'approbation du contrat, afin de mieux appliquer en pratique la Recommandation de 2006 [Recommandation de 2006, 1].

2. Suivi par le Groupe de travail

Le Groupe de Travail effectuera un suivi des questions ci-après, en fonction de l'évolution de la jurisprudence et de la pratique:

- a. L'application par les magistrats de la responsabilité pénale des personnes morales [Convention Art. 2] ;
- b. La possibilité offerte au ministère public, dans le contexte de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, de (i) juger l'infraction par la voie de la procédure de l'ordonnance pénale (art. 352 et suiv. CPP); (ii) entrer en négociation avec le prévenu dans le cadre de la procédure simplifiée (art. 358 et suiv. CPP) ; et (iii) faire usage des dispositions du Code pénal sur la « Réparation » (art. 53 CP) afin de vérifier que cette possibilité se fonde sur des principes de prévisibilité, de transparence et de responsabilité [Convention, Article 3]
- c. Les peines appliquées aux personnes physiques condamnées au titre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, y inclus dans le cadre de l'ordonnance pénale et de la procédure simplifiée, pour s'assurer qu'elles soient efficaces, proportionnées et dissuasives [Convention, Article 3.1] ;
- d. L'adéquation des ressources humaines dont disposent les autorités de poursuite fédérales et cantonales en matière de corruption transnationale dans le contexte de la mise en œuvre du nouveau Code de procédure pénale [Recommandation de 2009, II et Annexe I, D];
- e. L'application continue, par les tribunaux, du délai de prescription de 15 ans aux poursuites des personnes morales, pour ménager un délai suffisant aux enquêtes et poursuites relatives à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers [Convention, Articles 3 et 6] ;
- f. Que le droit interne comprenne la suspension de l'accès aux marchés publics des entreprises qui ont été condamnées pour corruption d'agents publics étrangers en violation de leur loi nationale [Recommandation de 2009, XI i)].

ANNEXE 1

RECOMMANDATIONS DE PHASE 2 DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI ÉCRIT

Recommandations de Phase 2 de décembre 2004	2007 Rapport de suivi écrit
<i>Recommandations en termes d'action</i>	
1. 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)].	Partiellement appliqué
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)].	Partiellement appliqué
2. 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].	Partiellement appliqué
3. 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].	Pleinement appliqué
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).	Partiellement appliqué
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].	Partiellement appliqué

<p>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)].</p>	<p>Pleinement appliqué</p>
<p>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].</p>	<p>Partiellement appliqué</p>
<p><i>Recommandations en vue d'assurer une poursuite efficace de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et des infractions connexes</i></p>	
<p>4. En ce qui concerne les poursuites et les sanctions, le Groupe de travail recommande à la Suisse :</p>	
<p>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].</p>	<p>Partiellement appliqué</p>
<p>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)].</p>	<p>Partiellement appliqué</p>
<p><i>Suivi par le Groupe de travail</i></p>	
<p>5. Le Groupe de travail effectuera un suivi des questions ci-après, en fonction de l'évolution de la pratique, afin de vérifier :</p>	
<p>a) si, au regard de la responsabilité des personnes morales, l'application de l'article 100quater CP assure, compte tenu de la notion de défaut d'organisation, des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives [Convention, Articles 2, 3(1)].</p>	<p>Non visé par la procédure de suivi écrit</p>
<p>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]</p>	<p>Non visé par la procédure de suivi écrit</p>
<p>c) si la mise en œuvre de l'article 322septies 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].</p>	<p>Non visé par la procédure de suivi écrit</p>

<p>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. 322septies CP conformément à l'opinion de la Suisse [Convention, article I].</p>	<p>Non visé par la procédure de suivi écrit</p>
<p>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)].</p>	<p>Non visé par la procédure de suivi écrit</p>
<p>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)].</p>	<p>Non visé par la procédure de suivi écrit</p>

ANNEXE 2

LISTE DES PARTICIPANTS DURANT LA VISITE SUR PLACE

Administration fédérale	
Département Fédéral de Justice et Police DFJP	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Office fédéral de la justice: Unités droit pénal et droit civil ▪ Office fédéral de la Police: Police judiciaire fédérale (fedpol) Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) Autorité de surveillance en matière de révision (ASR)
Ministère Public de la Confédération	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Centre de compétences entraide judiciaire ▪ Centre de compétences criminalité économique
Tribunal Pénal Fédéral TPF	
Département Fédéral de l'économie DFE	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Secrétariat d'État à l'économie
Département Fédéral des Finances DFF	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Secrétariat d'État aux questions financières internationales SIF ▪ Contrôle fédérale des finances (rattaché administrativement au DFF) ▪ Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) ▪ Administration fédérale des contributions ▪ Office Fédéral du Personnel ▪ FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers) (rattaché administrativement au DFF)
Département Fédéral des Affaires Étrangères DFAE	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Direction politique V ▪ Direction du Développement et de la Coopération

Agences gouvernementales et établissements de droit public suisses	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Assurance suisse contre les risques à l'exportation (SERV)
Administrations cantonales	
Canton de Vaud	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Tribunal cantonal du canton de Vaud ▪ Police Cantonale Vaudoise ▪ Administration cantonale des impôts
Canton de Neuchâtel	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Bureau des acquisitions de terrains et des affaires juridiques/ Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement DTAP ▪ Tribunal Régional, Canton de Neuchâtel
Canton de Berne	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Direction des finances, Intendance des impôts ▪ Ministère public, Parquet général
Canton de Genève	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ministère public, Parquet Section IV ▪ Administration fiscale cantonale, Service du contrôle
Canton de Zoug	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ministère public
Canton de Bâle-Ville	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ministère public
Secteur privé	
Entreprises du secteur privé	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Représentants des entreprises impliquées dans le commerce international ▪ Représentants des PME œuvrant dans le commerce international
Associations représentatives du secteur privé	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Association Suisse des banquiers (ASB) ▪ Economiesuisse, Competition Policy and Regulatory Affairs ▪ SwissHoldings
Profession juridique	
Praticiens/Avocats	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Etude Schellenberg Wittmer (Genève) ▪ BCCC Avocats Sàrl (Genève) ▪ Kellerhals Anwälte, Zürich

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Haute École de Gestion, ARC, Neuchâtel, Institut de Lutte Contre la Criminalité Économique ▪ Etude Lachat Harari & Associés
Professions comptable et de vérification	
Agences privées et associations professionnelles	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Chambre fiduciaire suisse, Centre de compétence PME de la Chambre Fiduciaire ▪ Organes de révision
Société civile et universitaires	
Société civile	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Transparency International ▪ Basel Institute of Governance ▪ Déclaration de Berne (EvB)
Universitaires	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Haute École de Gestion, ARC, Neuchâtel, Institut de Lutte Contre la Criminalité Économique ▪ Faculté de droit, Université de Genève ▪ Faculté de droit, Université de Fribourg ▪ Université des sciences appliquées (HTW) Coire, Institut suisse pour l'entreprenariat (SIFE)
Médias	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Radio Télévision Suisse – Télévision Suisse Romande 	

ANNEXE 3

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AFC	Administration fédérale des contributions
Al.	Alinéa
Art.	Article
AFSR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ASR	Autorité fédérale de surveillance en matière de révision
ASRE	Assurance suisse contre les risques à l'exportation
CC	Code civil suisse
CDI	Conventions de double imposition
CF	Conseil fédéral
Ch.	Chiffre
CHF	Francs suisses
CO	Code des obligations suisse
CP	Code pénal suisse
CPP	Code de procédure pénale suisse
DDC	Direction du développement et de la coopération
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFE	Département fédéral des finances
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale
UE	Union européenne
fedpol	Office fédéral de la police
FINMA	Autorité de surveillance des marchés financiers
GAFI	Groupe d'Action Financière
GRECO	Groupe d'États contre la corruption

IDAG	Groupe de travail interdépartemental pour la lutte contre la corruption
IDE	Investissements directs à l'étranger
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10/10/97
LFINMA	Loi sur la surveillance des marchés financiers
LMP	Loi sur les marchés publics
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération
LRAI	Loi sur la restitution des avoirs illicites
MPC	Ministère public de la Confédération
MROS	Money Laundering Reporting Office Switzerland
OFJ	Office fédéral de la justice
OSEC	Organisme Suisse de soutien au développement international pour les entreprises helvétiques
PIB	Produit interne brut
PJF	Police judiciaire fédérale
PME	Petites et moyennes entreprises
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SERV	Assurance suisse contre les risques à l'exportation
SIFE	Institut suisse pour l'entrepreneuriat
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TI	Transparence internationale
TPF	Tribunal pénal fédéral
WIKRI	Centre de compétence chargé des affaires de criminalité économique et de corruption transnationale

ANNEXE 4
APPLICATIONS JUDICIAIRES AU TITRE DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE
D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS
ET DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ENTREPRISES
ET APPLICATION DE LA NON-DÉDUCTIBILITÉ FISCALE DES POTS-DE-VIN

ENCADRÉ 1 : APPLICATION JUDICIAIRE DE L'INFRACTION DE CORRUPTION ACTIVE D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS À UNE PERSONNE PHYSIQUE

Le 17 février 2010, l'Administration fiscale du canton de Genève dénonçait auprès du ministère public cantonal le versement de paiements illicites par un directeur d'établissements hôteliers genevois. Suite à cette dénonciation, une procédure était ouverte par le parquet de Genève. Celle-ci faisait ressortir qu'au cours des années 2003-2007, X., ressortissant suisse, avait versé à des intermédiaires des commissions, en liquide, pour un montant total de CHF 109'100 (environ EUR 90,000) afin que des représentations diplomatiques étrangères choisissent de séjourner dans ses établissements. L'exploitation des documents comptables des sociétés exploitant les établissements hôteliers faisait notamment ressortir que CHF 48'000 avaient été versés en 2006-07 afin que des représentants du Bureau XY séjournent dans les établissements, CHF 27'100 avaient été versés entre 2003 et 2007 afin qu'une clientèle provenant du Consulat XY et de la Mission XY séjourne dans les établissements, et CHF 34'000 avaient été versés afin qu'une clientèle liée à la Mission XY séjournent dans les établissements. L'instruction établissait que le versement de ces commissions avait permis aux établissements hôteliers de réaliser un chiffre d'affaires de CHF 1.5 million (soit environ EUR 1.2 million).

Entendu par les autorités judiciaires de Genève, le prévenu reconnaissait le fait d'avoir versé des commissions dans le but de générer une clientèle, tout en arguant que les clients ainsi apportés par les commissions n'étaient pas, selon lui, des membres de représentations officielles. Le magistrat en charge de l'affaire a estimé au contraire qu'il résultait clairement de l'examen des pièces comptables figurant au dossier que les clients faisaient partie de représentants officiels, qu'en outre un courrier de 2009 indiquait clairement que le prévenu avait pour habitude de verser des commissions à des agents étrangers, et qu'enfin il importait peu que les intermédiaires récipiendaires des commissions ne soient pas formellement attachés aux diverses missions étrangères dans la mesure où les commissions avaient pour objectif d'attirer de la clientèle diplomatique dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation. Il a également rejeté l'argument du prévenu selon lequel le versement de commissions à des agents publics étrangers serait une pratique récurrente dans l'hôtellerie. Après que soit tenu compte de l'absence d'antécédents judiciaires du prévenu et de sa situation personnelle et économique et considéré que les faits reprochés ne présentaient pas un caractère de gravité tel qu'ils nécessitaient un renvoi du prévenu devant le tribunal, X. fut condamné, par voie d'ordonnance pénale, à une amende avec sursis de CHF 49'500 (environ EUR 41'000) avec mise à l'épreuve de 3 ans et à une amende ferme de CHF 12'000 (environ EUR 10'000).

Source : Ordonnance de condamnation du Procureur Général de la République et Canton de Genève, 2 décembre 2010

ENCADRÉ 2 : APPLICATION JUDICIAIRE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ENTREPRISES

Cas 1 : Application judiciaire de l'article 102 alinéa 2 CP à la société Alstom Network Schweiz AG et Alstom SA

Par ordonnance pénale rendue par le Ministère Public de la Confédération (MPC) le 22 novembre 2011, Alstom Network Schweiz AG, agissant pour le groupe Alstom, a été reconnu coupable de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher le versement de montants de corruption à des agents publics étrangers en Lettonie, Tunisie et Malaisie, pour les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP en octobre 2003. La société a été condamnée à une amende de CHF 2,5 millions et s'est vue infliger une créance compensatrice de CHF 36,4 millions, calculée sur la base du bénéfice réalisé par l'ensemble du groupe, au moyen des contrats entachés de corruption. Elle a en outre été condamnée à prendre à sa charge les frais de procédure afférents à hauteur de quelque CHF 95'000.

Par décision du même jour, le MPC a classé la procédure ouverte à l'encontre de la maison mère, Alstom SA, sise en France, au motif que l'enquête avait démontré que le groupe avait fait des efforts notables afin de développer les réglementations nécessaires visant à empêcher le versement de sommes illégales, en particulier de montants corruptifs, dans le cadre de ses structures (des reproches ont cependant été formulés à l'encontre du groupe, pour le fait que celui-ci n'avait pas mis en œuvre ces normes avec toute la ténacité voulue); que la société Alstom Network Schweiz AG avait été créée dans le but de centraliser les flux de paiements en faveur des consultants et d'assurer un meilleur respect des devoirs de compliance et que rien ne permettait de mettre en évidence un agissement systématique par l'utilisation de « caisses noires » ; et que le groupe Alstom, après avoir reconnu les carences organisationnelles constatées, les a corrigées en renforçant le rôle du service Ethics & Compliance, qui fait désormais rapport au Conseil Général du Groupe, et en versant un montant de CHF 1 million à la Croix rouge internationale (CICR), en faveur de projets développés en Tunisie, Lettonie et Malaisie. Par ailleurs, le MPC a estimé que l'intérêt public à poursuivre était peu important étant donné qu'Alstom Network Schweiz AG avait déjà été condamnée par voie d'ordonnance pénale et s'était vue infligée une amende de CHF 2,5 millions. En dépit du classement, les deux sociétés précitées ont été condamnées solidairement aux frais de procédure, à hauteur de CHF 90'000. Les décisions rendues le 22 novembre 2011 n'ont par ailleurs pas mis un terme à l'affaire Alstom au MPC, des procédures restant encore en cours à l'encontre de personnes physiques, soupçonnées de corruption passive, ou à l'encontre de consultants.

C'est en juillet 2009, après que la procédure pénale ait été initialement menée en 2004 contre inconnus, suspendue en 2006, puis reprise pour présomption de blanchiment d'argent aggravé (art. 305^{bis}, ch. 2 CP), de corruption d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP) et de gestion déloyale (art. 158 CP) à l'encontre du gestionnaire de la conformité (compliance manager) d'Alstom, que la procédure a été étendue aux sociétés Alstom Network Schweiz AG et Alstom SA, France, pour suspicion de commission d'un délit réprimé par l'art. 102 CP. C'était la conséquence d'une première analyse de l'important matériel saisi à titre de preuves, en août 2008, au siège d'Alstom Network Schweiz AG à Baden.

L'enquête pénale à laquelle le MPC a procédé, de manière exhaustive entre 2008 et 2011, a notamment porté sur les activités du gestionnaire de la conformité et, depuis juillet 2009, sur celles des sociétés „Power" und „Power Services" opérant dans le secteur des centrales électriques. Les investigations se sont finalement concentrées sur une quinzaine de pays, dans lesquelles des commissions rogatoires ont été adressées ; le MPC a par ailleurs fait usage du mécanisme de l'information spontanée en faveur de huit pays, notamment à l'endroit de la France, des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne. L'enquête pénale a révélé que les consultants engagés par Alstom sur la base de contrats de conseils, en Tunisie, Lettonie et Malaisie, avaient versé une partie considérable de leurs honoraires à des décideurs étrangers et qu'ils avaient, de ce fait, exercé une influence sur eux au profit d'Alstom.

ENCADRÉ 2 : APPLICATION JUDICIAIRE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ENTREPRISES (suite)

Dans le cadre de l'ensemble de la procédure dirigée à l'encontre d'Alstom Network Schweiz AG et d'Alstom SA, le MPC a examiné, en collaboration étroite avec la Police judiciaire fédérale, douze projets de centrales électriques répartis sur tous les continents. Il a constaté, dans ce contexte, d'autres contraventions aux règles internes de compliance, mais aucun acte de corruption n'a pu être prouvé après l'entrée en vigueur de l'art. 102 CP, en dépit de recherches étendues. Pour ce qui est de ces projets, la procédure dirigée contre les deux sociétés Alstom prévenues a été classée, sans indemnité à verser et avec mise des frais de procédure afférents à la charge des deux sociétés Alstom, après que le MPC n'ait pu établir aucun soupçon justifiant une mise en accusation (art. 319, al. 1, let. a CPP) ou ait constaté que les entreprises n'étaient pas punissables pour les actes commis avant octobre 2003 (art. 319, al. 1, let. b CPP).

Les décisions rendues dans le contexte de l'affaire Alstom ont été traduites en anglais et rendues publiques par le MPC par le biais de son site internet.

Source : Ordonnance de classement (traduction non officielle en anglais), Berne, 22 novembre 2011 ; complément d'information fourni par les autorités suisses.

Cas 2 : Application judiciaire de l'article 102 alinéa 1 CP à une entreprise commerciale

Le 28 juin 2004, un véhicule fut enregistré, lors d'un contrôle de vitesse sur une autoroute suisse, à 162 km/h, alors que la vitesse était limitée à 100 km/h. Une demande d'identité du conducteur responsable fut adressée à l'entreprise X, propriétaire du véhicule impliqué. L'entreprise répondit à la police que le véhicule était loué par la société Y. Cette dernière a argué que la qualité des photographies prises par le radar ne permettait pas de déterminer avec certitude qui était le conducteur au moment des faits. Z, directeur général délégué de Y, a précisé qu'en raison du nombre important d'employés, il n'était pas en mesure de dire qui conduisait le véhicule au moment de l'excès de vitesse. Il a ajouté que les véhicules de la société n'étaient pas tous attitrés et qu'il n'existait pas de carnet de bord à l'intérieur de ceux-ci. Le juge d'instruction en charge de l'affaire a estimé que le fait de ne pas pouvoir établir quel employé circule avec le véhicule d'entreprise à une date déterminée constitue un manque d'organisation de l'entreprise au sens de l'article 100^{quater} alinéa 1 CP (dorénavant art. 102 alinéa 1). La société fut reconnue coupable de violation grave des règles de la circulation routière et condamnée à une amende d'environ EUR 2 300.

Source : Revue fribourgeoise de jurisprudence 2005, 59 et seq.; voir également: Journal des tribunaux 2005, I, 558.

ENCADRÉ 2 : APPLICATION JUDICIAIRE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ENTREPRISES (suite)

Cas 3 : Application judiciaire de l'article 102 alinéa 2 CP à un intermédiaire financier

Le 11 février 2005, la Poste effectua auprès d'un office postal dans le canton de Soleure un versement de 4,6 millions de francs suisses en espèces, soit 4600 billets de 1000 francs, en faveur d'une société de placement. L'argent était arrivé la veille sur le compte de cette société et provenait d'un placement de 5 millions de francs effectué par deux clients hollandais. Constatant ce versement, une employée de l'office postal contacta immédiatement le service interne spécialisé dans le blanchiment d'argent. L'expert du service vérifia uniquement que le compte concerné n'avait pas été bloqué et qu'il était suffisamment approvisionné. Le magistrat en charge de l'affaire a estimé que le fait que la crédibilité d'un versement inhabituellement élevé n'ait pas été vérifiée avant la transaction comme l'exige la loi sur le blanchiment d'argent et l'impossibilité d'imputer l'infraction à l'un des employés de Postfinance constituait un manque d'organisation au sens de l'art. 102 al. 2 CP. La Poste fut en conséquence reconnue coupable de violation à la loi anti-blanchiment et condamnée à une amende de CHF 250,000 (environ EUR 205,000). Le Ministère public avait requis une amende de CHF 2,6 millions (environ EUR 2,1 millions).

Source : articles de presse, Jugement du Tribunal administratif de Soleure du 21 avril 2011; recours pendant au moment de l'évaluation de la Suisse en Phase 3 auprès de la Cour suprême du Canton de Soleure.

Cas 4 : Application judiciaire de l'article 102 alinéa 1 CP à un établissement financier

Dans le contexte d'une procédure pénale ouverte en Suisse et de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire brésilienne, le Ministère Public de la Confédération a découvert que la banque Y. à Genève avait commis des erreurs relatives à l'identification des bénéficiaires économiques lors de l'ouverture d'une relation bancaire d'une société X., à Panama, en décembre 2002. En 2005, la relation avec X. a été identifiée par la banque comme une relation présentant des risques accrus en raison du maintien d'actifs dépassant CHF 25 millions. Cependant, la mauvaise identification des ayants droit économiques par la banque s'est prolongée jusqu'en juillet 2010, date à laquelle l'erreur relative à l'identification du bénéficiaire économique a été corrigée.

Par ordonnance pénale en date du 15 juillet 2011, la banque, en tant que personne morale, a été condamnée pour défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305ter CP), après qu'il ait été établi que celle-ci avait « omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requéraient les circonstances » et que cela était imputable à une mauvaise organisation qui a eu pour conséquence l'impossible identification d'un auteur particulier (art. 102 al. 1 CP). La compétence du MPC au lieu du MP genevois a été établie parce que les faits s'étaient produits pour partie à l'étranger et pour partie en Suisse. Par respect du principe de non rétroactivité des lois, le MPC s'en est tenu aux faits postérieurs au 1^{er} octobre 2003, les dispositions relatives à la responsabilité pénale de l'entreprise n'étant entrées en vigueur qu'à cette date. En ce qui concerne la prescription et la responsabilité des personnes morales, le MPC n'a pas considéré que l'art. 102 CP fondait une infraction indépendante qui devrait être qualifiée de contravention (infraction sanctionnée par une amende), dont la prescription serait de trois ans. Il a considéré que la prescription de sept ans, applicable à l'infraction de défaut de vigilance en matière d'opération financière (art. 305ter CP), à la base de la condamnation de la personne morale, devait être retenue. Le MPC a fixé à CHF 300 000 l'amende prononcée à la charge de la banque Y.

Source : Ordonnance pénale du Ministère Public de la Confédération, 15 juillet 2011.

ENCADRÉ 3 : APPLICATION DE LA NON-DÉDUCTIBILITÉ FISCALE DES COMMISSIONS OCCULTES AU SENS DU DROIT PÉNAL SUISSE

Suite à deux communications de l'Administration fédérale des contributions (AFC), Division principale de la taxe sur la valeur ajoutée, à l'Administration fiscale du canton de Genève, concernant chacune une société anonyme, déployant une activité dans le domaine de l'hôtellerie, qui avait comptabilisé des charges de véhicules non justifiées par l'usage commercial, l'Administration fiscale du canton de Genève a engagé, pour l'impôt fédéral direct et pour l'impôt cantonal et communal, des procédures en soustraction d'impôt.

Dans ce cadre, elle a effectué sur place un audit approfondi de la comptabilité des deux sociétés anonymes. C'est en vérifiant les frais des représentations qu'elle a découvert fortuitement des justificatifs comptables portant le nom de représentation diplomatiques de trois états étrangers. L'administration fiscale cantonale a questionné le directeur des deux sociétés anonymes et a constaté que les justificatifs comptables concernaient des versements « occultes » qui avaient pour objectif d'attirer la clientèle des représentations diplomatiques susmentionnées. Les versements étaient « occultes » parce qu'ils ne figuraient pas, sous forme de rabais, sur les factures d'hôtel adressées auxdites représentations diplomatiques. Ces versements totalisaient CHF 109'100 et étaient répartis sur 5 ans.

Sur cette base, l'Administration fiscale du canton de Genève a corrigé le bénéfice des sociétés anonymes impliquées dans cette affaire en refusant la déduction des versements occultes. De plus, elle a infligé à ces sociétés anonymes une amende pour soustraction d'impôt dont la quotité s'élevait à 0.75 fois le montant de l'impôt soustrait. Cette quotité, normalement fixée à 1 fois le montant de l'impôt soustrait, avait été réduite à 0.75 fois pour tenir compte de la bonne collaboration des sociétés. Les rectifications ont été effectuées en décembre 2009 et sont entrées en force de même que les amendes. En février 2010, l'administration fiscale a dénoncé l'affaire au Ministère public (voir encadré 1). Le 2 septembre 2010, le Procureur général de la République et canton de Genève a rendu une ordonnance de condamnation à l'encontre du directeur des deux sociétés anonymes. Dans cette ordonnance, il a été constaté que le directeur des deux sociétés anonymes s'était rendu coupable de corruption d'agents publics étrangers au sens de l'article 322^{septies} du Code pénal. Il a été condamné avec sursis (délai d'épreuve de 3 ans) à une peine pécuniaire de 150 jours-amende (montant du jour amende fixé à CHF 330). En outre, il a été condamné à une amende ferme de CHF 12'000. Cette ordonnance est devenue exécutoire.

Source : Réponses de la Suisse aux demandes d'information supplémentaire