



Strasbourg, 4 avril 2008

Greco Eval I-II Rep (2007) 1F

Premier et Deuxième Cycles d'Evaluation conjoints

Rapport d'Evaluation sur la Suisse

Adopté par le GRECO
lors de sa 37^e Réunion Plénière
(Strasbourg, 31 mars – 4 avril 2008)

INTRODUCTION

1. La Suisse a adhéré à l'accord partiel établissant le GRECO le 1^{er} juillet 2006, c'est-à-dire après la clôture du Premier Cycle d'Evaluation. Par conséquent, elle devait faire l'objet d'une procédure d'évaluation conjointe couvrant les thèmes du Premier et du Deuxième Cycle (voir le paragraphe 3 ci-dessous). L'Equipe d'Evaluation du GRECO (ci-après l'EEG) était constituée comme suit : M. Peter DE ROECK (Belgique, Auditeur Général des Finances, Service Public Fédéral Budget), M. Edmond DUNGA (Albanie, Inspecteur au Département du Contrôle Administratif Interne et Directeur du Service Anti-Corruption auprès du Conseil des Ministres), M. José Antonio MOURAZ LOPES (Portugal, Juge au Tribunal d'Exécution des Peines de Coimbra), M. Jean-Pierre ZANOTO (France, Avocat général près la Cour d'Appel de Lyon). Cette EEG, accompagnée par deux membres du Secrétariat du Conseil de l'Europe, M. Michael JANSSEN et M. Christophe SPECKBACHER, s'est rendue en Suisse du 17 au 21 septembre 2007. Avant sa visite, l'EEG avait reçu les réponses aux questionnaires d'évaluation (documents Greco Eval I-II (2007) 1F Eval I – Part 1 et Greco Eval I-II (2007) 1F Eval II – Part 2), le texte des lois pertinentes et d'autres documents.
2. L'EEG a rencontré des représentants des institutions étatiques suivantes : Office fédéral de la justice, Département fédéral des affaires étrangères, Office fédéral du registre du commerce, Services du Parlement fédéral, Département fédéral des finances, Administration fédérale des finances, Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, Département fédéral de justice et police, Commission fédérale des banques, Office fédéral de la police, Secrétariat d'Etat à l'économie (seco), Ministère public de la Confédération, Office fédéral des juges d'instruction, Ombudsman du Canton de Zurich, Office fédéral du personnel, Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports, Contrôle fédéral des finances, Tribunal pénal fédéral, Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, Secrétariat de la surveillance parlementaire sur les finances et le transit alpin. L'EEG a également rencontré, à Genève, des représentants des institutions cantonales et municipales suivantes : Cour des Comptes, Office du personnel de l'Etat, Inspection cantonale des finances, Inspection des finances de la ville de Genève, service du personnel de la ville de Genève, Administration fiscale cantonale, Centrale commune d'achats, Ministère public de Genève, des Juges d'instruction, de la Police judiciaire et de la Cour de justice. En outre, l'EEG a pu s'entretenir avec des représentants de la société civile et du secteur privé : journalistes, Economie suisse, Chambre fiduciaire, Association suisse de l'audit interne, Transparency International Switzerland, Basel Institute on Governance et Institut suisse de lutte contre la criminalité économique.
3. Il est rappelé que le GRECO, conformément à l'article 10.3 de son statut, avait convenu que :
 - le Premier Cycle d'Evaluation porterait sur les thèmes suivants :
 - ❖ **Indépendance, spécialisation et moyens des organes nationaux chargés de prévenir et de combattre la corruption**¹ : Principe Directeur 3 (ci-après « PDC 3 ») : autorités responsables de la prévention, des enquêtes, de l'instruction, des poursuites et de l'imputation des infractions pénales de corruption ; statut juridique, pouvoirs, modalités de recueil de la preuve, indépendance et autonomie) ; Principe Directeur 7 (ci-après « PDC 7 » : personnalités ou entités spécialisées et responsables de la lutte contre la corruption et moyens mis à leur disposition) ;

¹ Thèmes I et II du Premier Cycle d'Evaluation

- ❖ **Étendue et portée des immunités**² : Principe Directeur 6 (ci-après « PDC 6 » : immunités recevables dans le domaine de l'instruction, des poursuites et de l'imputation d'une infraction pénale de corruption) ; et
- le Deuxième Cycle d'Evaluation porterait sur les thèmes suivants :
 - ❖ **Produits de la corruption**³ : Principes Directeurs 4 (saisie et confiscation des produits de la corruption) et 19 (liens entre la corruption et le blanchiment d'argent/la criminalité organisée), complétés, pour les membres ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173), par les articles 19.3, 13 et 23 de cet instrument ;
 - ❖ **Administration publique et corruption**⁴ : Principes Directeurs 9 (administrations publiques) et 10 (agents publics) ;
 - ❖ **Personnes morales et corruption**⁵ : Principes Directeurs 5 (personnes morales) et 8 (législation fiscale), complétés, pour les membres ayant ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173), par les articles 14, 18 et 19.2 de cet instrument.
4. La Suisse a ratifié la Convention pénale sur la corruption (STE 173) ainsi que le Protocole additionnel (STE 191) le 31 mars 2006. Ces textes sont entrés en vigueur à l'égard de la Suisse le 1^{er} juillet 2006.
 5. Le présent rapport a été élaboré à partir des réponses aux questionnaires et des informations communiquées lors de la visite sur place. Il a pour objectif principal d'évaluer l'efficacité des mesures adoptées par les autorités suisses pour se conformer aux obligations qui découlent des dispositions indiquées au paragraphe 3. Le rapport présente — pour chaque thème — une description de la situation, suivie d'une analyse critique. Les conclusions contiennent une liste de recommandations adoptées par le GRECO et adressées à la Suisse afin que ce pays améliore son degré de conformité avec les dispositions examinées.

I. VUE D'ENSEMBLE DE LA POLITIQUE ANTICORRUPTION MENÉE EN SUISSE

a. Description de la situation

6. Située entre l'Allemagne, l'Italie, l'Autriche et la France, la Suisse est un pays de taille assez modeste (41,000 km², 7,5 millions d'habitants). Son économie est une des plus prospères du monde (PIB : 293 milliards d'Euros, taux de chômage de 2,6%). En tant qu'Etat fédéral, la Suisse est constituée de 26 cantons⁶. Le franc suisse (CHF) vaut environ 0,6 €.

² Thème III du Premier Cycle d'Evaluation

³ Thème I du Deuxième Cycle d'Evaluation

⁴ Thème II du Deuxième Cycle d'Evaluation

⁵ Thème III du Deuxième Cycle d'Evaluation

⁶ Les cantons ont leur propre constitution. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est formalisée dans la constitution fédérale. La superficie des cantons varie entre 37 et 7 105 km² et leur population de 15 000 à 1 261 000 habitants (2004). La Constitution fédérale garantit leur autonomie : ils prélèvent des impôts et adoptent des lois dans tous les domaines qui ne relèvent pas de la compétence de la Confédération, comme par exemple l'éducation - sauf les universités fédérales, la gestion des hôpitaux - sauf les hôpitaux communaux et privés, la construction et l'entretien de la majorité des routes - sauf les autoroutes et routes nationales, et la police - contrairement à l'armée, d'autres charges sociales ou encore le contrôle de la fiscalité. La souveraineté des cantons se limite donc à certains domaines et est en outre toujours limitée par le principe de la primauté du droit fédéral, ou force dérogatoire du droit fédéral (contrairement à l'équipollence des normes en vigueur par exemple en Belgique).

Chaque canton définit la composition et le fonctionnement des trois pouvoirs (ils ont tous leur propre parlement, gouvernement, organisation judiciaire. En principe, il appartient aux cantons d'appliquer non seulement le droit cantonal, mais aussi le droit fédéral (fédéralisme d'exécution).

Perception de la corruption

7. Les autorités suisses sont conscientes que l'importance de la place financière suisse et la forte orientation des entreprises suisses vers le commerce international nécessitent des mesures contre la corruption internationale, mais aussi nationale. Elles indiquent que la modeste taille de son territoire, de même que les interactions fortes existant entre les sphères politique, culturelle et économique sont à double face : elles constituent une source de risques de corruption, mais également un facteur efficace de contrôle social. Selon les informations recueillies sur place, les domaines les plus touchés en Suisse seraient le secteur des marchés publics (construction, mais aussi fournitures), les activités douanière et policière, et les divers domaines caractérisés par la délivrance d'autorisations et de permis. Certains interlocuteurs rencontrés par l'EEG ont indiqué que les phénomènes de favoritisme, de copinage, et de népotisme (surtout au niveau cantonal) sont perçus comme plus inquiétants que les faits de corruption proprement dite et une proportion assez faible (3 à 10%) des cas seraient découverts et instruits. Là aussi, la plupart des cas seraient liés aux marchés publics (constructions, autoroutes, etc.).
8. La Suisse figure en 7^e place - sur 163 places - dans le classement 2006 de Transparency International avec 9.1 points sur 10 (indice de perception de la corruption). Les autorités suisses ont recensé 61 condamnations depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions pénales sur la corruption en 2000⁷, mais l'Office fédéral de la police (fedpol) admet que le nombre de condamnations ne reflète pas forcément l'ampleur réelle de la corruption, même si la corruption n'est de toute évidence pas endémique en Suisse. Selon une source, 97 à 99% des cas de corruption ne sont jamais dénoncés en Suisse (citée à la p. 9 d'un rapport du fedpol intitulé « La lutte contre la corruption en Suisse »). Le rapport 2005 du fedpol sur la Sécurité Intérieure de la Suisse souligne que la corruption dans le secteur privé reste très discrète⁸.
9. A ce jour, il n'a pas été mis en évidence de relations entre le crime organisé et la corruption, mais selon les autorités, plusieurs procédures actuellement en cours impliquant des employés de la Confédération pourraient apporter d'éventuels nouveaux éléments de réponse à cette question.

Droit pénal

10. Alors que le code pénal (CP) s'applique à toute la Suisse, il existe à l'heure actuelle plusieurs textes légaux en matière de procédure pénale : en plus de la loi fédérale sur la procédure pénale (PPF) et d'autres lois spécifiques au niveau fédéral (comme, p.ex., pour le domaine militaire), coexistent 26 codes cantonaux. Un code de procédure unifié (P-CPP) a été approuvé par le Conseil des Etats et par le Conseil national ; il remplacera les différents codes d'ici janvier 2010.⁹ Dans la perspective de son entrée en vigueur, d'importantes adaptations organisationnelles devront être prises, notamment par les cantons (d'où le délai laissé avant l'entrée en vigueur).
11. Les art. 322ter à 322octies CP règlent la corruption active et passive, de même l'acceptation et l'octroi d'un avantage commis dans le secteur public. Ces dernières infractions sont complémentaires aux infractions de corruption (art. 322ter, quater et septies CP) car elles

⁷ 3 en 2001, 12 en 2002, 6 en 2003, 13 en 2004 et 11 en 2005, basées sur les nouvelles dispositions. A ces chiffres s'ajoutent les condamnations prononcées en application des anciens articles sur la corruption, à savoir 7 en 2001, 1 en 2002, 5 en 2003, 2 en 2004 et 1 en 2005. Les statistiques pour 2006 sont encore inconnues. Selon le rapport 2005 sur la Sécurité Intérieure de la Suisse, les deux tiers des affaires jugées entre mai 2000 et fin 2004 portent sur des condamnations pour corruption d'agents publics suisses.

⁸ « de nombreuses entreprises indiquent être certes concernées par des cas de corruption mais préfèrent réprimer ces actes sans faire appel aux autorités de peur de ternir leur réputation ».

⁹ Le P-CPP a été adopté par le parlement après la fin de la visite de l'EEG, le 5 octobre 2007.

répriment l'octroi et l'acceptation d'avantages sans aucun lien avec un acte ou une omission déterminable du fonctionnaire. Elles sont punies d'une peine privative de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, alors que la corruption active ou passive qui présuppose soit un pouvoir discrétionnaire, soit une violation du devoir de l'agent public, est punie d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Ces infractions concernent les membres d'une autorité judiciaire ou autre, les fonctionnaires, les experts, traducteurs ou interprètes commis par une autorité, les arbitres et – pour ce qui concerne la corruption active et l'octroi d'un avantage - les militaires.¹⁰ Dès lors qu'il s'agit de personnes agissant pour un Etat étranger ou une organisation internationale, toutes ces infractions entraînent une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. Quant à la corruption active et passive dans le secteur privé, elle est traitée dans le cadre de la loi sur la concurrence déloyale, aux art. 4a (révisé en 2006) et 23 qui prévoient, sur plainte¹¹, une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Le trafic d'influence ne fait pas l'objet d'une disposition particulière du code pénal (selon les autorités suisses, les dispositions existantes permettraient toutefois de couvrir la plupart des actes de trafic d'influence, en particulier ceux qui impliquent l'intervention d'un agent public). La Suisse a formulé une réserve à cet effet à la Convention pénale sur la corruption (STE 173).

12. Le code pénal suisse ne sanctionne pas les infractions précitées sous la forme d'une infraction spécifique ou d'une circonstance aggravante lorsqu'elles sont commises de manière organisée. Par contre, il prévoit depuis 1994 une infraction spécifique sous la forme de l'art. 260ter, à savoir la participation ou le soutien d'une organisation criminelle (peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire, qui pourra être atténuée librement par le juge à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation). En cas de corruption commise au sein d'une telle organisation, l'art. 260ter CP s'appliquerait en concours avec les dispositions réprimant la corruption, la peine est alors augmentée jusqu'au maximum 7 ans et demi de privation de liberté (art. 49 CP).
13. Les art. 102 et 102a CP, entrés en vigueur le 1^{er} octobre 2003, instaurent un régime de responsabilité pénale des personnes morales¹² soit lorsque l'auteur individuel d'un délit ne peut pas être identifié en raison du manque d'organisation de l'entreprise, soit lorsqu'il doit être reproché à l'entreprise de n'avoir pas pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction. Ce dernier cas de figure ne concerne que certaines infractions spécifiques dont la corruption dans le secteur public et privé, l'octroi d'un avantage, le blanchiment d'argent et l'organisation criminelle. Selon le principe de territorialité, une entreprise en Suisse peut être punie lorsque les faits reprochés ont été commis entièrement ou partiellement sur le territoire suisse ou si le manque d'organisation a pris place en Suisse ou lorsqu'elle est suisse (principe fondé sur la nationalité). D'après les autorités suisses, une punissabilité de l'entreprise suisse doit aussi être reconnue lorsque les faits ont été commis par des succursales à l'étranger. Les dispositions sur le blanchiment s'appliquent indépendamment du lieu de commission des infractions principales.
14. En plus des conventions multilatérales citées au paragraphe suivant, la Suisse a conclu nombre de traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale ainsi que d'extradition. En ce qui concerne la coopération policière, la Suisse peut s'appuyer sur les instruments d'Interpol, de

¹⁰ La corruption passive ainsi que l'acceptation d'un avantage par des militaires sont incriminées par les art. 142 et 143 du code pénal militaire.

¹¹ Il s'agit d'une exigence du droit matériel et non procédural.

¹² Comprenant les personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales, les sociétés et les entreprises en raison individuelle.

l'accord de Schengen et d'Europol¹³, et sur des traités bilatéraux incluant la lutte contre la corruption. La Suisse dispose aussi d'une législation interne de 1981 en matière d'entraide judiciaire internationale¹⁴ qui lui permet d'octroyer l'entraide (entraide judiciaire, extradition, délégation de la poursuite pénale et exécution de décisions pénales) à un pays avec lequel elle n'a pas de traité en la matière. En règle générale, la réciprocité est toutefois demandée à l'Etat requérant (art. 8 de la loi de 1981), c'est-à-dire qu'il doit être en mesure d'exécuter une requête suisse correspondante et se déclarer prêt à y donner suite. En ce qui concerne l'extradition des ressortissants suisses, qu'il s'agisse de faits de corruption ou non, elle est soumise au consentement écrit de la personne intéressée, consentement qui est révoquant tant que la remise n'a pas été ordonnée. Les ressortissants suisses sont, en vertu du principe de la personnalité active, poursuivis et jugés en application du code pénal (art. 7 al. 1 CP).

Principales initiatives

15. Selon les autorités suisses, la lutte contre la corruption est devenue depuis les années 1990 l'un des thèmes majeurs de la politique suisse en matière de criminalité. Plusieurs affaires ont mobilisé l'opinion publique et pour le gouvernement suisse (Conseil fédéral), cette lutte constitue simultanément un élément indispensable pour le maintien et le développement de l'intégrité des institutions étatiques, de la prospérité et de la stabilité économiques, et pour renforcer l'attractivité de l'espace économique suisse au niveau international. Ainsi, la Suisse a ratifié, le 31 mai 2000, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et, le 31 mars 2006, la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe (STE N° 173). La Suisse a également signé la Convention des Nations Unies contre la corruption dont la ratification est prévue en 2008. Quant à la Convention civile du Conseil de l'Europe (STE N° 174), elle n'a pas encore été signée, même si elle s'accorde dans l'ensemble avec le droit suisse de la responsabilité civile.¹⁵ Les représentants suisses ont beaucoup insisté sur les diverses mesures prises ces dernières années pour renforcer la capacité du pays à coopérer au plan international dans les affaires criminelles de dimension transnationale, dont celles de corruption. Divers exemples de coopération réussie ont été rapportés et décrits aux évaluateurs.
16. Au sein de l'Administration fédérale l'accent a été mis sur la prévention de la corruption, notamment par l'établissement, en 2000, d'un code de comportement pour les employés de la Confédération¹⁶ (environ 35.000 personnes) et d'autres mesures de sensibilisation du personnel comme, par exemple, la mise en place de cours de management, de séances d'information et de cours de formation. Egalement en 2000, a été créé un groupe de travail interdépartemental sur la corruption qui sert de forum de discussions et d'échange d'informations. Il s'est transformé, en 2004, en « groupe consultatif sur la corruption ». Une trentaine d'offices fédéraux en font partie et six des sept départements y sont représentés.
17. En 2003, le Conseil fédéral a adopté un rapport sur la prévention de la corruption qui contient notamment des précisions concernant l'interdiction d'accepter des avantages dans l'administration fédérale, la réglementation des activités accessoires, les mesures de contrôle internes et externes et le recours plus fréquent au principe « des quatre yeux » dans les

¹³ La coopération dans le cadre Schengen et d'Europol est basée sur des accords avec l'Union Européenne

¹⁴ Loi fédérale sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale du 20 mars 1981, EIMP.

¹⁵ Une des principales difficultés réside dans le fait que contrairement à la convention, le droit suisse prévoit un délai d'action d'une année pour la responsabilité fondée sur les actes illicites. Un projet d'unification de la responsabilité civile qui devait être soumis au Parlement vise à y remédier, mais ce projet ne fait pas encore l'objet d'un calendrier précis.

¹⁶ Par ailleurs, de nombreuses entités de l'administration fédérale ont élaboré leurs propres règles de conduite et au niveau cantonal, il existe des codes de conduite ou directives pour des fonctions exposées, comme par exemple la police.

procédures décisionnelles. En avril 2006, le Conseil fédéral a pris connaissance des lignes directrices de l'Office fédéral du personnel du 27 mars 2006 relatives aux activités accessoires et aux charges publiques.

18. Au niveau répressif, le Parlement suisse a adopté, en 1999, des mesures visant à améliorer l'efficacité et la légalité dans la poursuite pénale (dit « projet d'efficacité »). A cet effet, des compétences nouvelles et des moyens accrus ont été accordés à la Confédération, pour lutter efficacement contre la criminalité internationale, y compris en matière de corruption, et pour décharger les petits et moyens cantons. Le Ministère public fédéral a été doté d'une unité spécifique pour combattre le crime organisé, le blanchiment d'argent et la corruption.
19. La détection d'actes de corruption est promue par une nouvelle loi fédérale sur l'interdiction de déduire fiscalement les commissions occultes, entrée en vigueur au début de 2001.

b. Analyse

20. L'EEG se félicite de ce que la Suisse ait ouvert un débat interinstitutionnel sur la corruption et pris, depuis 2000, une série de mesures afin de mettre sa législation en conformité avec les conventions du Conseil de l'Europe et de l'OCDE relatives à la lutte contre la corruption. Ainsi, les incriminations de corruption ont été redéfinies, renforcées et étendues aux agents publics étrangers, au secteur privé et aux personnes morales. En même temps, des réformes institutionnelles importantes ont été mises en oeuvre telles que l'attribution de compétences plus étendues aux autorités fédérales de poursuite pénale, associée au renforcement des moyens humains et matériels mis à la disposition de la Confédération pour la poursuite pénale et la création du tribunal pénal fédéral. Enfin, des mesures de sensibilisation du personnel de la Confédération ont été prises et le « groupe consultatif sur la corruption » a été mis en place. L'EEG estime que ces différentes réformes et initiatives doivent être saluées et témoignent d'une prise de conscience du problème de la corruption et de la volonté des autorités suisses d'y faire face.
21. L'EEG a pris note du nombre restreint de condamnations pour corruption et de l'absence de toute condamnation à ce jour en application des art. 4a et 23 LCD qui ont été révisés en juillet 2006 (la corruption dans le secteur privé). Il n'a pas été relevé non plus un grand nombre de poursuites contre des personnes morales. Les entretiens sur place ont révélé que les affaires complexes de corruption étaient difficiles à mener à terme, notamment lorsqu'elles dépendent de l'octroi de l'entraide de pays tiers. S'agissant de la corruption dans le secteur privé, qui ne se poursuit que sur plainte, il a été indiqué que l'incrimination de gestion déloyale (art. 158 CP) permettait à la justice de parvenir à une condamnation même en l'absence de plainte. L'EEG en conclut que la mise en pratique effective des réformes entreprises nécessite de poursuivre activement les efforts. Dans ce contexte, on peut regretter que le plan destiné à renforcer les effectifs de la justice et de la police fédérales n'a pas été mené à son terme pour des raisons budgétaires, et ce même si les personnes entendues ont indiqué que les effectifs actuels n'étaient pas un problème. Etalés sur huit ans, les recrutements se sont en fait arrêtés en 2003.¹⁷
22. L'EEG a noté que ces dernières années, les autorités suisses ont pris de nombreuses initiatives de sensibilisation au phénomène de corruption, notamment au niveau des départements fédéraux de justice et police, de l'économie et des affaires étrangères, p.ex. à travers l'élaboration de codes de conduite. Cependant, elle a dû constater qu'il n'existe pas d'organisme chargé d'analyser les différentes formes de corruption détectées afin de dégager une approche

¹⁷ A titre d'exemple des conséquences, 500 policiers ont finalement été recrutés au lieu des 800 envisagés.

ou stratégie globale de lutte contre ces phénomènes. Ce constat vaut aussi bien pour le niveau fédéral que pour le canton visité (le canton de Genève, bien qu'un dispositif de contrôle interne ait été mis en place en 2007). Le « groupe consultatif sur la corruption » n'est, pour l'instant, qu'un groupe d'échange d'informations et d'expériences, dépourvu de pouvoirs décisionnels et qui n'a, jusqu'à maintenant, effectué par lui-même aucune étude systématique sur la corruption, et qui s'il collabore régulièrement avec le secteur privé, les entreprises, les ONG et le monde universitaire, n'a pas encore véritablement impliqué les cantons dans sa réflexion et ses travaux, ni produit de résolution ou texte d'orientation générale. On peut se féliciter des travaux du fedpol (rapports annuels sur la sécurité intérieure de la Suisse qui comportent une section sur la corruption, étude de juillet 2007 dédiée à la corruption en Suisse), mais de l'avis de l'EEG, ces travaux peuvent encore être approfondis et complétés avec davantage d'informations empiriques et/ou disponibles auprès d'autres institutions nationales (il est ressorti des entretiens que les informations du niveau cantonal n'avait pas encore été prises en compte, diverses autorités, y compris administratives, détiennent chacune des portions de connaissance en la matière ; le nombre d'enquêtes ou poursuites initiées au plan national reste par exemple inconnu). Les entretiens avec les représentants du secteur économique et commercial révèlent que leurs efforts actuels sont surtout orientés vers la corruption internationale, et pas la corruption interne au pays.

23. Dans ces conditions, il n'est peut-être pas surprenant qu'il n'ait pas encore été élaboré d'approche plus globale sur la lutte contre la corruption au sein de la Confédération helvétique. Selon les autorités suisses, une telle approche se heurterait naturellement à des obstacles, en raison notamment de la répartition constitutionnelle des tâches entre les cantons et la Confédération. L'EEG note d'ailleurs avec intérêt que le rapport du fedpol intitulé « La lutte contre la corruption en Suisse » de juillet 2007 exprime clairement qu'il « *serait souhaitable que le Ministère public de la Confédération et la Police judiciaire fédérale s'allient autour d'une stratégie commune et collaborent étroitement avec les cantons, le Contrôle fédéral des finances et les administrations fiscales* » (p. 11).
24. De l'avis de l'EEG, ces diverses propositions méritent d'être soutenues. De tels modes de coopération pourraient d'ailleurs être mis en place à partir d'une plateforme de travail commune dont la composition varierait en fonction des travaux (typiquement : élaboration de politiques publiques, travail opérationnel, rencontre de compétences interdisciplinaires et spécialistes, diffusion de bonnes pratiques et instruments contre la corruption, développement d'une gestion basée sur l'intégrité au niveau fédéral et cantonal, sensibilisation).
25. En conséquence, l'EEG recommande de doter le groupe consultatif sur la corruption, ou toute autre structure appropriée, des moyens et des pouvoirs nécessaires pour initier une stratégie / des politiques anti-corruption concertées au niveau national (en associant fédération et cantons, autorités administratives et judiciaires, compétences interdisciplinaires et spécialistes).

II. INDÉPENDANCE, SPÉCIALISATION ET MOYENS DES ORGANES NATIONAUX CHARGÉS DE PRÉVENIR ET DE COMBATTRE LA CORRUPTION

a. Description de la situation

Organes répressifs compétents au niveau de la Confédération et des cantons

Confédération

26. Selon la nouvelle répartition des compétences en matière de poursuite pénale des infractions liées à la délinquance économique et financière entre la Confédération et les cantons¹⁸, la Confédération est exclusivement compétente lorsque les faits de crime organisé, de financement du terrorisme, de corruption ou de blanchiment d'argent sont commis par des fonctionnaires de l'administration fédérale ou à l'encontre de la Confédération ou lorsque les actes ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger ou encore si les actes ont été commis dans plusieurs cantons sans prédominance de l'un d'entre eux. Une compétence concurrente et facultative de la Confédération est prévue pour les cas de la criminalité économique particulièrement complexe.
27. Le Ministère public de la Confédération (MPC) est l'autorité d'investigation et d'accusation de la Confédération. Il a pour mission de mener des investigations de police, de soutenir l'accusation par-devant des tribunaux et d'exécuter les demandes d'entraide judiciaire dans son domaine de compétence. Suite aux nouvelles compétences de la Confédération en matière de poursuite pénale, le MPC a été renforcé en 2002: une section composée de 15 équipes (chacune comprenant un procureur, un procureur-suppléant ou un procureur-assistant, ainsi qu'une greffière) est chargée des affaires de crime organisé, de blanchiment d'argent et notamment de corruption, à caractère international et intercantonal ; une section composée de 3 équipes s'occupe notamment des affaires de corruption pour lesquelles des fonctionnaires fédéraux sont soupçonnés ou qui ont été commises au détriment de la Confédération ; enfin, une troisième section, composée actuellement de trois équipes est spécialisée dans l'exécution de demandes d'entraide internationales passives (adressées à la Suisse).
28. Le procureur général, en tant que chef du MPC, est nommé par le Conseil fédéral pour une durée de quatre ans et ne peut être révoqué que par ce dernier. Son indépendance fonctionnelle est garantie par l'article 16 al. 4 de la loi fédérale sur la procédure pénale qui dispose : « *Le procureur général, ses substituts et ses représentants accomplissent leurs tâches sans recevoir d'instructions de l'autorité de nomination* ». L'article 14 du même texte ajoute que « *pour ses réquisitions, le procureur général s'inspire de sa propre conviction* ». Son indépendance est encore soulignée par la loi sur le personnel. Aucun texte ne permet au responsable du Département fédéral de justice et police (DFJP), c'est-à-dire le ministre de la Justice, de donner des instructions au procureur général. Le tribunal pénal fédéral qui est la juridiction compétente depuis 2004 pour juger en première instance les affaires pénales relevant de la Confédération, est l'autorité de surveillance et de recours du MPC. Sur le plan purement administratif et budgétaire, le MPC dépend par ailleurs du DFJP.
29. Le MPC est assisté lors de ses investigations par la Police judiciaire fédérale (PJF) de l'Office fédéral de la police (fedpol). La Police judiciaire est soumise à la surveillance et aux instructions du Ministère public ou du juge d'instruction. Au sein de la PJF, une division appelée « Enquête Protection de l'Etat/Délits spécifiques » a été créée, elle-même subdivisée en divers commissariats, dont un est destiné entre autres spécifiquement à la lutte contre la corruption. La

¹⁸ Articles 336 et 337 CP, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

centralisation des cas complexes de corruption et de crime organisé en main du MPC et de la PJF a pour effet d'assurer une coopération étroite des commissariats spécialisés dans ces différents domaines. Concrètement, dans le cadre d'une instruction pénale, des groupes d'enquête pluridisciplinaires peuvent être constitués qui permettent de faire appel à des spécialistes du domaine de la corruption et des spécialistes du domaine du crime organisé. L'EEG a été informée lors de la visite qu'au sein du fedpol, sept personnes sont affectées à la lutte contre la corruption, plus une personne chargée de l'analyse économique et financière. Ces dernières ont effectué 51 enquêtes ayant un lien avec la corruption, y compris celles accomplies dans le cadre des demandes d'entraide judiciaire, entre 2003 et 2007. 12 enquêtes sont actuellement en cours. Selon les interlocuteurs rencontrés, les effectifs affectés à la lutte contre la corruption seraient globalement adaptés, bien qu'ils indiquent que le plan destiné à renforcer les effectifs de la justice et de la police fédérales n'a pas été mené à son terme (500 policiers recrutés au lieu des 800 prévus) et qu'avec plus de personnel, les services de police pourraient intensifier le travail d'investigation en matière de corruption ainsi que la coopération avec les services cantonaux.

30. Dans le cadre de la centralisation des compétences au niveau de la Confédération, des analystes économiques ou spécialistes financiers ont été engagés tant au MPC qu'à la PJF. Les collaborateurs recrutés entre 2002 et 2004 ont suivi une formation de trois mois sur les domaines spécifiques de la poursuite du crime organisé, de la criminalité économique, de l'entraide judiciaire internationale et, notamment, de la corruption et bénéficient au cours de leur carrière d'une formation continue permanente dispensée par des cours et des conférences spécialisés. Enfin, le MPC a désigné deux procureurs, comme personnes de contacts, pour répondre aux différentes questions relatives à la corruption nationale, au niveau fédéral. Au sein du fedpol, les personnes appelées à remplir ces tâches disposent d'une formation spécifique en matière de criminalité économique.
31. Le Ministère public effectue les premières investigations en collaboration avec la Police judiciaire. Lorsque les présomptions se confirment, le dossier est transmis au juge d'instruction fédéral (instruction préparatoire).¹⁹ Au terme de l'instruction, le dossier retourne au Ministère public qui décide de prononcer la mise en accusation ou de suspendre l'instruction. En cas de présomptions suffisantes, il dépose l'acte d'accusation auprès du tribunal pénal fédéral, compétent pour juger des affaires découlant des art. 336 et 337 CP.
32. Le 1^{er} avril 2004, le nouveau tribunal pénal fédéral, dont le siège se trouve à Bellinzone, a commencé son activité²⁰. Il est l'autorité juridictionnelle ordinaire de la Confédération en matière pénale. Son activité est scindée en trois cours indépendantes:
 - La cour des affaires pénales statue en première instance des infractions relevant de la juridiction fédérale, parmi lesquelles on retrouve les infractions de corruption qui entrent dans la délimitation de compétence des art. 336 et 337 CP.
 - La cour des plaintes a pour mission d'exercer la surveillance sur les autorités d'investigation et d'instruction de la Confédération.
 - Une troisième cour traite les recours en matière d'entraide judiciaire internationale, depuis le 1^{er} janvier 2007.
33. Les juges fédéraux et leurs suppléants sont élus par le parlement fédéral pour une durée de 6 ans (art. 1, al. 2 et art. 5 de la Loi fédérale sur l'organisation judiciaire).

¹⁹ Les juges d'instruction fédéraux sont nommés par le Tribunal fédéral (art. 13 PPF).

²⁰ Jusqu'à sa création, les actes d'accusation du MPC étaient déposés auprès des tribunaux cantonaux.

34. Procureurs et juges d'instruction fédéraux deviennent fonctionnaires avec leur deuxième réélection (troisième mandat). Il n'existe pas d'exigence légale de diplôme ou de formation quelconque pour les magistrats fédéraux mais il existe depuis 10 ans une formation en cours d'emploi spécialement destinée aux magistrats qui débudent dans leur fonction. Pour les francophones, cette formation est dispensée dans le cadre de l'Université de Neuchâtel. Pour les germanophones, la formation a lieu à Lucerne. De plus, au moment de la nomination, on requiert en pratique au minimum 10 ans d'expérience comme magistrat cantonal. Un quart d'entre eux ont effectué la formation spécialisée en criminalité économique qui se déroule sur deux années, en cours d'emploi également.

Cantons

35. Si dans tous les cantons une séparation nette existe entre la fonction de juger et celles d'instruire et poursuivre, il existe des différences quant à la séparation entre la fonction de poursuivre et celle d'instruire. Cette séparation est appliquée de manière stricte dans plusieurs cantons dont celui de Genève (système dit de l'accusation publique), alors que dans d'autres cantons, le Ministère public cumule les fonctions de partie poursuivante et de juge d'instruction; il décide de l'ouverture des poursuites, dirige l'enquête et soutient l'accusation (système de cumul des fonctions). Dans onze cantons, le juge d'instruction déclenche l'action publique et est soumis à l'autorité du procureur général (système mixte). Finalement, dans quelques cantons le Ministère public est partie au procès pénal dès l'ouverture de la poursuite par le juge d'instruction qui jouit d'une totale d'indépendance à son égard (système du Ministère public partie au procès)
36. Concernant la désignation des représentants du Ministère public au niveau des cantons, la règle est l'élection populaire; seuls cinq cantons prévoient la nomination par le pouvoir exécutif. Les juges de première instance sont eux élus dans vingt cantons par le peuple, dans trois par le parlement, dans deux par le tribunal cantonal et dans un canton par un collège électoral composé de membres du gouvernement et du tribunal cantonal. Les juges de second degré sont élus dans seize cantons par le parlement, dans dix par le peuple. Les périodes de fonction (mandats) varient entre trois et dix ans.
37. Les cantons ne connaissent en grande majorité pas d'organisme spécifique de lutte contre la corruption, mais presque tous ont une structure spécifique pour traiter les infractions de nature économique. Ces spécialisations peuvent exister au stade de la police et de l'instruction (p.ex. au canton de Genève), uniquement au stade de l'instruction, ou encore seulement au niveau de la police judiciaire. Finalement, quelques cantons ont prévus de tels organismes spécialisés à tous les stades de la procédure (enquête, instruction et jugement). L'EEG a été informé lors de sa visite sur place, que dans le canton de Genève les cas de corruption sont traités, sous l'autorité du procureur général ou des juges d'instruction, par la brigade financière qui comprend 17 policiers et 2 analystes financiers. Deux enquêtes concernant la corruption étaient en cours au moment de la visite.
38. L'EEG a également appris sur place que certains cantons connaissaient le principe des juges laïques (généralement élus par le peuple et nommés par les partis politiques). Ceux-ci siègent aussi en matière pénale et statuent en formation avec des juges professionnels (par exemple un juge professionnel pour quatre juges laïcs quand il s'agit de juger une infraction passible de plus d'un an d'emprisonnement). Il a aussi été indiqué que les cumuls de fonctions étaient parfois possibles (le cas d'un avocat au barreau, par ailleurs procureur suppléant, a été décrit). L'EEG a aussi relevé qu'il n'existait pas toujours de véritable cursus imposé pour les magistrats. L'EEG a

été avisée qu'au niveau des cantons, des diplômes (diplôme universitaire et brevet d'avocat) et une expérience (par ex. 10 ans en tant que greffier juriste) sont requis.

L'unification de la procédure pénale

39. Le nouveau code de procédure pénale unifié modifiera radicalement les règles de procédures actuelles au niveau de la Confédération et de certains cantons puisqu'il prévoit l'abolition du juge d'instruction. Il appartiendra au seul Ministère public de conduire les investigations, de diriger l'instruction, de mettre le prévenu en accusation et de soutenir celle-ci devant les tribunaux. Selon les autorités helvétiques, cette concentration de compétences vise à conférer à la poursuite pénale une plus grande efficacité. La position prépondérante du Ministère public sera contrebalancée par l'instauration d'un tribunal des mesures de contrainte ainsi que par un renforcement des droits de la défense.

Autres autorités

40. Le « groupe consultatif sur la corruption » (voir section précédente) vise en premier lieu à assurer la cohérence de la politique suisse en matière de corruption. Il se réunit deux à trois fois par an, dont une fois avec des représentants du secteur privé et de la société civile. Au cours d'un tour de table, chaque office présente les actions entreprises dans le domaine de la lutte contre la corruption. Les grands chantiers comme les travaux au Conseil de l'Europe, à l'OCDE, à l'ONU ainsi que les travaux des chambres fédérales y sont régulièrement abordés. En plus, des réflexions sont actuellement menées sur le futur rôle du groupe et sur les possibilités de développer une stratégie globale qui fixerait des priorités dans la lutte contre la corruption au niveau fédéral.
41. Parmi les différentes entités de la Confédération engagées dans la lutte contre la corruption, sont à mentionner deux services spécialisés au secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) : dans le Secteur Investissements internationaux et entreprises multinationales, deux personnes ont pour tâche de sensibiliser à cette lutte les entreprises suisses actives à l'étranger et de les soutenir dans leurs efforts ; par ailleurs, deux personnes du Secteur Controlling travaillent à la prévention de la corruption dans le domaine de la coopération économique au développement. Le SECO a édité en 2003 une brochure intitulée « Prévenir la corruption – Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger », qui est également mise en ligne, et dont une 2^{ème} édition est prévue pour début 2008²¹. L'EEG a été informée que le SECO sert de point de contact au public pour le signalement de comportements contraires aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (qui incluent un chapitre sur la corruption), mais que dans les 5 à 10 cas signalés par an figurent très rarement des cas de corruption (2 cas transmis au Ministère public sur les 6 dernières années).
42. En mars 2006, la Direction pour le développement et la coopération (DDC) a décidé d'établir dans l'unité d'organisation « Tâches Spéciales et Prévention de la Corruption » un « *Compliance Office* » doté d'un poste à 50% et chargé, outre la prévention de la corruption interne, de recevoir des dénonciations de corruption interne ou externe. Selon le code de conduite, les agents de la DDC sont tenus d'informer soit leur supérieur soit le « Compliance Office » sur les constats de corruption. Le Compliance Office est chargé, dans les limites de la loi existante, de veiller à la protection des donneurs d'alerte (*Whistleblowers*). Le Compliance Office a l'obligation d'informer, sous forme anonyme si nécessaire, le vice-directeur du domaine concerné, la section Affaires

²¹ Celle-ci a été publiée comme prévu.

juridiques, le service Systèmes et conseils financiers et l'Audit interne. L'EEG a été informée que jusqu'ici, aucun cas de corruption commise en Suisse n'a été signalé au Compliance Office.

43. La surveillance des finances publiques est confiée au niveau fédéral et dans la plupart des cantons à une commission parlementaire. Celle-ci s'appuie sur les travaux d'un organe de surveillance financière, le Contrôle fédéral des finances (CDF) au niveau fédéral. Cet organe est indépendant du pouvoir exécutif et correspond directement avec les commissions des finances du parlement auxquelles doivent être transmis tous les rapports d'audit et toute la correspondance échangée avec les entités auditées. Le CDF dispose d'un budget annuel d'environ CHF 17 millions et occupe une centaine de personnes. Il peut, si nécessaire, engager des experts externes. Ses collaborateurs sont sensibilisés dans le cadre de la formation interne aux signes permettant de soupçonner des actes délictueux, ainsi qu'aux facteurs favorisant la commission de tels actes.
44. Le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (*Money Laundering Reporting Office Switzerland* ou MROS) est la section de l'Office fédéral de la police (fedpol) faisant office de cellule de renseignement financier. En tant qu'office central national, le MROS reçoit, analyse et, si nécessaire, transmet aux autorités de poursuite pénale les communications de soupçons fondés des intermédiaires financiers relatives au blanchiment d'argent, au financement du terrorisme et aux fonds d'origine criminelle ou provenant d'organisations criminelles.²²
45. Les personnes qui entrent dans le service diplomatique et consulaire de la Suisse reçoivent une instruction spécifique du Département fédéral des affaires étrangères concernant la problématique de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers. Le programme de formation des diplomates comprend, entre autre, une discussion générale sur le comportement à adopter lorsque des soupçons de corruption existent ou lorsqu'une entreprise suisse estime qu'elle est victime d'une tentative de corruption par un agent public étranger.

Enquêtes pénales

46. Pour l'instant, le principe d'opportunité s'applique au niveau de quelques cantons (dont le canton de Genève) et de la Confédération, alors que la majorité des cantons ont choisi un système d'opportunité limitée ou même le principe de la légalité. Par contre, le nouveau code de procédure pénale unifié (art. 8) introduira sur l'ensemble du territoire helvétique un principe d'opportunité limité des poursuites (abandon des poursuites lorsque la culpabilité et les conséquences d'un acte sont minimales, lorsque les poursuites n'influeraient pas sensiblement sur le niveau de sanction encouru par ailleurs pour d'autres infractions etc.).
47. S'agissant de la corruption active et passive dans le secteur privé, les art. 4a et 23 de la loi sur la concurrence déloyale prévoient qu'elle ne peut être poursuivie que sur plainte (émanant de toute personne victime d'un acte de concurrence déloyale, d'associations, d'organisations et de la Confédération, représentée par le SECO).
48. La prescription de l'action pénale est réglée par les art. 97 à 101 CP qui prévoient, pour les infractions de corruption active ou passive, un délai de quinze ans et, pour les infractions d'octroi ou d'acceptation d'un avantage, un délai de sept ans, délai qui vaut également pour la corruption

²² De plus, l'application des mesures de vigilance en vue de détecter le blanchiment d'argent est soumise au contrôle des autorités administratives et des organismes de surveillance privés comme, par exemple, la Commission fédérale des banques.

privée (active et passive). Aux termes de l'art. 97, al. 3, CP la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu.

49. Le nouveau Code de procédure pénale va renforcer la collégialité des décisions du parquet par une politique de contrôle interne dite des « 4 yeux » (classement des affaires, recours aux techniques spéciales d'enquêtes, monitoring de comptes bancaires etc.). L'EEG prend note de ces projets de réformes, probablement liés au besoin de compenser la disparition du juge d'instruction. Ces projets sont susceptibles de contribuer à limiter les risques d'influence (indue), voire de corruption, au sein du parquet.

Techniques d'investigation spéciales

50. Parmi les moyens d'investigations spéciaux, auxquels les enquêteurs et magistrats en charge de dossiers de corruption peuvent avoir recours, figurent : le blocage et la surveillance de comptes bancaires, l'observation, l'interception des conversations téléphoniques ainsi que des communications via Internet et le contrôle du courrier (depuis 2002 et la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication), les opérations sous couverture et infiltrations (depuis 2005 et la loi fédérale sur l'investigation secrète) à partir du moment où la poursuite pénale a été ouverte par le Ministère public ²³.
51. Le blocage et la surveillance de comptes bancaires ou l'observation sont applicables pour tous les délits et crimes, et donc y compris la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers notamment. Par contre, la surveillance téléphonique et l'investigation secrète ne peuvent être utilisées que pour les crimes, ce qui exclut les infractions d'octroi ou d'acceptation d'un avantage (art. 322 quinquies et sexies CP) et la corruption dans le secteur privé (art. 4a et 23 de la loi sur la concurrence déloyale).

Confidentialité, secret bancaire

52. Le secret bancaire, bien que protégé par la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (art. 47 LB), ne fait pas obstacle aux enquêtes des autorités de poursuite pénale et de la Commission fédérale des banques (CFB), comme autorité de surveillance des marchés financiers. L'art. 47, al. 4, LB prévoit expressément l'obligation, pour les établissements bancaires et financiers de renseigner l'autorité judiciaire et de témoigner devant les juridictions. Les autorités suisses précisent que cette obligation ne connaît pas d'exception. En outre, l'obligation de fournir des renseignements à la CFB est prévue dans les lois concernant les marchés financiers (art. 47 al. 4 LB; art. 23bis al. 2 LB; art. 35 al. 2 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; art. 139 de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, entrée en vigueur le 1.1.2007). Enfin, le projet de code de procédure pénale prévoit en ses art. 283 s la surveillance des relations bancaires ; aux termes de l'art. 283, « à la demande du ministère public, le tribunal des mesures de contrainte peut autoriser la surveillance des relations entre une banque ou un établissement similaire et un prévenu, dans le but d'élucider des crimes ou des délits».
53. La communication et la saisie des dossiers bancaires, financiers ou commerciaux est possible dans les enquêtes pour faits de corruption aux mêmes conditions que pour les enquêtes portant

²³ Avant ce stade, pendant les investigations préliminaires, la police ne peut travailler qu'avec des informateurs qui viennent proposer leur coopération de leur propre initiative. Dans le cadre des investigations secrètes en vertu de la loi de 2005, la loi autorise les livraisons surveillées ou des transactions analogues à des pseudo-achats.

sur d'autres faits réprimés pénalement. Selon les autorités suisses, aucun problème n'a été signalé dans ce contexte.

Protection des donneurs d'alerte, témoins et autres acteurs vulnérables

54. D'après les autorités suisses, le licenciement d'un agent ayant signalé un acte de corruption est actuellement considéré comme abusif au sens de l'art. 336 du code suisse des obligations (CO) (applicable aux employés de la Confédération selon l'art. 6, al. 2 LPers), si l'agent s'adresse en premier lieu à l'employeur, puis aux autorités et en dernier lieu aux médias. Selon l'art. 14, al. 3, LPers, l'agent licencié abusivement au sens de l'art. 336 CO est réintégré dans son emploi ou, si cela est impossible, dans un autre emploi équivalent.
55. Le CDF a constitué une plate-forme pour les donneurs d'alerte / le signalement d'infractions. Les personnes peuvent le contacter non seulement par téléphone, mais aussi par internet. Les cas communiqués sont traités d'office. Ce système permet de conserver l'anonymat des dénonciateurs, si ces derniers le souhaitent. L'EEG a été informée que malgré plusieurs mesures de publicité entreprises par le CDF, il n'y a en règle générale pas plus d'un cas signalé par mois - qui est transmis, si le soupçon paraît sérieux, au Ministère public -, et que pour l'instant aucun des cas signalés n'a été sujet à une procédure pénale. Cette plate-forme du CDF a été installée (tout comme les autres mécanismes de signalement mentionnés ci-dessus tels que le point de contact auprès du SECO et le « Compliance Office ») au sein de la DDC, sans nécessité de base légale formelle.
56. La section suisse de Transparency International gère un bureau de communication indépendant pour les personnes effectuant des signalements, notamment du secteur privé. Par le biais d'une ligne téléphonique dédiée, ces dernières reçoivent des conseils sur la manière de procéder lorsqu'elles disposent d'éléments liés à des cas illégaux. Les cas de corruption peuvent être transmis aux autorités compétentes sans nommer la personne qui a dénoncé le cas.
57. La protection des témoins et autres acteurs vulnérables est pour l'heure assez sommaire (dispositions du code pénal qui répriment l'intimidation lorsqu'elle prend la forme de menace, de contrainte ou de chantage, et d'autre part certaines réglementations procédurales similaires dans quelques cantons). Cependant, le projet de code de procédure unifié prévoit de nouvelles mesures de protection des témoins (art. 146-153 P-CPP)²⁴.
58. Les autorités suisses indiquent qu'en dehors du cas expressément prévu par l'art. 260ter CP (organisation criminelle), qui prévoit une atténuation de la peine substantielle dans ce cas de figure, il est généralement admis par la jurisprudence que la peine du coupable qui a collaboré à l'enquête dirigée contre lui, par exemple en permettant d'identifier les autres participants ou d'éclaircir les circonstances mêmes de l'infraction, soit réduite par rapport à celle qu'appelleraient les actes pris en eux-mêmes (art. 47 CP). La diminution de peine relève du juge et ne peut pas faire l'objet de promesses au stade des investigations préliminaires, que ce soit de la part de la police ou du magistrat enquêteur. A l'occasion de l'unification du droit de la procédure pénale en

²⁴ Celles-ci pourront s'étendre aux experts, ainsi qu'aux proches de ces témoins et experts, lorsque leur vie ou leur intégrité corporelle est exposée à un danger sérieux ou à un inconvénient grave en raison de la procédure. L'anonymat pourra également leur être garanti par des mesures appropriées, soumises à l'approbation d'un juge autre que celui en charge de la cause. La Confédération et les cantons pourront prévoir que les mesures de protection subsisteront, le cas échéant, après la clôture de la procédure. En attendant cette nouvelle législation, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet de tenir compte, sous certaines conditions, de témoignages anonymes. En ce qui concerne la protection extra procédurale des témoins, le gouvernement suisse a reconnu, dans un rapport du 9 juin 2006, que de nouvelles dispositions doivent être adoptées, notamment dans le contexte de la coopération internationale.

Suisse, les mesures de protection et d'anonymat qui pourront être aménagées pour les témoins et experts pourront aussi être applicables aux prévenus, dans les mêmes conditions. En revanche, la négociation judiciaire ne sera pas introduite, ni le système dit «du témoin de la Couronne».

59. Enfin, le Conseil national et le Conseil des Etats ont adopté une motion sur la protection juridique pour les personnes qui révèlent des cas de corruption,²⁵ chargeant le gouvernement de présenter au parlement un projet de loi qui viserait, entre autre, à sanctionner plus sévèrement - si nécessaire - le fait de licencier des personnes dénonçant des cas de corruption dans leur entreprise ou administration.

b. Analyse

Indépendance, spécialisation, moyens des organes et institutions responsables de la lutte contre la corruption

60. Au regard des dispositions existantes, les cantons sont compétents pour poursuivre et juger les actes de corruption qui n'ont pas été commis par les employés de la Confédération, ni pour une part prépondérante à l'étranger ou sur le territoire de plusieurs cantons. Lors de la visite de l'EEG, la question de l'indépendance des magistrats a été longuement discutée. Celle-ci ne faisait pas toujours l'unanimité. Certains interlocuteurs admettent que le système de nomination en place dans certains cantons rend obligatoire l'affiliation à un parti politique pour être élu, ce qui peut porter atteinte au principe de l'impartialité objective²⁶. Inversement, les magistrats du Ministère public du canton de Genève considèrent que l'élection par le peuple les met à l'abri de toute tutelle de l'autorité politique, même s'ils doivent être parrainé par un parti, et préserve leur indépendance.
61. L'indépendance des magistrats est garantie par les lois et par la Constitution fédérale même, laquelle prévoit dans son art. 191 que « *dans l'exercice de leurs compétences juridiques, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi* ». Si ce principe joue pleinement pour les juges, il se trouve atténué pour les procureurs qui sont organiquement hiérarchisés. Ceci dit, il est important que les décisions internes au ministère public restent transparentes et que les instructions de la hiérarchie s'accompagnent de certaines garanties (instructions écrites et versées au dossier, faculté pour le procureur recevant une instruction de la discuter et de verser ses propres commentaires au dossier ou de faire un recours s'il/elle juge l'instruction illégale etc.).
62. L'EEG a noté que le principe de l'indépendance du Ministère public de la Confédération (MPC) fait débat actuellement en Suisse, à en croire plusieurs rapports officiels et des articles de presse récents. La démission du précédent procureur général de la Confédération, intervenue en juillet 2006, a porté sur la place publique la question de l'indépendance réelle du Ministère public et a suscité des inquiétudes, non seulement parmi les magistrats, mais également au plus haut niveau de l'Etat. Ainsi, la Commission de gestion du Conseil national a considéré, dans son rapport en date du 5 septembre 2007, que le ministre de la Justice avait porté atteinte à l'indépendance du MPC en lui donnant des instructions relatives à l'information du public. Elle notait que « *la démission du procureur général de la Confédération n'a pas eu lieu de son plein gré* », mais qu'elle était consécutive à la volonté du ministre de la Justice de mettre un terme au contrat de travail liant le procureur général. Tirant les conséquences de son constat, elle

²⁵ Le 22 mars 2006 et le 22 juin 2007 respectivement.

²⁶ L'impartialité telle qu'elle est perçue par / donnée à voir au public au général.

recommandait au Conseil fédéral « de se pencher sans délai sur le dossier du ministère public de la Confédération et de prendre des mesures garantissant son indépendance et celle des magistrats qui le composent ». ²⁷

63. Or, dans le cadre de la réorganisation des autorités de la Confédération, le gouvernement réfléchit actuellement au transfert de l'ensemble de la surveillance du MPC au Conseil fédéral. La question de l'indépendance de l'organe de poursuite fédéral est d'autant plus importante qu'il n'existe pas d'institution spécifique (type Conseil de la justice ou de la magistrature) au niveau fédéral (ni dans un certain nombre de cantons) et que l'institution du juge d'instruction doit disparaître au 1^{er} janvier 2010. A partir de cette date, les poursuites seront toutes entre les mains du Ministère public et le nouveau Code de procédure pénale prévoit des recours contre toutes les décisions de celui-ci, y compris celles concernant le classement sans suite des plaintes. L'EEG estime dès lors que l'indépendance des organes de poursuite reste une question importante. La mise en place comme dans d'autres pays d'un conseil de la justice ou de la magistrature, impliqué dans la nomination et la carrière des magistrats, voire même chargé de celles-ci, pourrait permettre de trouver des solutions.
64. Au vu de ce qui précède, l'EEG recommande **i) de clarifier rapidement la situation actuelle en ce qui concerne la surveillance du Ministère public afin de garantir, en droit comme en fait, son indépendance; ii) d'engager des consultations sur l'opportunité de mise en place d'un organe professionnel des magistrats (type conseil de la justice ou de la magistrature) auquel pourrait être dévolu la mission de veiller à l'indépendance de l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire fédéral ; iii) d'inviter les cantons à engager une réflexion sur ces questions.**
65. Lors de sa visite sur place, l'EEG a pu mesurer la sensibilisation du Ministère public de la Confédération et de celui du canton de Genève à la lutte contre la corruption ainsi que l'attention portée aux formes de corruption provenant de l'étranger. Les juges d'instruction et les procureurs fédéraux, tout comme ceux du canton de Genève, ont tous suivi une formation sur le blanchiment, la corruption et le système bancaire suisse. Ils sont, en outre, assistés de spécialistes en économie et en informatique. Seule la magistrature du siège n'a pas bénéficié du même effort de spécialisation. Il reste, cependant, à améliorer la formation continue. Pour ce qui est de la police, celle de Genève a mis en place, depuis 2006, un programme de formation continue spécifiquement pour la brigade financière – cette formation n'est toutefois pas obligatoire – et un séminaire devrait être consacré à la corruption, au cours de l'année 2008. Les policiers fédéraux ont également exprimé lors de la visite un besoin de formation continue. Compte tenu des besoins exprimés, l'EEG recommande **i) de mettre à disposition de tous les magistrats (juges, juges d'instruction et procureurs) et les membres des services de police spécialisés dans la lutte contre la corruption, de plus amples actions de formation spécialisée dans le domaine de la lutte contre la corruption ; ii) d'inviter les cantons à faire de même.**

Enquêtes pénales sur la corruption

66. La collaboration intercantonale ne pose aucune difficulté selon les dires des policiers et magistrats genevois entendus. Un juge d'instruction peut sans obstacle procéder lui-même à un

²⁷ Voir également les inquiétudes exprimées par la Délégation des finances aux commissions des finances du Conseil national et du Conseil des Etats, dans son rapport en date du 27 février 2007. L'EEG a pu relever pendant la visite que la presse consacrait une large place à ce débat en lui donnant parfois une connotation de scandale (*Le Monde* du 8/9/2007, *Le Temps* du 18/9/2007, 19/9/2007, 21/9/2007 et 25/9/2007).

acte d'enquête comme une perquisition sur le territoire d'un autre canton. Il est, dans ce contexte, très appréciable que le niveau fédéral ait nommé deux procureurs chargés de la coordination, et qu'existe entre les différents cantons un accord d'entraide judiciaire (concordat intercantonal). Les cas de corruption relevant de plusieurs cantons tombent par ailleurs sous la compétence des autorités judiciaires fédérales.

67. Comme indiqué précédemment, les cantons sont compétents pour poursuivre et juger les actes de corruption qui n'ont pas été commis par des agents publics de la Confédération, ni pour une part prépondérante à l'étranger ou sur plusieurs cantons. L'EEG a noté qu'il en va ainsi qu'elles que soient les responsabilités professionnelles ou électives occupées par la personne mise en cause. S'il arrive qu'un responsable politique ou économique d'un canton soit impliqué dans une affaire pénale, les magistrats locaux doivent le juger, ce qui peut les placer dans une position délicate. Toutefois, le Code de procédure pénale unifié – entrant en vigueur en 2010 – généralisera à l'ensemble du pays la possibilité de délocaliser des affaires à l'initiative du ministère public (articles 38 et 56), ce dont l'EEG se félicite.
68. Aux termes de l'art. 23 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, les délits de corruption privée ne peuvent être poursuivis que sur plainte, ce qui signifie que le Ministère public ne peut agir d'office, même s'il est informé d'une infraction de ce type. Or, en matière de corruption, il est très rare qu'une plainte soit déposée. L'absence de poursuite engagée à ce jour du chef de corruption privée tend d'ailleurs à montrer les limites de cette disposition, alors que la corruption dans le secteur privé est, selon plusieurs interlocuteurs rencontrés, considérée comme un phénomène non négligeable. L'EEG observe au demeurant que si la Confédération fait partie des personnes ayant qualité pour déposer plainte, ce droit est enfermé dans des conditions très restrictives puisqu'elle ne peut le faire que pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et lorsque les personnes qui ont le droit d'intenter l'action résident à l'étranger. Toutefois, certaines infractions – de nature criminelle – telles que les faux dans les titres (art. 251 CP) et la gestion déloyale (art. 158 CP) peuvent permettre au Ministère public agissant d'initiative, d'engager des poursuites. Il demeure que si de telles infractions peuvent dans certains cas être appliquées, elles ne permettent pas toujours de poursuivre toutes les formes de corruption privée et en outre, en cas de condamnation, elles ne comportent pas la même connotation morale. L'EEG prend note que les praticiens rencontrés ont indiqué n'avoir pas eu de problème à ce jour pour poursuivre des faits de corruption dans le secteur privé en raison d'une absence de plainte. Quoi qu'il en soit, ces questions devront être examinées plus en détail dans le cadre du Troisième Cycle d'Evaluation qui aborde notamment le sujet des incriminations de la corruption.
69. L'EEG a pris note du fait que de nouveaux moyens d'investigations spéciaux ont été introduits par la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et par la loi fédérale sur l'investigation secrète, mais qu'ils ne sont pas à disposition des enquêteurs et magistrats dans tous les cas de corruption (offre et acceptation d'un avantage, corruption dans le secteur privé). Plusieurs interlocuteurs rencontrés en Suisse, notamment parmi ceux appartenant à la société civile, considèrent que la corruption dans le secteur privé est un phénomène plus répandu que la corruption dans le secteur public. Selon le rapport précité du fedpol (« La lutte contre la corruption en Suisse »), il n'existe pratiquement pas d'étude fiable sur la fréquence des cas de corruption privée, mais 9% des entreprises interrogées dans le cadre d'une enquête menée en 2005 « avaient connaissance d'au moins un cas de corruption » (p. 8). Pourtant, aucune condamnation pour corruption dans le secteur privé n'a été prononcée jusqu'ici en application des nouveaux art. 4a et 23 LCD. Les entretiens sur place ont aussi montré que les PPP (partenariats public-privé) pouvaient soulever des problèmes du fait de la détermination des incriminations de corruption applicables. L'EEG reconnaît que l'absence de condamnation

pourrait s'expliquer au moins partiellement par le fait que l'incrimination de ce type de corruption est relativement nouvelle en Suisse, mais elle considère que l'inapplicabilité de certains moyens spéciaux d'investigations aux cas de corruption privée peut constituer un obstacle à leur poursuite pénale. L'EEG est consciente que les techniques d'investigations spéciales, telles que les écoutes téléphoniques, constituent des moyens d'enquête qui portent particulièrement atteinte aux droits fondamentaux des citoyens. Mais, cette atteinte lui paraît proportionnée au regard de la gravité des faits que représente la corruption, fut-elle commise dans le secteur privé. Le recours à ces moyens d'enquête, s'il était rendu possible, faciliterait la poursuite des cas graves de corruption dans le secteur privé qui, pour le moment, ne semblent pas être traités. C'est pourquoi, **l'EEG recommande d'étendre le champ d'application des techniques spéciales d'enquête à tous les cas graves de corruption, avec les garanties relatives aux droits fondamentaux qui s'imposent.**

70. Le droit procédural actuellement applicable au niveau de la Confédération – tout comme celui en vigueur dans le canton de Genève - ne prévoit aucune possibilité de protéger, si nécessaire, la personne qui apporte son témoignage dans le cadre d'une procédure pénale. Par contre, de telles mesures sont prévues dans le nouveau code de procédure pénale unifié qui doit entrer en application le 1^{er} janvier 2010. De l'avis de l'EEG, cette législation constituera un pas important pour encourager la détection d'actes de corruption.

III. ÉTENDUE ET PORTÉE DES IMMUNITÉS PAR RAPPORT AUX POURSUITES

a. Description de la situation

Confédération

71. Les parlementaires bénéficient de l'*immunité absolue* (non responsabilité) pour les propos tenus devant les chambres et leurs organes, ainsi que d'une *immunité relative* (inviolabilité) pour les infractions en rapport avec les fonctions ou les activités de parlementaires, qui peut être levée par l'Assemblée Fédérale (respectivement art. 16 et 20 de la loi sur le Parlement - LParl). En outre, pendant la durée des sessions, la « garantie de participation aux séances » empêche la poursuite pour des crimes et délits sans rapport avec les fonctions et les activités, sauf si le parlementaire mis en cause y consent ou si le conseil dont il/elle est membre donne son autorisation (Art. 20 LParl). La levée de l'immunité requiert l'aval des deux chambres du parlement. Selon les informations recueillies sur place, il n'existe aucun cas connu à ce jour de demande de levée d'immunité en raison de la corruption d'un parlementaire, ou pour l'acceptation de dons ou d'autres avantages. Les seules demandes recensées (une tous les 2 ans environ sur les cinq dernières législatures) concernent d'autres infractions, comme par exemple l'atteinte à l'honneur.
72. Les membres du gouvernement et le chancelier de la Confédération bénéficient, quant à eux, de l'*immunité absolue* pour les propos tenus devant les chambres et leurs organes (Art. 162 de la Constitution fédérale), et d'une *immunité relative* pour les infractions commises en dehors de ce cadre. S'agissant des infractions commises en rapport avec l'activité officielle, une autorisation de l'Assemblée fédérale est nécessaire pour entamer une poursuite pénale. Si l'autorisation est donnée, les conseils décident également de la suspension de l'intéressé et désignent un procureur général extraordinaire. Pour les infractions qui n'ont pas trait à l'exercice de la fonction, les poursuites pendant la durée du mandat, y compris l'arrestation, sont toutefois possibles si le membre du Conseil fédéral concerné ou le chancelier de la Confédération y consent par écrit ou

si le Conseil fédéral donne son autorisation.²⁸ L'arrestation préventive pour cause de fuite, de crime et de flagrant délit, est possible. Si le consentement pour la poursuite pénale d'un membre du Conseil fédéral ou du chancelier de la Confédération est refusé, l'autorité de poursuite pénale peut exercer un recours auprès de l'Assemblée fédérale dans les dix jours. Il a été indiqué à l'EEG sur place qu'il y aurait un cas de demande de levée d'immunité tous les dix ans environ. La personne qui fait l'objet d'une procédure au moment d'entamer son mandat, a le droit de demander au Conseil fédéral de se prononcer contre la poursuite de la détention qui a été ordonnée et contre les citations à comparaître à des audiences. Sa requête n'a pas d'effet suspensif. L'immunité ne peut être invoquée contre un jugement qui est entré en force et qui a infligé une peine privative de liberté dont l'exécution a été ordonnée avant le début du mandat.

73. L'immunité des juges fédéraux et sa levée sont réglées par l'art. 11 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Il ressort de cette disposition qu'une procédure n'est possible, pour un crime ou un délit qui n'a pas trait à la fonction, qu'avec l'accord du juge en question ou sur décision du Tribunal. Si la levée de l'immunité devait être refusée, l'autorité de poursuite pénale peut saisir l'Assemblée fédérale dans les dix jours.
74. Quant aux employés de la Confédération, l'art. 15 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération et de ses membres dispose qu'« *une autorisation du Département fédéral de justice et police est nécessaire pour ouvrir une poursuite pénale contre des fonctionnaires en raison d'infractions en rapport avec leur activité ou leur situation officielle, exception faite des infractions en matière de circulation routière* ». Le refus peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif fédéral. Selon la loi, l'autorisation ne peut être refusée que dans les cas de peu de gravité et si une mesure disciplinaire à l'encontre du coupable paraît suffisante.²⁹ Pour les procédures qui se déroulent dans les cantons, la compétence d'autoriser la poursuite pénale à l'encontre d'un employé de la Confédération est déléguée au Ministère public de la Confédération (art. 7 de l'Ordonnance sur la responsabilité).
75. En vertu de l'art. 14 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, c'est le Tribunal pénal fédéral qui peut être appelé à juger une affaire contre les personnes ci-dessus (« si des circonstances particulières le justifient »), et non le tribunal cantonal normalement compétent.

Cantons

76. Il n'existe pas de vue d'ensemble des mécanismes d'immunité en place au niveau des cantons, mécanismes que ces derniers peuvent introduire en vertu de l'art. 347 CP³⁰. L'alinéa 2, para. b prévoit également que les cantons ont la faculté d'introduire des privilèges de juridiction.
77. Selon les informations recueillies par l'EEG lors de son déplacement dans le canton de Genève, les membres du Conseil d'Etat et les magistrats bénéficient d'une immunité relative pour les

²⁸ Art. 61 a de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement ou de l'administration (LOGA).

²⁹ Art. 15, al. 3 LRCF. Dans les 6 procédures engagées depuis 2004 à l'encontre d'agents publics fédéraux pour des cas de corruption, la levée de l'immunité a été accordée par le Ministère public.

³⁰ Art. 347 : 1 Les dispositions de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité et celles de la loi du 26 mars 1934 sur les garanties politiques sont préservées.

2 Les cantons conservent le droit d'édicter des dispositions:

a. supprimant ou restreignant la responsabilité pénale des membres des autorités législatives des cantons à raison des opinions manifestées au cours des débats de ces autorités;

b. subordonnant la poursuite pénale à l'autorisation préalable d'une autorité non judiciaire et attribuant le pouvoir de juger à une autorité spéciale, en ce qui concerne les crimes ou les délits commis dans l'exercice de leurs fonctions par les membres des autorités supérieures, exécutives ou judiciaires.

infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ; ils ne jouissent d'aucune immunité pour les crimes et délits sans rapport avec leurs activités professionnelles. Pour leur part, les députés ne connaissent qu'une immunité, de caractère absolue, pour les propos tenus devant le parlement ; les autres infractions qu'ils pourraient commettre ne sont couvertes par aucune immunité. Quant aux fonctionnaires du canton, ils ne bénéficient d'aucune immunité (sauf les membres de la Cour des Comptes en vertu de la Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989). C'est le Grand Conseil de Genève (le parlement) qui décide de la levée de l'immunité dans tous les cas. Il n'existe pas de privilèges de juridiction.

b. Analyse

78. La question des immunités a fait l'objet de discussions importantes dans le passé car les dispositions et leur portée n'ont pas toujours été bien comprises. Cela a en particulier amené en 1991 le parlement fédéral à adopter un document d'orientation sous la forme de *Directives*³¹. D'un point de vue général, il semble admis que les immunités ne sauraient couvrir des actes de corruption, même si la notion d'actes ou d'activités lié(e)s à la fonction laisse place à l'interprétation. L'EEG salue de ce fait, le débat engagé par la Commission des Affaires Juridiques du parlement fédéral sur l'opportunité d'affiner les règles en vue de régler les incertitudes sur la notion d'actes/activités liés à la fonction. L'EEG espère que cela inspirera une réflexion similaire à d'autres niveaux, en particulier dans les cantons, pour lesquels il est difficile de formuler un jugement compte tenu du peu d'informations d'ensemble disponibles. Les interlocuteurs rencontrés à Genève ne disposaient pas non plus d'informations sur la fréquence de demande des immunités, hormis une affaire en cours impliquant un haut responsable de l'exécutif (pour des faits allégués d'effacement de procès-verbal pour infractions aux règles de la circulation). L'EEG salue le fait qu'à Genève, les immunités s'opposent uniquement à la mise en examen ou l'inculpation, l'enquête préliminaire ne nécessitant pas d'autorisation préalable (du Grand Conseil, qui statue toujours à huis clos sur ces questions).
79. Pour en revenir au niveau fédéral, l'EEG estime que l'immunité accordée aux parlementaires est limitée, tant au niveau de son champ d'application que de sa portée, au strict nécessaire pour protéger la fonction de parlementaire et garantir le fonctionnement du parlement. Si le délai dans lequel l'Assemblée doit statuer n'est pas prévu par la loi, l'examen d'une dizaine de cas par l'EEG montre que la décision intervient en moyenne 8 à 9 mois après que la demande de main levée d'immunité ait été présentée.
80. L'immunité dont bénéficient les membres du gouvernement et le Chancelier de la Confédération a un champ d'application particulièrement vaste dans la mesure où elle couvre à la fois les infractions liées à l'activité du gouvernement et celles qui lui sont étrangères. Pour autant, l'immunité, à l'exception de celle relative aux propos tenus devant les assemblées du parlement ou leurs conseils, n'est pas absolue ; elle peut être levée par le Conseil fédéral ou disparaît si le conseiller fédéral consent aux poursuites. En outre, la décision de refus du Conseil fédéral peut faire l'objet d'un recours devant l'Assemblée fédérale dans un délai très court (10 jours). Enfin, elle disparaît à l'issue des fonctions de membre du gouvernement. Dans ces conditions, l'EEG est d'avis que le régime d'immunité applicable au Président de la Confédération et aux membres du gouvernement apparaît équilibré.

³¹ Directives d'interprétation et d'application de l'art. 14 1^{er} alinéa de la loi fédérale sur la responsabilité (art. 17, 1^{er} alinéa de la loi sur le Parlement à partir du 1^{er} décembre 2003).

81. Comme pour les membres du gouvernement, le champ de l'immunité dont bénéficient les juges fédéraux est très vaste, englobant toutes les infractions que peut commettre un juge fédéral. Ceci étant, l'immunité peut toujours être levée et, en cas de refus, un recours est prévu dans un délai très court (10 jours).
82. Concernant l'immunité relative dont jouissent les employés fédéraux pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, l'EEG, après avoir étudié la situation en théorie et en pratique, relève plusieurs aspects qui lui paraissent problématiques. Tout d'abord, concernant les actes qui relèvent de la compétence des autorités de poursuite de la Confédération, elle considère qu'il n'appartient pas à l'administration d'apprécier si les éléments constitutifs d'une infraction sont ou non réunis, ni de se prononcer sur l'opportunité des poursuites, pouvoirs qui relèvent des attributions du Ministère public, même si la loi restreint la possibilité de refuser aux cas peu importants (bagatelles). Dans l'attente de la décision d'autorisation, le ministère public peut prendre toutes les mesures qui s'imposent, en particulier pour préserver les preuves. Enfin, l'EEG observe que le tribunal fédéral a, dans une affaire de violation de secret de fonction, refusé au Ministère public de la Confédération la qualité pour recourir contre une décision de refus au motif que l'art. 15 susvisé fait référence aux autorités de poursuite cantonales et ne vise pas le Ministère public de la Confédération. Cette décision prive donc, en l'état de la législation actuelle, ce dernier de tout recours contre une décision de refus de l'administration. Pour ces différentes raisons, l'EEG recommande de **s'assurer que l'obligation faite aux Ministères publics de demander l'autorisation pour pouvoir engager des poursuites pénales contre un employé fédéral ne constitue pas un obstacle à la poursuite efficace de la corruption.**

IV. PRODUITS DE LA CORRUPTION

a. Description de la situation

Confiscation et autres modes de privation des instruments et produits du crime

83. La confiscation est régie par les art. 69 et suivants du code pénal (CP) suisse. Elle est obligatoire pour toute infraction pénale, et elle est considérée comme une mesure complémentaire et non comme une sanction. Elle est normalement accessoire à la décision sur la culpabilité, mais dans certains cas de figure une procédure indépendante de confiscation peut être ouverte (p.ex. lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être identifié ou s'est enfui à l'étranger et n'a pas été extradé). La confiscation *in rem* (en l'absence de condamnation) de produits d'une infraction est possible.
84. En vertu de l'art. 69 CP, le juge prononce la confiscation des objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. En vertu de l'art. 70 CP, le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décéder ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. La notion de valeurs patrimoniales au sens de cet article est large et s'étend aux droits réels restreints, aux créances, aux droits immatériels, aux autres avantages économiques susceptibles d'être estimés ou chiffrés y compris les avantages indirects comme, en particulier, les revenus obtenus de valeurs patrimoniales ; si le montant des valeurs soumises à confiscation ne peut être précisément déterminé ou si cette détermination requiert des moyens disproportionnés, le juge pourra procéder à une estimation.

85. L'art. 70, al. 2 CP permet de confisquer les avoirs détenus par des tiers dès lors que ceux-ci ne peuvent prouver leur bonne foi. Lorsque le produit de l'infraction n'est plus disponible, pour avoir p.ex. été dépensé, le juge peut ordonner « *leur remplacement par une créance compensatrice de l'Etat d'un montant équivalent* » et, pour garantir le recouvrement de celle-ci, il peut saisir des biens licites appartenant à la personne faisant l'objet de la mesure (art. 71 CP).
86. Les dispositions de l'art. 73 CP permettent d'utiliser les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation (sous déduction des frais) ainsi que les créances compensatrices pour dédommager la personne lésée, si le dommage n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral.
87. Le renversement de la charge de la preuve aux fins de la confiscation est prévu dans le seul cas d'une organisation criminelle aux termes de l'art. 260ter CP: les valeurs appartenant à une personne qui a participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation et sont, de ce fait, sujettes à la confiscation.
88. Le droit des obligations suisse permet à la victime d'un acte de corruption de demander réparation de son dommage. En matière de marchés publics, l'adjudication peut être révoquée si elle était prise sous l'influence d'une infraction de corruption, et le contrat avec le soumissionnaire peut être annulé (il en va de même des contrats passés en dehors de ce contexte). D'après les autorités suisses, l'introduction systématique d'une clause pénale ou d'intégrité qui oblige le soumissionnaire à payer des indemnités est examinée dans le cadre de la réforme de la loi sur les marchés publics, au niveau fédéral.
89. Les actes de corruption commis dans le secteur privé peuvent entraîner, en vertu de la loi sur la concurrence déloyale, des mesures de droit civil, en vue de l'interdiction d'une atteinte imminente, de la cessation d'une atteinte et de la constatation du caractère illicite d'une telle atteinte. La publication d'une rectification ou du jugement peut également être demandée, ainsi que la réparation du préjudice moral et matériel. Les dispositions pénales sur la saisie/confiscation sont applicables quelle que soit l'infraction pénale en cause, cela vaut donc aussi pour la corruption dans le secteur privé.
90. Selon le Ministère public de la Confédération, il y a eu ces trois dernières années six jugements prononçant une confiscation, dont deux concernaient des cas de corruption. Ce chiffre ne comprend pas les décisions de confiscations autonomes rendues par le MPC ainsi que les créances compensatrices pour des montants parfois très importants prononcées par les autorités cantonales, sur délégation du MPC (notamment dans l'affaire « pétrole contre nourriture »). Les cantons ne tiennent pas de statistiques dans ce domaine ; mais il paraîtrait que de nombreuses confiscations seraient intervenues dans les trois dernières années dans certains d'entre eux.

Mesures provisoires : saisie de preuves matérielles et saisie conservatoire de biens

91. En Suisse, les conditions de saisie sont précisées par les codes de procédure de la Confédération (art. 65 ss PPF sur la mise sous séquestre) et des cantons (les art. 263-268 du futur code de procédure pénale suisse, qui sera applicable à partir du 1^{er} janvier 2010, vont unifier la réglementation en la matière). La compétence d'ordonner de telles mesures incombe en premier lieu aux juridictions d'instruction (procureur fédéral d'une part, et procureurs ou juges d'instruction du canton selon le cas, d'autre part), mais aussi à celles de jugement.

92. Pour qu'une saisie de bien meubles ou immeubles soit ordonnée, il faut qu'il existe des indices sérieux permettant d'établir une relation directe ou indirecte entre les biens à saisir et une infraction. En principe, le juge saisit tout ce qui paraît avoir servi ou avoir été destiné à commettre l'infraction, tout ce qui paraît en avoir été le produit et, enfin, tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. La saisie – de même que la confiscation - peuvent également porter sur des biens meubles ou immeubles achetés avec l'argent provenant de la corruption, y compris dans l'hypothèse où l'acquisition aurait été réalisée en partie avec des fonds d'origine licite. La saisie est aussi possible pour garantir le paiement d'une éventuelle créance compensatrice.
93. Les mesures provisoires qui peuvent être prononcées tant contre l'auteur que contre des tiers, doivent être maintenues en principe jusqu'à décision finale en la matière dans la mesure où les conditions légales sont toujours remplies. Actuellement, il n'existe pas en Suisse de législation spécifique en vigueur pour gérer les avoirs saisis. Cela sera réglé en détail avec le futur CPP unifié qui prévoit également que le Conseil fédéral devra adopter une ordonnance sur la question de la gestion des avoirs sous séquestres.

Blanchiment d'argent

94. En vertu de l'art. 305bis CP, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime. Selon la législation suisse, tous les crimes constituent des infractions sous-jacentes au blanchiment d'argent (environ 90 infractions sont donc concernées). Les crimes sont définis à l'article 10, al. 2 CP comme toutes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de 3 ans. Dans les cas graves de blanchiment d'argent, p.ex. lorsque le délinquant agit comme membre d'une organisation criminelle, la peine sera une peine privative de liberté de 5 ans au plus. Les crimes de la corruption active et passive d'agents publics nationaux ou étrangers peuvent constituer des infractions préalables au blanchiment, quelles soient commises en Suisse ou à l'étranger,³² mais pas les délits de la corruption privée et de l'acceptation ou de l'octroi d'avantages.
95. La Suisse dispose d'un système préventif en matière de blanchiment matérialisé par la loi cadre sur le blanchiment d'argent (LBA) qui date de 1997. C'est à cette date qu'ont notamment été introduits le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (l'acronyme anglais employé couramment est MROS) qui fait office de cellule de renseignement financier pour la Suisse, et le devoir de lui signaler les transactions suspectes. En vertu de l'art. 9 LBA, l'intermédiaire financier qui sait ou qui présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires ont un rapport avec une infraction au sens de l'art. 305bis CP, qu'elles proviennent d'un crime ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs, doit en informer sans délai le MROS qui va décider sur la base de ses propres investigations supplémentaires de la transmission éventuelle à l'autorité de poursuite pénale compétente. L'intermédiaire financier doit en même temps et pour une durée maximale de cinq jours ouvrables bloquer les valeurs patrimoniales afin de permettre aux autorités de mener des recherches préliminaires et de statuer sur le sort du blocage. L'EEG a été informée que le MROS dispose de 8 personnes pour traiter environ 800 cas de soupçon qui lui sont signalés en moyenne par an et dont environ 75% sont transmis aux autorités de poursuite

³² A condition qu'elles soient punissables dans l'Etat concerné.

pénale. Pour l'année 2007 il semble se dessiner une nette augmentation des signalements en général et dans le domaine de la corruption en particulier.³³

96. Le devoir de diligence est concrétisé dans la loi cadre sur le blanchiment d'argent (LBA) ainsi que dans les ordonnances et règlements sectoriels qui obligent les intermédiaires financiers, entre autre, à vérifier l'identité du cocontractant, à identifier l'ayant droit économique, à éclaircir le but d'une transaction d'affaires, ainsi qu'à établir et à conserver les documents appropriés en vue de satisfaire aux éventuelles demandes d'information ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale.³⁴ L'art. 305ter CP incrimine par ailleurs les manquements à cette obligation.

Entraide judiciaire : mesures provisoires et confiscation

97. Les questions d'entraide judiciaire internationale sont traitées par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)³⁵ et par le droit conventionnel applicable. La Suisse a ratifié la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE N° 141) en 1993.
98. Dans le cadre de l'entraide, l'art. 18 EIMP permet aux autorités suisses compétentes, soit les organes de poursuite pénale des cantons, mais aussi certaines autorités fédérales comme le Ministère public de la Confédération ou l'Office fédéral de la justice, d'ordonner des mesures provisoires, y compris pour préserver des moyens de preuves, pour geler et saisir des avoirs et bloquer des comptes bancaires. En cas d'urgence, ces mesures peuvent avoir lieu sur ordre de l'Office fédéral de la justice dès l'annonce d'une demande d'entraide, avant que les autorités pénales ne soient saisies. La Suisse peut procéder à la remise de valeurs ou d'objets en vue de leur confiscation à l'étranger ou procéder elle-même à la confiscation de valeurs ou d'objets (exequatur d'une décision de confiscation) sur demande étrangère en application de l'EIMP³⁶ ou d'une demande formulée en application d'un traité ou d'une convention (le plus souvent, en pratique, la Convention STE N° 141).
99. Un recours dirigé contre une décision de mesures provisoires n'a pas d'effet suspensif. S'agissant de la question de l'immunité des chefs d'Etat, le Tribunal fédéral a admis que le compte sur lequel se trouvaient des fonds pouvant provenir de la corruption, était saisissable même si son détenteur était un Etat étranger ou un dignitaire de cet Etat, cela pour autant que les fonds ne soient pas utilisés sous la doctrine de la *jure imperii* (puissance souveraine). L'immunité est dès lors exclue lorsque l'action de l'Etat se rapporte à une transaction commerciale. La Suisse a ainsi pu bloquer et restituer des fonds importants à des pays étrangers victimes d'actes de corruption.

b. Analyse

100. La Suisse a fait l'objet d'une évaluation anti-blanchiment du GAFI au titre du Troisième Cycle d'Evaluation (le rapport étant public). Pour sa part, l'EEG relève que le MROS, la cellule anti-blanchiment suisse, ne compte que 8 employés malgré l'importance du secteur financier et économique en Suisse. Le système de supervision du respect des obligations anti-blanchiment

³³ Jusqu'au 31 août 2007, 14,84% des cas signalés comportaient un élément de corruption, par rapport à environ 7% les trois années précédentes. – Quant au nombre de condamnations pour blanchiment d'argent, ont été signalées 144 en 2003, 137 en 2004 et 120 en 2005.

³⁴ En plus, chaque intermédiaire financier est soumis à une ordonnance de l'autorité de surveillance compétente en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (p.ex. l'ordonnance de la Commission fédérale des banques).

³⁵ Voir paragraphe 15 ci-dessus.

³⁶ Art. 94 à 99 EIMP et 103 à 108 EIMP, pour la procédure.

(identification des clients, signalement, politiques internes, conservation des dossiers et informations de la clientèle etc.) est largement externalisé à des auditeurs indépendants agissant pour le compte des organes de supervision financiers et autres (qui ne voient donc pas directement les éventuelles insuffisances). L'EEG a toutefois été informée – et cela est à saluer – que la Suisse a classé les personnes politiquement exposées parmi les catégories de clients à haut risque, ce qui est important du point de vue de la lutte contre la corruption. Le MROS reçoit des signalements de soupçons de blanchiment liés à la corruption, dont 90% concerneraient en fait des infractions de corruption commises à l'étranger.

101. L'EEG estime que le dispositif de saisie et de confiscation prévu par la législation helvétique semble bien conçu et ne soulève pas de difficultés d'application particulières. Le dispositif semble aussi avoir fait la preuve de son efficacité dans le cadre de l'entraide répressive internationale³⁷.
102. L'EEG a constaté qu'en pratique, l'attention portée aux produits du crime était très variable. Des statistiques existent généralement (comptes gelés, fonds saisis etc.) pour les affaires de dimension internationale dans lesquelles la Suisse a été requise par un Etat étranger. Mais, même si les procureurs entendus ont affirmé le contraire, certains interlocuteurs n'ont pu pleinement convaincre l'EEG que des enquêtes financières approfondies étaient systématiquement menées dans les affaires de corruption et que les mesures temporaires (à l'égard de comptes mais aussi d'autres formes d'avoirs) étaient prises aussi souvent qu'elles le devraient en vue de sécuriser une éventuelle confiscation après la condamnation. La police fédérale a indiqué être consciente de cette insuffisance et indiqué qu'une discussion était effectivement en cours en la matière.
103. L'EEG relève que la définition du blanchiment de l'art. 305bis CP ne reprend pas littéralement tous les éléments de l'art. 6 de la Convention STE 141, que la Suisse a ratifiée. Le libellé de l'infraction est assez succinct mais il est d'application étendue (« un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales »). Par ailleurs, il semble que les tribunaux suisses interprètent largement la disposition nationale à la lumière des définitions internationales. L'élément intentionnel de l'infraction est souple (« savait ou devait présumer »), ce qui permet de déduire l'intention de circonstances factuelles objectives et de couvrir aussi le blanchiment par dol éventuel. La jurisprudence a confirmé que l'auto-blanchiment est couvert, ce qui est important du point de vue de la lutte contre la corruption. La Suisse est compétente pour juger le blanchiment d'avoirs résultant d'infractions commises à l'étranger (sous réserve de double incrimination de ces infractions).
104. L'EEG a pris note du fait qu'en vertu d'une réserve à l'art. 12 de la Convention pénale, le trafic d'influence n'est pas incriminé et ne constitue donc pas une infraction sous-jacente au blanchiment. L'EEG relève aussi qu'en vertu de l'art. 305bis CP, seuls les crimes sont des infractions sous-jacentes du blanchiment de capitaux. Cela exclut donc notamment les infractions d'octroi et d'acceptation d'un avantage et surtout la corruption dans le secteur privé qui doit en principe constituer une telle infraction sous-jacente en vertu de l'article 13 de la Convention sauf réserve en ce sens de la part de l'Etat ou – ce qui est le cas de la Suisse – si celui-ci considère que l'infraction n'est pas une infraction grave au regard de la législation relative au blanchiment. Comme indiqué précédemment, d'autres infractions (gestion déloyale et faux dans les titres)

³⁷ Le secret bancaire suisse ne fait en aucune manière obstacle à la poursuite des infractions pénales, la double incrimination ne serait plus un problème pour la corruption, les recours contre les saisies temporaires prononcées par la justice auraient considérablement diminué (5 à 10% seulement des actes d'entraide font l'objet d'un recours), les blocages de comptes se font en principe en quelques heures, des délais de 30 jours ont été fixés au niveau fédéral pour répondre aux demandes d'entraide ; par ailleurs, la Suisse indique pratiquer en principe le rapatriement total des valeurs.

peuvent entrer en ligne de compte pour sanctionner un comportement égalent constitutif de corruption dans le secteur privé. Par ailleurs, ces infractions constituent des crimes et donc des infractions sous-jacentes du blanchiment. Même si la Suisse est en conformité avec l'art. 13 de la Convention pénale, l'importance de la place financière suisse au niveau international et surtout l'ampleur que connaîtrait la corruption privée selon plusieurs témoignages justifieraient que la corruption dans le secteur privé soit érigée en crime, pour les cas graves, et puisse donc constituer une infraction sous-jacente au blanchiment. Cela donnerait également un signal fort de la part des autorités en matière de lutte contre la corruption sous toute ses formes. Cela amène l'EEG à recommander d'examiner l'opportunité d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé.

V. ADMINISTRATION PUBLIQUE ET CORRUPTION

a. Description de la situation

Définitions et cadre légal

105. L'administration publique est régie par les principes généraux suivants : le principe de la légalité (art. 5, al. 1, Constitution fédérale; art. 3, al. 1, de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, LOGA) et le principe selon lequel l'activité administrative doit répondre à un intérêt public, respecter les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (art. 5, al. 2 et 3 de la Constitution fédérale). En outre, il convient de mentionner l'indépendance du contrôle des finances, qui exerce une supervision à l'égard de l'administration selon les critères de légalité, régularité et de rentabilité (art. 1 et 5 de la loi sur le contrôle des finances).
106. La législation suisse ne comprend pas de définition de l'administration publique en tant que telle. Selon l'art. 110, al. 2 CP, la catégorie des agents publics englobe « les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire ». En droit suisse, il est déterminant que la personne en question accomplisse des tâches dévolues à l'Etat indépendamment de son statut formel et de la nature juridique de la relation contractuelle qui la lie à l'Etat. Les organes des entreprises contrôlées et surveillées par l'Etat sont inclus dans la définition des personnes exerçant une fonction publique. La notion matérielle de fonctionnaire est également retenue par l'art. 322^{octies}, al. 3, CP, spécifiquement pour les actes de corruption. Les particuliers qui accomplissent des tâches publiques sont assimilés aux agents publics.

Politique anti-corruption

107. Comme indiqué dans la première partie de ce rapport, la Suisse a pris, ces dernières années, plusieurs initiatives pour renforcer la lutte contre la corruption au niveau préventif et répressif. Elles se traduisent, entre autres, par un durcissement du droit pénal, par des compétences nouvelles et des moyens accrus accordés à la Confédération, par l'établissement d'un code de conduite pour les employés de la Confédération et par l'instauration du « groupe consultatif sur la corruption ».

Transparence

108. En vertu de la loi fédérale sur le principe de transparence de l'administration, toute personne peut exiger d'une autorité fédérale d'avoir accès à des documents officiels sans devoir justifier d'un

intérêt particulier (art. 6) ; le traitement d'une demande d'accès est en principe soumis à émoulement, sauf lorsque les frais y relatifs sont inférieurs à CHF 100 (environ 61 euros). Cependant, ce droit d'accès peut être limité ou refusé, lorsque des intérêts prépondérants publics (p.ex. sûreté intérieure ou extérieure, politique extérieure, libre formation de la volonté d'une autorité) ou privés (p.ex. secrets professionnels ou protection de la sphère privée) l'exigent. Si l'autorité compétente refuse l'accès aux documents, le demandeur peut adresser une demande de médiation au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, autorité compétente en la matière. Si cette procédure n'aboutit pas à un accord, le Préposé émet une recommandation qui est publiée et l'autorité saisie de la demande d'accès rend une décision susceptible de recours. Les autorités suisses indiquent que le principe de transparence et le droit d'accès à des documents officiels valent également dans certains cantons dont celui de Genève, tandis que 13 cantons ne disposent pas d'une législation en la matière.

Contrôle de l'administration publique et autres mesures

109. L'art. 29a de la Constitution fédérale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, garantit l'accès à une autorité judiciaire indépendante pour tous les litiges juridiques, en particulier aussi en procédure administrative. Elle vise à permettre l'examen complet des questions de faits et de droit par au moins un tribunal au cours de la procédure. Dans le cadre de la révision totale des voies de droit fédérales, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, un tribunal administratif fédéral a été créé, dont la compétence est de se saisir des recours déposés à l'encontre des décisions rendues par l'administration fédérale. Les cantons doivent mettre en place leurs propres instances de recours judiciaires pour statuer en dernier lieu sur leurs décisions administratives. Les jugements du tribunal administratif fédéral et des dernières instances cantonales de recours peuvent, sous réserve de certaines exceptions, être déférés devant le Tribunal fédéral.
110. Les lois sur les finances de la Confédération imposent l'exigence d'une base légale pour toute dépense, l'obligation de tenir des comptes détaillés et le principe du double examen. Le contrôle externe est régulièrement effectué, au niveau fédéral et dans la plupart des cantons, par des organes indépendants (commissions parlementaires), qui relèvent eux-mêmes d'un contrôle parlementaire et non gouvernemental, et qui s'appuient sur les travaux du Contrôle fédéral des finances (CDF) au niveau fédéral. Les décisions sur le budget et l'approbation des comptes incombent au pouvoir législatif. Dans les cantons et les communes, les droits participatifs du peuple sont plus étendus (référendum financier).
111. Les règles visant à assurer la transparence et l'égalité dans les appels d'offres des marchés publics se trouvent dans la Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) qui prévoit des procédures ouvertes et sélectives. Il en va de même pour les cantons en application de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001. L'adjudication directe d'un marché est seulement possible en dessous des seuils définis et si des conditions strictes sont remplies. Les adjudications doivent être publiées en indiquant le choix de la procédure. Cette publication doit contenir le nom du soumissionnaire retenu, la valeur de l'offre retenue ou celle de l'offre la plus élevée et la plus basse, et les caractéristiques et les avantages décisifs de l'offre retenue. Les soumissionnaires évincés devront être informés par une décision sujette à recours, indiquant les raisons principales du rejet de leur offre. L'adjudication, l'interruption d'une procédure, l'appel d'offres, la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective et l'exclusion peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal administratif fédéral ou cantonal dont la décision peut être attaquée devant le tribunal fédéral. Sur le plan fédéral, la pratique des adjudicateurs fait l'objet de contrôles tant par l'organe de contrôle interne de l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) que par l'organe de surveillance financière

indépendant, le CDF. Des mesures préventives sont également mis en place, de telle manière que les décisions ne peuvent jamais être prises individuellement mais doivent être acceptées collectivement, voire pour les affaires importantes, admises par la commission de l'OFCL.

112. Certains cantons (Zurich, Zoug, Bâle-campagne) et quelques villes (Zurich, Bâle, St. Galle), à la différence de la Confédération, ont créé des postes de médiateur ou d'ombudsman. Ces derniers ont la possibilité, dans le cadre de leurs compétences, de donner des renseignements écrits ou oraux et de prendre toutes les mesures nécessaires à l'examen d'une affaire. Ce type d'institution peut jouer un rôle dans la découverte de cas de corruption. Les autorités suisses ont cité l'exemple de l'ombudsman du canton de Zurich qui est nommé par le parlement cantonal pour une durée de quatre ans et rend un rapport annuel sur son activité. Il est saisi sur demande, ses prestations étant gratuites, mais également sur la base de sa propre initiative. Les autorités concernées sont obligées de lui fournir les informations nécessaires et de lui garantir l'accès aux documents. Sur la base de ses recherches, l'ombudsman peut donner des conseils au citoyen en question, discuter l'affaire avec les autorités concernées et si nécessaire adresser des recommandations écrites à l'autorité faisant l'objet de l'examen. Celles-ci sont aussi transmises pour information à l'autorité supérieure, au demandeur, et selon l'appréciation de l'ombudsman à des tiers. L'ombudsman du canton de Zurich a été nommé instance de signalement de cas de corruption pour ce canton. Jusqu'à présent, lui ont été confié quatre cas ayant trait à la corruption, dont deux ont abouti à l'engagement d'une procédure pénale.

Recrutement, carrière et mesures préventives

113. D'une manière générale, les postes vacants au sein de l'administration fédérale font l'objet d'une mise au concours publique (art. 7 de la loi fédérale sur le personnel de la Confédération, LPers). L'art. 22 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) prévoit certaines exceptions (p.ex. job rotation). L'accès à certains types de poste est restreint à des personnes de nationalité suisse (art. 23 OPers). De plus, si la fonction l'exige, l'autorité compétente peut subordonner l'engagement à des conditions telles que l'âge, la formation préalable ou la capacité d'exercice des droits civils (art. 24 OPers).
114. En dehors des cas pour lesquels un contrôle de sécurité est prévu, un extrait de casier judiciaire n'est pas systématiquement exigé. Le Conseil fédéral a prévu dans une ordonnance des contrôles de sécurité à l'égard de catégories d'agents de la Confédération, de militaires et de tiers qui occupent certaines fonctions, avant la nomination à la fonction ou l'attribution du mandat. Le contrôle consiste à recueillir des données pertinentes pour la sécurité touchant au mode de vie de la personne concernée, notamment à ses liaisons personnelles étroites et à ses relations familiales, à sa situation financière, à ses rapports avec l'étranger et à des activités illégales menaçant la sûreté intérieure et extérieure.
115. Le principe de la mise au concours publique de même que l'exigence de production d'un extrait de casier judiciaire pour les postes les plus exposés (comme la police) sont aussi connus des cantons et des communes.
116. Un mécanisme de rotation à intervalle régulier des personnes occupant des postes au sein des administrations publiques considérées comme vulnérables à la corruption n'est pas généralisé au sein de l'administration fédérale ni dans les cantons. Selon les indications des autorités suisses, il serait trop difficile à mettre sur pied, vu la taille des services et des départements. Le Conseil fédéral, dans son rapport sur la prévention de la corruption, indiquait que la déperdition de savoir liée à la rotation des employés plaidait contre l'instauration générale d'une telle mesure.

Formation

117. Les agents publics de la Confédération reçoivent, au moment de leur engagement, le droit du personnel en vigueur, code de conduite inclus, et ils sont informés de leurs obligations. Il existe aussi des formations particulières, par exemple celles données par le contrôle des finances ou prodiguées par les diverses entités décentralisées. Ainsi, les policiers de l'Office Fédéral de la Police (fedpol) doivent signer le code de conduite qui leur est destiné. Les cours donnés dans le cadre des marchés publics ont aussi pour objectifs de traiter la corruption. Ces cours sont ouverts à tous les employés de la Confédération concernés. Chaque année, environ 50 collaborateurs suivent ces cours.
118. Dans les cantons aussi, les nouveaux engagés sont en principe informés de leurs devoirs légaux ou réglementaires, que ce soit lors de cours d'introduction ou à l'occasion de formations continues. Peuvent être aussi mentionnés, les séminaires de direction, la création et la transmission de « guides du collaborateur » et de plateformes sur la politique de gestion du personnel (parfois ces documents doivent être signés par les employés) et finalement la publication de tous ces éléments sur intranet ou internet.

Conflits d'intérêts

119. En vertu de l'art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative, les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser: si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire; si elles sont le conjoint ou le partenaire enregistré d'une partie ou mènent de fait une vie de couple avec elle; si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale; si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie; ou encore si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire.
120. Par ailleurs, l'employé est tenu d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur, au sens de l'art. 20 LPers. L'al. 2 précise que pendant la durée du contrat, l'employé ne peut exercer pour un tiers une activité rémunérée que dans la mesure où il ne viole pas son devoir de fidélité. Aux termes de l'art. 91 de l'Opers, l'exercice par un employé de la Confédération d'une charge publique ou autre activité accessoire nécessite une autorisation si celle-ci « est rétribuée et mobilise l'employé dans une mesure susceptible de compromettre ses prestations dans l'activité exercée pour le compte de la Confédération », ou si elle « risque, de par sa nature, de générer un conflit avec les intérêts du service » ; cet article précise également les cas où l'autorisation est refusée.
121. Selon les indications des autorités suisses, des dispositions semblables se retrouvent au niveau des cantons et des communes, en ce qui concerne la récusation, le devoir de loyauté et l'interdiction des activités accessoires.
122. Les élus et les agents publics ne sont pas obligés de déclarer leurs patrimoine et revenus, mais les parlementaires fédéraux doivent signaler, en application de l'art. 11 de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (loi sur le parlement, LParl RS 171.10), lorsqu'ils entrent en fonction et au début de chaque année civile: leurs intérêts, leurs activités professionnelles, les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public, les fonctions de conseil ou d'expert qu'ils exercent pour le compte de services de la Confédération, les fonctions permanentes de direction ou de conseil qu'ils exercent pour le

compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers et les fonctions qu'ils exercent au sein de commissions ou d'autres organes de la Confédération. Toutes ces informations sont accessibles au public, même sur internet. Cette mesure est reprise dans beaucoup de cantons. L'art. 14 de la loi sur l'assemblée fédérale précise également les fonctions qui sont incompatibles avec celle de membre de l'assemblée fédérale.

123. L'art. 144, al. 2, de la Constitution fédérale prévoit que les membres du Conseil fédéral, de même que les juges au Tribunal fédéral assumant une charge complète, ne peuvent revêtir aucune autre fonction au service de la Confédération ou d'un canton, ni exercer d'autre activité lucrative.
124. D'autres règles d'incompatibilité sont encore prévues au gré des fonctions. Par exemple, les membres de la commission des offres publiques d'acquisition qui veille au respect des dispositions applicables en cas d'offre publique d'acquisition (OPA), ne peuvent pas représenter une partie devant la Commission des OPA ni s'exprimer sur des offres publiques en cours ou déjà traitées ni même sur des questions de principe examinées par la commission. De même, les juges d'instruction ne peuvent exercer aucune activité qui porterait atteinte à l'accomplissement de leur tâche, à l'indépendance ou à la dignité de l'Office des juges d'instruction. Ils ne peuvent représenter des tiers ni dans des procédures pénales fédérales, ni devant le Tribunal fédéral statuant en matière pénale.
125. En ce qui concerne le phénomène du « pantouflage », les autorités suisses n'ont pas pris de mesures spécifiques en la matière mais elles soulignent que le secret de fonction perdure après la fin des rapports de travail (art. 94, al. 2, Opers) et que sa violation demeure punissable (art. 320 CP). Ceci s'applique à tous les employés de la fonction publique (Confédération, cantons et communes).

Codes de conduite, cadeaux

126. Comme indiqué dans la première partie de ce rapport, autant la Confédération que des cantons ont élaboré des codes de conduite. Ainsi, au niveau de la Confédération, il existe depuis le 19 avril 2000 un code de comportement commun à tous ses employés qui a pour fonction principale de rappeler à ceux-ci les obligations générales qui leur incombent de par la loi fédérale sur le personnel de la Confédération et par l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération dont la violation est susceptible de déclencher une procédure disciplinaire. En plus, de nombreuses unités administratives de la Confédération (départements, offices ou services) ont élaboré leurs propres règles de conduite en lien avec leur activité spécifique.
127. D'après l'art. 21, al. 3, LPers, l'employé ne doit ni accepter, ni solliciter ou se faire promettre des dons ou autres avantages pour lui-même ou pour d'autres personnes dans l'exercice d'activités procédant du contrat de travail. Cette règle est précisée dans l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération, dont l'art. 93, al. 1, stipule : « Les avantages de faible importance conformes aux usages sociaux ne constituent pas des dons ou autres avantages au sens de l'art. 21, al. 3, LPers. Al. 2. Les départements peuvent régler en détail ou interdire l'acceptation de ces avantages. Al. 3. En cas de doute, l'employé examine avec son supérieur si l'avantage peut être accepté ou non ».
128. En général, les réglementations des départements interdisent l'acceptation de cadeaux, d'invitations aux événements, de visites d'entreprises et de voyages, tout en admettant certaines exceptions (p.ex. l'employé peut être autorisé par le chef de division à participer à une conférence organisée par une entreprise). Certains Départements comme p.ex. le Département

de justice et police ont réglé ces questions de manière très précise ; les « Instructions sur le comportement à adopter en cas de risque d'indiscrétion ou de corruption au DFJP » traitent des dons ou autres avantages, repas de services, manifestations organisées par des fournisseurs, manifestations destinées aux utilisateurs, parrainage, rabais et remises.

129. En cas de doute de violation des règles de déontologie en matière d'acceptation des cadeaux, l'autorité de nomination ouvre une enquête disciplinaire, éventuellement précédée d'une enquête administrative.

Signalement des cas de corruption

130. Il n'existe pas, pour le moment d'obligation légale pour chaque employé de la Confédération de dénoncer un délit dont il aurait connaissance dans l'exercice de ses fonctions.³⁸. Cependant, selon les indications des autorités suisses, une obligation de dénoncer au supérieur hiérarchique est tirée de l'obligation de fidélité et de loyauté des employés. Les employés de la Confédération sont, de manière générale, encouragés à rapporter les faits passibles de sanctions, en particulier dans les domaines sensibles (Direction pour le développement et la coopération, personnel des ambassades etc). D'autre part, les agents publics ont l'obligation de coopérer avec le Contrôle des finances. Les autorités suisses indiquent que la grande majorité des cantons, dont celui de Genève, imposent à leurs agents publics une obligation générale de dénoncer aux autorités de poursuite pénale (parfois, comme à Genève, en informant si possible la hiérarchie), les infractions dont ils ont connaissance dans le cadre de leur fonction. Enfin, toute personne peut, sous certaines conditions, se rendre coupable d'entrave à l'action pénale en vertu de l'art. 305 CP), ce qui peut trouver à s'appliquer aux cas de non-dénonciation d'une infraction pénale.

Sanctions et procédures disciplinaires

131. La violation des règles de déontologie, notamment en matière de cadeaux, constitue un manquement professionnel (art. 25 LPers) susceptible d'entraîner une enquête disciplinaire. L'art. 99 OPers prévoit un éventail étendu de mesures disciplinaires (avertissement, blâme, changement du domaine d'activité, réduction du salaire de 10% au maximum pendant 1 année au plus, amende jusqu'à CHF 3,000, changement du temps de travail, changement du lieu de travail). Selon la gravité des faits, le licenciement immédiat est envisageable (art. 12, al. 7, LPers).
132. La compétence en matière de droit disciplinaire au sein de l'Administration fédérale est réglée par les départements, sous réserve du cas particulier des hauts fonctionnaires, pour lesquels le Conseil fédéral est compétent (art. 2 OPers). Dans les autres situations, les départements sont compétents pour désigner l'organe compétent pour ouvrir une enquête disciplinaire et qui désignera la personne qui en sera chargée. Il peut s'agir d'une personne ou d'une commission extérieure à l'administration fédérale. Dans tous les cas, ce sont les règles de la loi sur la procédure administrative qui s'appliquent (art. 98 OPers). Les décisions qui ne peuvent pas être revues par l'organe de recours interne du département et les décisions rendues sur recours par cet organe peuvent ensuite être soumises au Tribunal administratif fédéral. Depuis le 1^{er} janvier 2007, un recours peut être formé contre la décision du Tribunal administratif fédéral auprès du Tribunal fédéral (art. 36, al. 2, LPers).

³⁸ Dans le cadre de l'élaboration du projet de loi concernant la protection des donneurs d'alerte, dont le gouvernement a été chargé par le parlement en 2007, il doit aussi "examiner la question de l'obligation de communiquer à l'autorité compétente des soupçons concrets de commission d'un acte pénalement réprimé dont des employés de la Confédération ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction".

133. Les autorités suisses indiquent que des réglementations semblables existent en principe dans les cantons et les communes, en ce qui concerne les mesures disciplinaires, la compétence de l'autorité de nomination et l'existence de voies de recours administratives et auprès du Tribunal administratif.
134. L'art. 98, al. 4, OPers précise que lorsque les mêmes faits donnent lieu à une enquête disciplinaire et à une procédure pénale (par ex. pour abus d'autorités, gestion déloyale, violation du secret de la fonction), la décision sur les mesures disciplinaires est ajournée jusqu'à la fin de la procédure pénale, sauf cas exceptionnels. Pour les sanctions pénales à l'encontre du personnel de la Confédération pour des actes de corruption, c'est le ministère public de la Confédération et le Tribunal pénal fédéral qui sont compétents. Le jugement de ce dernier peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral.

b. Analyse

Définitions et politiques anti-corruption

135. Comme indiqué dans la première partie du présent rapport, le groupe consultatif sur la corruption (GCC), établi en 2000, constitue une plateforme en matière anti-corruption et regroupe une trentaine de services au niveau fédéral. Les cantons n'y sont pas associés et en dehors de la consultation, le mandat et les pouvoirs du GCC ne sont pas définis et il n'y a pas de vision et de programme clair concernant sa mission. L'EEG a noté qu'un besoin réel se faisait sentir en faveur d'une approche plus générale de la prévention de la corruption. Certains services, comme ceux de l'administration fiscale³⁹, apparaissent en retrait sur le plan des mesures préventives internes, Pour ce qui est des cantons, celui de Genève en tout cas, visité par l'EEG, ne dispose pas non plus d'une politique générale ou stratégie anti-corruption. Une approche concertée telle que celle suggérée dans la première recommandation du présent rapport (voir paragraphe 25) devrait contribuer à renforcer les dispositifs administratifs existants et échanger du savoir-faire.

Transparence et accès aux informations

136. Pour ce qui est du niveau fédéral, l'exigence de transparence ne figure pas dans les dispositions constitutionnelles de la Confédération, mais il existe une loi de la confédération – applicable à l'administration fédérale – en la matière qui couvre aussi l'accès des citoyens aux informations détenues par l'administration. Un Préposé Fédéral à la transparence a été nommé. L'EEG relève que pour l'heure ce dispositif est encore récent (le nombre de demandes reste faible, le Préposé n'a pas de pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration). Pour ce qui est des cantons, l'EEG regrette que la moitié de ceux-ci ne disposent pas encore de règles concrètes sur la transparence et l'accès aux informations, même lorsque leur Constitution garantit parfois la transparence.
137. Dans l'ensemble, les informations recueillies lors des entretiens suggèrent que les contacts entre l'administration et les citoyens restent parfois difficiles aussi bien au niveau fédéral que

³⁹ Absence de formation spécifique au niveau fédéral à la détection de la corruption interne ou externe, pas d'étude de risque des liens entre contrôle fiscal et corruption, seuls un ou deux cantons auraient un code de déontologie etc. Toutefois, deux circulaires relatives à la non déductibilité fiscales des pots de vin ont été rédigées et transmises à toutes les autorités fiscales, tant fédérales que cantonales ; celles-ci font partie intégrante de la formation des agents du fisc.

cantonal⁴⁰ et que la transparence dans l'administration (fédérale ou cantonale) pourrait encore être améliorée⁴¹. Il convient certes de mentionner que pour ce qui est du niveau fédéral, la loi sur la transparence est entrée en vigueur en juillet 2006 et qu'elle ne produit probablement pas encore tous ses effets. L'EEG rappelle que l'opacité est un facteur propice aux décisions arbitraires ou inéquitable et au développement / la perpétuation de manquements à l'intégrité. Une plus grande transparence a un effet dissuasif et elle offre davantage d'opportunités de contrôle par le grand public, ce qui est particulièrement important dans des domaines vulnérables à la corruption (là où des intérêts sont en jeu). Pour ces raisons, **l'EEG recommande aux autorités suisses i) d'engager des consultations sur les mesures à prendre en vue de veiller à la mise en œuvre et à l'évaluation de la loi fédérale sur la transparence; ii) d'inviter les 13 cantons ne disposant pas encore de cadre réglementaire (en matière de transparence et d'accès à l'information publique) à considérer d'en adopter un.**

Contrôle de l'administration publique

138. La visite sur place a permis de clarifier la philosophie générale du système de contrôle administratif. Pour l'heure, l'audit interne repose sur le Contrôle fédéral des finances (CDF) et des inspections des finances mises en place dans 15 offices fédéraux. Ces inspections occupent environ 60 personnes. Le CDF a la compétence d'édicter des directives pour régler le travail de ces inspections. Le CDF ne dispose pas de pouvoir coercitif mais peut auditer les divers domaines de sa responsabilité sans qu'aucun secret ne lui soit opposable (à part le secret postal). L'EEG relève avec intérêt que depuis son rapport de 2003, le CDF s'est reconnu compétent également pour collecter des dénonciations par la mise en place d'une ligne téléphonique où sont traités également les appels anonymes. Le système produit toutefois des résultats modestes (une dizaine de cas signalés par année, la tendance étant croissante). Le CDF estime qu'il est de son devoir de communiquer au ministère public les faits signalés qui paraissent constitutifs d'une infraction pénale.
139. Les cantons disposent souvent – mais pas systématiquement semble-t-il – de leur propre inspection cantonale des finances (ICF), ce qui est par exemple le cas du canton de Genève. L'EEG a pu clarifier que l'ICF assure un contrôle financier et de gestion des organes du canton et des entités rattachées ou subventionnées, mais pas des communes (ces dernières disposent de leur propre contrôle financier comme celui de Genève-ville, chargé d'une fonction d'audit interne et de recommander aux autorités politiques d'attester les comptes municipaux ; celle-ci est également à l'origine d'une modernisation des méthodes de travail et de généralisation des contrôles à quatre yeux dans l'administration communale). L'ICF est indépendante dans la prévision des programmes de contrôle, dont les résultats sont soumis au gouvernement cantonal (Conseil d'Etat) et aux 2 commissions du parlement cantonal.⁴² L'ICF semble bien pourvu en personnel (25 auditeurs/réviseurs). Toutefois, il a été indiqué à l'EEG par le CDF que certaines inspections cantonales étaient débordées et ne semblaient pas toujours disposer des ressources nécessaires pour couvrir les risques de manière appropriée.
140. Les cours des comptes existent parfois au niveau des cantons, celui de Genève s'est doté d'une telle cour depuis 2006. Elle est composée de 3 magistrats titulaires et 3 suppléants et assistée de

⁴⁰ Des institutions indépendantes ou des ONG sont souvent saisies de plaintes ou requêtes concernant la question d'accès aux documents administratifs.

⁴¹ Des représentants du secteur privé ou des institutions indépendantes ont fait état d'insuffisance de transparence dans le canton de Zurich concernant les permis, autorisations, licences, les constructions, les marchés publics, le secteur médical et pharmaceutique. Il n'y a pas encore été adopté dans le canton de Zurich de loi sur la transparence et l'accès aux documents administratifs afin de mettre en application le principe constitutionnel.

⁴² Depuis 5 ans, l'ICF a été confrontée à 3 cas de corruption.

13 collaborateurs. Elle exerce un contrôle indépendant et autonome du canton et des communes. Elle dispose d'un libre choix du champ de son contrôle. Ses rapports sont périodiques et publics. Le secret de fonction ne lui est pas opposable. Ses recommandations sont adressées à l'institution auditée ainsi qu'aux pouvoirs exécutifs et législatifs. Elle ne dispose pas non plus de pouvoir coercitif direct. La Cour des Comptes a toutefois une obligation de dénoncer toute infraction aux autorités pénales (obligation qui incombe à tous les agents publics genevois, art. 11 du Code de Procédure Pénale de Genève).

141. L'institution du Médiateur est également appelée à assurer un certain niveau de contrôle sur l'administration comme les entretiens l'ont montré sur place avec celui du canton de Zurich (habilité à recevoir également des plaintes de corruption). Les quelques affaires instruites ou en cours concernent des cas de manque de transparence, de difficulté d'accès aux documents administratifs, ainsi que de favoritisme dans l'administration cantonale ou les marchés publics. Il sera peut-être opportun, en temps utile, d'examiner l'opportunité de mise en place d'une institution similaire au niveau fédéral.
142. D'une façon générale, les marchés publics ont été signalés à plusieurs reprises comme un secteur vulnérable et une initiative législative est en cours au niveau fédéral visant à réformer les procédures et centraliser les marchés publics, à l'exception des prestations de services. L'EEG a relevé diverses insuffisances en la matière au niveau fédéral, mais aussi au niveau de Genève⁴³.
143. Cela conforte l'EEG dans l'idée que des améliorations seraient souhaitables. L'exemple de la cour des comptes de Genève semble indiquer que ce type de contrôle est particulièrement adapté à la prévention et à la révélation d'éventuels cas de corruption (en particulier les rapports sont publics, la cour a accès aux informations sans limitations, les infractions doivent en principe être dénoncées aux autorités de poursuite). Parallèlement, le système de contrôle des finances (type CDF, ICF) semble souffrir, de l'avis des intéressés eux-mêmes, du fait qu'il s'agit d'un système de discipline collective/politique, et non individuelle/institutionnelle (absence de pouvoir coercitif). Mais la cour des comptes, au niveau de Genève, ne comble que partiellement cette lacune puisqu'elle ne dispose pas de pouvoir coercitif.
144. Au vu des considérations ci-dessus, l'EEG **recommande aux autorités suisses d'inviter les cantons à examiner les aspects suivants: i) envisager que les administrations municipales et cantonales soient toutes assujetties à des organes d'audit / contrôle des finances suffisamment indépendants et pourvus de moyens adéquats autant en termes de prérogatives que de ressources humaines et matérielles; ii) d'encourager le signalement**

⁴³ Au niveau fédéral, dans les contrats types existent des clauses d'intégrité mais leur application n'est pas obligatoire. Par ailleurs, il n'y a aucune sanction administrative ou pénale en cas de violations ou détournements des procédures. De même, les rapports de contrôle en la matière ne sont pas publics et sont disponibles seulement pour le Parlement. Plusieurs zones grises, exceptions ou régimes particuliers dérogent au cadre légal général. C'est ainsi que les subventions (aides au développement, aide humanitaire, aides agricoles ou alimentaires, promotion des exportations...), les zones franches soumises à des statuts fiscaux particuliers, les allègements fiscaux, l'octroi des concessions, les ventes et baux des propriétés immobilières, etc. dérogent au régime fédéral du droit commun et aux principes généraux tels que la mise en concours ou la concurrence et se caractérisent par une absence de transparence. Dans le canton de Genève, il existe deux départements différents, soumis à deux règlements différents, dans le domaine des marchés publics (fournitures et constructions). La loi L 6 05.0 adoptée en 2006 mais pas encore en vigueur instaure des sanctions en cas de non-respect des règles en la matière et contient une disposition prévoyant la possibilité de résilier le contrat ou d'évincer une offre en cas de doute de corruption. Il y a aussi des phases dans le processus qui sont d'une transparence moindre et par conséquent plus exposées aux risques comme la corruption. Il s'agit par exemple de l'évaluation des besoins, la gestion des contrats et des circonstances particulières comme l'urgence et des contrats portant sur des montants faibles qui permettent le choix du fournisseur par une procédure de gré à gré. Toutefois des instances comme l'inspection cantonale des finances et la cour des comptes surveillent la pratique des adjudicateurs.

des possibles cas de corruption aux autorités de poursuite par les organes d'audit / contrôle des finances.

Emploi dans l'administration publique, conflits d'intérêts / incompatibilités, formation

145. Le droit des agents publics au niveau fédéral se caractérise par une similarité avec le droit privé des obligations, lequel s'applique par analogie si la loi sur le personnel de la Confédération (LpPers) n'en dispose pas autrement. Un projet de loi est en cours et vise un rapprochement avec ce dernier concernant notamment la suppression de l'obligation de réintégration des employés fédéraux. Le but de la politique actuelle est de permettre une certaine souplesse dans la gestion des carrières. Au niveau cantonal et municipal, à l'exemple de Genève, la plupart des employés sont en revanche des fonctionnaires.
146. L'EEG a relevé que les systèmes de recrutements publics font usage d'avis publiés (procédure de mise au concours public). Au niveau fédéral, il n'existe pas d'exigence particulière de contrôle du casier judiciaire (sauf pour les postes faisant l'objet d'un contrôle de sécurité) et les candidats qui sont exclus des procédures de sélection n'ont pas en principe de possibilité de recours (sous réserve de l'application de la loi fédérale sur l'égalité entre homme et femme). Certains interlocuteurs rencontrés ont mentionné à l'EEG que les salaires dans l'administration étaient satisfaisants.
147. La question des conflits d'intérêts / incompatibilités apparaît complexe en Suisse et la matière est peu réglementée. Concernant les parlementaires fédéraux, le système suisse compte surtout sur le principe de l'auto-récusation (en cas d'implication dans un conflit d'intérêt potentiel). Selon l'art. 11, al. 3 de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale, tout député dont les intérêts personnels sont directement concernés par une question en délibération est tenu de le signaler lorsqu'il s'exprime sur ce sujet au Conseil ou en commission. Les représentants de la société civile ont indiqué à l'EEG que ce thème est une source de débat permanent en Suisse. Une initiative législative concernant la déclaration des intérêts financiers par les parlementaires, lancée en 2006 au niveau fédéral, n'a pas pu aboutir et a été rejetée⁴⁴. Il existe déjà une obligation de déclaration écrite des liens d'intérêts qui ne renferme cependant pas la déclaration de patrimoine, dans la mesure où les revenus imposables sont parfois publics selon les cantons. L'art. 13 de la loi sur l'Assemblée fédérale prévoit qu'en cas de violation de ces règles, le bureau du conseil peut prononcer un blâme à l'encontre du parlementaire, voire l'exclure pour 6 mois au plus des commissions dont il est membre. En ce qui concerne les employés de la Confédération, une autorisation pour l'exercice d'une activité accessoire est requise selon les conditions des articles 91 et 92 OPers, notamment si l'activité accessoire risque de générer un conflit d'intérêt. Le supérieur hiérarchique examine la demande et la transmet accompagnée de sa proposition (acceptation ou refus) à l'autorité désignée pour prendre une décision. Celle-ci rend une décision motivée par écrit, susceptible de recours. A Genève, le collaborateur a également l'obligation de soumettre une demande d'activité accessoire au Conseil d'Etat (exécutif) lequel est en droit de la refuser si elle est incompatible avec la fonction ou peut porter préjudice à l'accomplissement de ses devoirs de service (art. 9 et 10 de la loi genevoise sur le personnel). Différents interlocuteurs interrogés par l'EEG n'ont pas pu confirmer si une autorisation pour les activités accessoires est toujours requise, ni quelles catégories de personnels étaient couvertes exactement par une réglementation en la matière. L'EEG est d'avis que ces incertitudes devraient être clarifiées.

⁴⁴ En revanche, s'agissant du régime des incompatibilités des parlementaires, le 3 décembre 2007 est entré en vigueur un nouvel art. 14 de la loi sur l'Assemblée fédérale qui réglemente ces questions plus sévèrement.

148. Certaines situations pourtant de nature à générer un climat de corruption, ne semblent pas avoir fait l'objet d'une réflexion. Il en est ainsi de la possibilité pour un fonctionnaire cantonal ou pour un agent public de la confédération d'être recruté, du jour au lendemain, par une entreprise privée exerçant son activité dans le secteur économique que contrôlait l'administration à laquelle appartenait ce fonctionnaire ou cet agent (par ex. routes, transports, finances), ou encore de la possibilité pour un entrepreneur de conclure un contrat avec la commune dont il est le maire.
149. L'EEG relève que les efforts en matière de formation (initiale ou continue) sont assez limités. Au niveau fédéral, il n'y pas de système organisé de formation initiale⁴⁵ et le suivi des formations continues est en principe libre, mais peut faire l'objet des discussions de fin d'année et de la fixation des objectifs de l'année suivante. Par ailleurs, selon les autorités suisses, l'offre proposée est vaste et de bonne qualité et elle touche autant les domaines techniques que le champ de la réalisation personnelle. Il n'est pas proposé de thèmes particuliers portant sur les questions d'éthique ou de corruption, en dehors des secteurs considérés comme à risque. Dans le canton de Genève, il existe un centre de formation qui dispense une dizaine de modules de formation continue. La formation initiale y est obligatoire pendant 15 jours. A compter de novembre 2007, des sessions d'information sur les droits et obligations des agents (y compris la problématique de la corruption) sont prévues pour les nouveaux agents (et seulement eux), toutefois, un accueil spécifique dans les secteurs à risque existe de longue date et donne lieu à des formations spécifiques (notamment au sein de l'administration fiscale cantonale).
150. Au vu de ce qui précède, l'EEG recommande **i) de renforcer l'offre de formation pour les agents fédéraux, sur les thèmes de l'éthique, de la corruption et de sa prévention ; ii) d'améliorer la gestion des conflits d'intérêts et de réglementer le pantouflage ; iii) d'inviter les cantons à soutenir ces divers efforts à leur niveau.**

Codes d'éthique, cadeaux

151. En plus du code des agents fédéraux de 2000, des codes de conduite sectoriels existent généralement dans les administrations que l'EEG a rencontrées. Dans le canton de Genève, plusieurs services ont des chartes déontologiques (par ex. le département des finances qui le fait signer à chaque employé, le secteur des marchés publics). L'EEG a cru comprendre que généralement, les agents publics n'ont pas participé au processus d'établissement des valeurs et normes professionnelles et que ces dernières n'ont pas toujours été formulées ni planifiées avec un objectif et un engagement réel d'application.
152. Comme indiqué dans la partie descriptive, la question des cadeaux est réglementée et ceux-ci sont en principe interdits. Pour le personnel fédéral, la limite des cadeaux est définie à l'art. 93 OPers et dans le code pénal aux art. 322sexies et 322octies qui mentionnent que les cadeaux sont prohibés sous réserve ceux qui sont de faible importance et conforme aux usages sociaux. La plupart des autorités fédérales reconnaissent qu'il n'y a pas un montant limite fixé dans l'ordonnance. Néanmoins, la pratique relative à l'application des art. 93 OPers et 322 octies CP a, dans tous les cas (même pour les élus), fixé la limite supérieure à « quelques centaines de francs » (voir la lettre des bureaux de l'assemblée fédérale aux membres des conseils, chiffre 4). Par contre, l'art. 93 OPers permet aux départements, selon la fonction et le type d'activité, de réduire encore cette limite ou d'interdire tout cadeau, sans exception, et ce par le biais de directives ou de codes de conduite. Les personnes rencontrées par l'EEG s'accordaient à

⁴⁵ L'administration fédérale des douanes dispense une formation d'un an pour les nouveaux employés, de même que le département fédéral des affaires étrangères pour les jeunes diplomates.

considérer qu'en général un cadeau supérieur à CHF 350 devrait dans tous les cas être refusé.⁴⁶ Cependant, faute de réglementation détaillée et harmonisée, l'EEG considère que l'état actuel de réglementation apparaît encore imprécis et laisse une large marge d'interprétation et de latitude dans sa mise en oeuvre, ce qui a été confirmé sur place pour ce qui est de la réglementation spécifique pour les agents fédéraux. Dans le canton de Genève, la réception des cadeaux ou autres avantages est soumise à l'autorisation du supérieur hiérarchique. Elle doit se faire par écrit dès que la valeur excède CHF 100.

153. Au vu de ce qui précède, l'EEG recommande i) de préciser les règles en matière de dons et cadeaux pour tous les agents publics fédéraux et de renforcer la sensibilisation aux codes d'éthique et leur importance en pratique ; ii) d'inviter les autorités cantonales à considérer l'instauration de telles mesures.

Signalement des cas de corruption

154. Comme il est fait mention dans la partie descriptive, il n'existe pas en Suisse d'obligation légale générale pour les employés de la Confédération de signaler les soupçons d'infractions, dont la corruption. Il s'agit là d'un outil anti-corruption important, qui existerait déjà dans bon nombre de cantons.
155. En ce qui concerne les donneurs d'alerte, il a été indiqué à l'EEG que si un agent public licencié abusivement peut demander sa réintégration, cette dernière est rarement pratiquée (il est prévu de supprimer ce droit par réforme du LPers). Quelques initiatives prises au niveau fédéral par certaines administrations pour protéger les donneurs d'alerte, comme notamment une plateforme pour les dénonciateurs mise en place par le CDF, sont apparemment peu connues et utilisées jusqu'ici. Comme indiqué à la partie II du présent rapport, le Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO) reçoit en moyenne 5 à 10 signalements externes par an (dans le contexte des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales), dont peu ou pas d'allégations de corruption. Il est également intéressant que les interlocuteurs rencontrés par l'EEG s'accordent en général sur le fait qu'il y a une tendance en Suisse nettement plus marquée dans le secteur privé, à résoudre les problèmes en interne. L'absence d'obligation et de protection légale sont porteurs également de faits de licenciement, rétrogradation ou de discriminations qui affecteraient 90% des donneurs d'alerte, selon une motion parlementaire et des interlocuteurs de l'EEG.
156. L'EEG note que les discussions sur la mise en place d'une législation sur la protection des donneurs d'alerte remonte à 2003 (lorsque la proposition pour une motion sur le sujet a été formulée pour la première fois par un parlementaire). Le projet de loi du gouvernement précisera en principe les conditions de protection des donneurs d'alerte (sanctionnant plus sévèrement – si nécessaire – les licenciements prononcés suite à un signalement, garantissant la même protection aux employés du secteur privé et du secteur public et établissant, éventuellement, une obligation pour les employés de la Confédération de communiquer à l'autorité compétente des soupçons concrets d'actes pénalement réprimés). L'EEG a été informée que le texte sera probablement présenté en 2008 mais que pour l'instant rien n'est décidé en ce qui concerne le contenu exact et les chances d'adoption du projet. L'EEG considère qu'une telle législation

⁴⁶ Comme exemple de règles spécifiques connues par certains services ; la police fédérale connaît 3 échelons en la matière : l'absence de contrôle pour les cadeaux ne dépassant pas 20 CH, le besoin d'autorisation pour les cadeaux atteignant 100 CH et la nécessité de refus pour les cadeaux de valeur supérieure à 100 CH. L'administration des affaires étrangères connaît l'acceptation des cadeaux à concurrence de 40 CH et la nécessité d'aviser le chef de service pour les cadeaux de valeur de 30 à 200 CH. Au delà de 200 CH, les cadeaux doivent être inscrits dans l'inventaire du service.

pourrait contribuer à une meilleure détection de la corruption en Suisse, dans le secteur public comme dans le secteur privé. Selon les informations fournies par les autorités suisses lors de la visite, une telle réforme législative passerait – pour son volet protection contre les licenciements – par une modification du code des obligations, et elle ne s’appliquerait aux services publics des cantons que dans la mesure où leur législation renvoie au code des obligations. Il serait opportun que la nouvelle loi aille au-delà de la seule protection contre les licenciements et améliore la protection des individus contre les diverses autres formes de représailles. En conséquence, **l’EEG recommande l’adoption d’un cadre normatif destiné i) à obliger les employés de la Confédération à signaler les soupçons de corruption; ii) à protéger efficacement les personnes qui signalent de tels soupçons, et iii) d’inviter les cantons ne connaissant pas encore de telles mesures à étudier leur adoption.**

Procédures disciplinaires

157. L’EEG note avec satisfaction que des mécanismes disciplinaires existent aux différents niveaux administratifs en Suisse et que ceux-ci permettent de sanctionner les divers manquements aux règles pertinentes en matière de lutte contre la corruption. L’EEG regrette qu’il n’y ait pas de registre central sur les procédures disciplinaires au niveau fédéral et qu’il n’existe pas de statistiques du tout en la matière, comme cela a été indiqué à l’EEG. La tenue de données permettrait certainement aux autorités d’avoir une meilleure vue d’ensemble, nécessaire dans le cadre de politiques anti-corruption efficaces.

VI. PERSONNES MORALES ET CORRUPTION

a. Description de la situation

Définition générale

158. Les différentes formes de personnes morales prévues par le droit suisse sont les suivantes: fondation, association, société en nom collectif, société en commandite, société en commandite par actions, société anonyme (SA), société à responsabilité limitée (SARL) et société coopérative. Toutes ces personnes morales disposent d’une personnalité juridique complète, sauf la société en nom collectif et la société en commandite qui peuvent néanmoins, sous leur raison sociale, acquérir des droits et s’engager, agir et être traduites en justice (le patrimoine de ces deux types de sociétés n’appartient pas à celles-ci, mais aux associés en propriété commune).

Constitution – enregistrement - transparence

159. L’Ordonnance sur le registre du commerce du 7 juin 1937, avec ses amendements successifs⁴⁷, régit la matière de manière détaillée. Pour toutes les formes de personnes morales susmentionnées sauf pour l’association (si elle n’exerce pas une activité en la forme commerciale), l’inscription au registre du commerce est obligatoire. Cette inscription est substantielle à la constitution de la société, sauf pour la société en nom collectif et la société en commandite qui sont créées par l’établissement d’un contrat de société. L’association est créée par l’adoption de statuts qui contiennent les dispositions nécessaires sur le but, les ressources et l’organisation de l’association.

⁴⁷ Loi d’amendement du 17 octobre 2007 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008)

160. Le nombre d'entreprises inscrites dans les registres suisses du commerce s'élevait à fin 2006 à 484.222. Les sociétés anonymes, qui comptabilisent 175.459 inscriptions demeurent, quantitativement, les plus importantes. Leur nombre est en légère augmentation par rapport à l'année 2005. Le nombre de sociétés à responsabilité limitée continue à augmenter de façon significative, passant de 84.291 à fin 2005 à 92.448 à fin 2006, tandis que les sociétés coopératives sont en légère diminution, reculant de 11.860 à 11.609.
161. Le registre du commerce est public et peut être consulté gratuitement par le biais d'Internet dans la moitié des cantons. Ce mode de consultation devrait être rendu possible dans tous les cantons pour le 1^{er} janvier 2008. Le registre est tenu à l'échelon cantonal (ou district cantonal⁴⁸), les informations étant ensuite centralisées et vérifiées au niveau fédéral (Office fédéral du registre du commerce⁴⁹). Si les renseignements communiqués ne correspondent pas à la réalité, les responsables du registre procèdent à une mise en demeure afin de modifier les informations. A défaut, la société peut être dissoute. Le registre du commerce contient les données les plus importantes concernant les entreprises (raison de commerce, siège, objet social, noms, domicile et nationalité des organes et de la personne autorisée à signer). Pour les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions, de plus amples informations doivent être publiées comme p.ex. le montant du capital-actions et des apports effectués, le nombre, la valeur nominale et le type d'actions, les restrictions de la transmissibilité de celles-ci ainsi que les privilèges attachés à certaines catégories d'entre elles, l'objet de l'apport en nature et les actions émises en échange, l'objet de la reprise de biens et la contre-prestation de la société, ainsi que le contenu et la valeur des avantages particuliers, le nombre des bons de jouissance⁵⁰ avec l'indication du contenu des droits qui leur sont attachés etc. Pour les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, le registre permet également de connaître le nom des associés. De plus, les transferts des parts sociales des sociétés à responsabilité limitée doivent être signalés au registre du commerce et cette information est accessible aux tiers. Toutes les sociétés sont obligées de tenir les informations à jour en cas de changements.
162. L'Ordonnance de 1937 telle qu'amendée charge des autorités cantonales de contrôle, sous la supervision du Département Fédéral de justice et police de veiller au respect de la législation, sous peine d'amendes.

Limitations imposées à l'exercice de fonctions au sein des personnes morales

163. Les art. 67 et 67a de la nouvelle partie générale du code pénal qui est entrée en vigueur en 2007 prévoit que si l'auteur a commis une infraction dans l'exercice d'une profession, d'une industrie ou d'un commerce et qu'il a été condamné pour cette infraction à une peine privative de liberté de plus de six mois, avec ou sans sursis, ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende, le tribunal peut lui interdire totalement ou partiellement l'exercice de cette activité ou d'activités comparables pour une durée de 6 mois à 5 ans, s'il y a lieu de craindre de nouveaux abus. Cette sanction complémentaire permet d'interdire temporairement toute activité professionnelle, y compris celle d'administrateur ou d'organe dirigeant d'une personne morale. Elle est prévue pour toutes les infractions pénales, y compris celles concernant la corruption. Les juges ont la faculté d'informer le registre du commerce de toute interdiction professionnelle prononcée et l'autorité chargée de l'application des peines a l'obligation de veiller à ce que ce

⁴⁸ Seul le registre du commerce du canton du Valais n'est pas centralisé mais divisé en 3 registres distincts.

⁴⁹ le site fédéral permet des recherches horizontales à partir de divers critères et mots clé (dont les noms de personnes)

⁵⁰ ces titres sont décrits à l'art. 657 CO. Ce sont des titres qui matérialisent la participation au bénéfice société résultant du bilan ou du produit de liquidation, ou un droit préférentiel à la souscription d'actions nouvelles

qu'également ce type de sanctions soit appliquée effectivement. Dans tous les cas, le fait de ne pas se conformer à une telle interdiction professionnelle est en lui-même pénalement punissable sanctionnable en vertu de l'article 294 du code pénal et l'autorité de l'application des peines doit en informer le juge pénal le cas échéant.

164. Par ailleurs, les autorités de surveillance du marché financier ont la possibilité d'exclure des postes à responsabilité au sein des sociétés placées sous leur surveillance, les personnes condamnées pour crime ou délit en lien avec leur activité dans le secteur financier.

Législation relative à la responsabilité des personnes morales, sanctions et autres mesures

165. La responsabilité pénale des personnes morales a été introduite le 1^{er} octobre 2003, date d'entrée en vigueur des nouveaux art. 102 et 102a CP. L'art. 102, al. 1, prévoit une responsabilité de l'entreprise lorsque l'auteur individuel d'un délit ne peut pas être identifié en raison du manque d'organisation de l'entreprise. L'al. 2 prévoit pour quelques infractions limitativement énumérées une responsabilité parallèle de l'entreprise, s'il peut lui être reproché de n'avoir pas pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction. La responsabilité des personnes morales n'exclue pas la possibilité de poursuites judiciaires à l'encontre de personnes physiques. En vertu du principe de l'« unité de la procédure » et dans la mesure où les art. 102 et 102a CP n'y dérogent pas expressément, la culpabilité des individus sera évaluée dans la même procédure que la responsabilité de l'entreprise.
166. Alors que l'art. 102, al. 1, s'applique à tous les crimes et délits, l'al. 2 ne vise que la corruption active d'agents publics suisses ou étrangers, l'octroi d'un avantage, le blanchiment d'argent, la corruption dans le secteur privé ainsi que l'organisation criminelle et le financement du terrorisme. Les dispositions de l'art. 102 exigent simplement qu'un acte de corruption soit commis au sein de l'entreprise, ne serait-ce que par un simple employé. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'un dirigeant soit impliqué, ni même que l'infraction ait profité à l'entreprise.
167. L'art. 102 CP prévoit une peine d'amende pouvant aller jusqu'à CHF cinq millions. Pour fixer le montant de la peine, le juge doit tenir compte de la gravité de l'infraction, du manque d'organisation imputable à l'entreprise, du dommage causé et de la capacité économique de l'entreprise. Des mesures accessoires à la peine principale, comme la confiscation et la publication du jugement, peuvent être appliquées aux personnes morales. Il est également possible de prononcer contre une personne morale des sanctions civiles⁵¹ et des sanctions administratives (en cas d'assujettissement à une surveillance étatique).
168. Une simple modification de sa structure juridique ne permet pas à l'entreprise d'échapper à la procédure et aux sanctions. Par contre, si une société est dissoute, liquidée et radiée du registre du commerce, elle n'existe plus aux yeux de la loi et ne peut plus faire l'objet de poursuites pénales. Cependant, en cours de procédure, il est possible de prononcer un blocage du registre du commerce qui permettrait d'empêcher l'entreprise poursuivie de se soustraire à ses responsabilités.
169. L'état actuel de la législation suisse relative au casier judiciaire ne permet pas de procéder aux inscriptions des condamnations de personnes morales. Ces condamnations ne sont pas non plus enregistrées dans le registre du commerce.

⁵¹ Voir art. 52 et 57 du Code civil suisse.

Déductibilité fiscale

170. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, la loi fédérale du 22 décembre 1999 interdit à toutes les sociétés de déduire de leur bénéfice imposable les commissions occultes qu'elles ont pu verser. L'administration fédérale a, par deux circulaires en date du 22 juin 2005 et du 13 juillet 2007, rappelé cette interdiction. Les nouvelles dispositions ont également été introduites dans toutes les législations cantonales. Les autorités fiscales procèdent à un contrôle des comptes et demandent les pièces justificatives soit de manière systématique, soit sur certains postes de recettes, ou de charges, d'actifs ou de passifs. Les autorités de taxation peuvent ordonner des expertises, procéder à des inspections et examiner sur place les comptes et les pièces justificatives.

Administration fiscale

171. La loi fiscale ne fait pas obligation aux autorités fiscales de dénoncer les infractions qu'elles constatent dans le cadre de leur contrôle des taxations. Par contre, l'obligation générale des fonctionnaires de dénoncer les crimes, connue par la plupart des cantons, s'étend aussi aux fonctionnaires de l'administration fiscale. Pour les autres fonctionnaires cantonaux et fédéraux non soumis à une telle obligation légale, il est à prendre en compte qu'ils pourront, s'il y a dans le cadre d'une procédure de taxation de fortes présomptions d'actes de corruption, en aviser les autorités d'instruction pénale, sans que le secret fiscal ne puisse leur être opposé.

Règles comptables

172. En Suisse, tous les sujets de droit qui sont astreints de s'inscrire au registre du commerce doivent également tenir une comptabilité (art. 957 du Code des obligations) et conserver les documents comptables pendant 10 ans (art. 962).

173. Les associations dont le chiffre d'affaires est inférieur à CHF 100.000 n'ont pas d'obligation de s'inscrire au registre du commerce, mais elles doivent néanmoins tenir une comptabilité selon une modification législative dont l'entrée en vigueur est prévue pour janvier 2008 (art. 69a du Code civil).

174. L'art. 325 CP sanctionne d'une amende celui qui intentionnellement ou par négligence aura contrevenu à l'obligation légale de tenir une comptabilité. En sus, la comptabilité et les pièces qui la constituent sont protégées des falsifications par l'art. 251 CP (faux dans les titres⁵²) qui prévoit une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. Cette infraction est également constituée en cas de comptabilité incomplète. Lorsque le faux dans les titres est un moyen de commettre ou dissimuler une autre infraction et que la définition de celle-ci n'englobe pas déjà le faux, l'art. 251 CP doit être appliqué en concours. L'art. 254 CP prévoit la même sanction pour le cas de la destruction de titres (comptabilité, pièces justificatives). Si des éléments falsifiés sont destinés à tromper, les infractions contre le patrimoine, telles que l'escroquerie (art. 146 CP) ou les faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152 CP) peuvent entrer en ligne de compte. Le fait d'utiliser une fausse facture dans le but de dissimuler une infraction commise par un tiers peut aussi tomber sous l'art. 305 CP (entrave à l'action pénale) ou constituer un acte de complicité de corruption (art. 322ter CP/25 CP).

⁵² Savoir si une pièce justificative peut être considérée comme un titre, pour le seul motif qu'elle influence la comptabilité commerciale est une question controversée. D'après les autorités suisses, on peut néanmoins considérer qu'une pièce, notamment une facture, peut être qualifiée de titre si elle est appelée à entrer dans la comptabilité comme pièce justificative et si l'auteur a voulu fausser la comptabilité par ce moyen ou en accepte l'éventualité.

Rôle des auditeurs et autres professionnels

175. La plupart des personnes morales (sauf les associations sans but lucratif, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés à responsabilité limitée) est soumise à l'obligation de révision des comptes. Un projet de loi dont l'entrée en vigueur est prévue pour janvier 2008 vise à étendre cette obligation aux sociétés à responsabilité limitée et à établir plusieurs degrés de contrôle selon le type et l'importance des sociétés. Ainsi, les sociétés qui établissent des comptes consolidés, les sociétés ouvertes au public (notamment les sociétés cotées en bourse) et celles qui dépassent certains seuils au cours de deux exercices successifs (CHF 10 millions de total de bilan, CHF 20 millions de chiffre d'affaires, 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle) seront tenues de soumettre leurs comptes annuels à un contrôle approfondi, appelé contrôle ordinaire, effectué par un organe de révision indépendant par rapport à la société et aux personnes qui ont tenu la comptabilité. Les autres sociétés seront soumises à un contrôle dit restreint qui peut être réalisé par la société d'audit qui tient les comptes, à la condition qu'il ne s'agisse pas de la même personne physique.
176. La nouvelle loi sur la surveillance de la révision, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007, règle l'agrément et la surveillance des personnes et des entreprises qui fournissent des prestations en matière de révision. La loi prévoit la création d'une autorité de surveillance munie de la compétence de fournir les autorisations, de contrôler et de sanctionner. L'autorité de surveillance et les autorités de poursuite pénale se communiquent mutuellement toutes les informations et tous les documents nécessaires à l'application de la loi. Cette loi n'introduit pas d'obligation générale de dénonciation aux autorités pénales des infractions constatées par l'organe de révision dans le cadre de son mandat. L'art. 728b du Code des obligations stipule néanmoins que si, au cours de sa vérification, l'organe de révision constate des violations de la loi, il doit en avertir par écrit le conseil d'administration et, dans les cas graves, également l'assemblée générale.

b. Analyse

177. L'organisation du registre du commerce n'appelle pas d'observation de la part de l'EEG. Les informations qu'il contient sont facilement accessibles pour les tiers. Si les sociétés anonymes ne sont pas tenues de publier la liste de leurs actionnaires, l'inconvénient de cette exception est toutefois tempéré par l'obligation qui est faite aux sociétés anonymes d'indiquer dans l'annexe des comptes annuels l'identité des actionnaires qui détiennent plus de 5 % du capital. Enfin, il est à noter que le droit suisse ne semble pas connaître de personnes morales opaques. Ceci étant, il est toujours possible à une personne morale de droit étranger opaque de détenir des biens en Suisse.
178. Le texte relatif à la responsabilité pénale des personnes morales ne semble pas renfermer de difficultés d'application particulières et les magistrats rencontrés n'ont fait part, sur ce point, d'aucune observation. La personne morale peut être condamnée indépendamment des personnes physiques ayant engagé sa responsabilité. Le montant de l'amende prévue paraît proportionné et dissuasif au sens de l'art. 19 de la Convention pénale sur la corruption. Si des poursuites sont actuellement en cours à l'encontre de personnes morales (dont 2 poursuites au niveau fédéral pour corruption en 2007; les chiffres au niveau cantonal sont inconnus), l'EEG relève qu'une seule condamnation a été prononcée à ce jour contre une personne morale, pour une infraction au Code de la route. Ce nombre restreint de condamnations contre les personnes morales s'explique, certes, par le fait qu'il s'agit d'un nouveau concept juridique introduit récemment dans la législation suisse. Mais les informations collectées sur place indiquent qu'elle

pourrait être également significative d'un manque de formation des magistrats à cette nouvelle notion juridique, au moins en dehors du niveau fédéral (plusieurs collaborateurs du MPC ont suivi une formation axée sur la responsabilité pénale des personnes morales).

179. Des peines complémentaires sont applicables aux personnes morales par le juge pénal (publication du jugement), ou – en conséquence d'une décision pénale - par le juge civil (dissolution de la société) ou l'autorité administrative (retrait d'autorisation). En revanche, il n'existe pas de peine complémentaire d'exclusion des marchés publics pendant une période déterminée ni de registre permettant de recenser les condamnations pénales des personnes morales. L'absence d'un tel registre rendra en pratique difficile, sinon impossible, l'application des règles de la récidive ou le suivi des incapacités professionnelles qui affecteront une personne morale (p.ex : exclusion des marchés publics).
180. Au vu de ce qui précède, il est clair pour l'EEG que l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales pourrait être renforcée par des mesures supplémentaires afin d'augmenter l'efficacité pratique du nouveau dispositif mis en place. **L'EEG recommande i) de prévoir des sessions de sensibilisation des magistrats à la notion de responsabilité pénale des personnes morales, ii) d'envisager l'introduction de sanctions complémentaires - comme par exemple, l'exclusion des marchés publics - et d'examiner la possibilité de mettre en place un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées.**
181. En ce qui concerne la sanction complémentaire pour les personnes physiques condamnées dans l'exercice de leur profession (art. 67 CP, cf paragraphe 163), elle n'a, à ce jour, jamais été appliquée dans un cas de corruption. Cela s'explique principalement par l'introduction là aussi récente du mécanisme. Toutefois, on peut s'interroger sur le degré de sensibilisation des magistrats.
182. Sur la base du système de révision prévu par le législateur suisse, l'EEG a noté que les seuils retenus (les sociétés qui établissent des comptes consolidés et celles qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes : CHF 10 millions de total de bilan, CHF 20 millions de chiffre d'affaires, 50 emplois à plein temps en moyenne annuelle) pour déterminer les sociétés assujetties au contrôle approfondi apparaissent élevés. Des entités qui sont déjà de taille conséquentes restent ainsi soumises à un contrôle restreint. Or, l'EEG est d'avis – non partagé par les autorités suisses - que les conditions d'exercice du contrôle restreint offre moins de chances de détection de faits délictueux dans la mesure où l'auditeur peut appartenir à la même société que le comptable dont il révise les comptes. Les seuils actuels pourraient exclure un trop grand nombre de sociétés des contrôles offrant le plus de garanties. L'EEG s'est interrogée sur l'opportunité d'abaisser ces seuils, une question que les autorités suisses pourraient garder à l'esprit dans le contexte du renforcement des dispositifs anti-corruption du pays.
183. Les entretiens avec l'administration fiscale fédérale ont montré qu'il n'y avait eu de la part du fisc que « très peu ou pas de signalements à ce jour » d'infractions graves. L'EEG analyse cela en premier lieu comme un résultat de l'absence d'obligation explicite de signalement pour le fisc dans sa propre réglementation, tant au niveau fédéral qu'au niveau de certains cantons (cf para. 171 ci-dessus). Selon les autorités suisses, cela tient plus au fait que la détection des commissions occultes n'est pas aisée pour le fisc, compte tenu de leur caractère caché. Par ailleurs, en l'état de la législation actuelle, les comptables et les auditeurs ne sont - eux - assujettis à aucune obligation de signalement envers les autorités de poursuite pénale, à l'occasion de leurs fonctions au sein des sociétés commerciales. Il est vrai que l'information

donnée à l'assemblée générale des actionnaires des sociétés ouvertes au public sur les atteintes graves à la loi a pour effet de rendre publics les faits constatés par l'auditeur et de mettre ainsi le ministère public en mesure d'engager des poursuites. En revanche, pour les sociétés qui ne font pas appel au public, le signalement effectué par le réviseur restera partagé entre les actionnaires qui pourront avoir intérêt à le garder secret. L'EEG doute que les organes de direction de la société commerciale, informés par les auditeurs, avisent les autorités de poursuite de l'existence de faits de corruption susceptibles de leur être reprochés. Par contre, les auditeurs dans le secteur financier sont tenus d'informer la Commission fédérale des banques aussitôt qu'ils décèlent des infractions pénales ou de graves irrégularités (art. 21 LB, art. 19, al. 5, let.c, LBVM, art. 128, al.4, LPCC). C'est pourquoi, **l'EEG recommande d'étudier, en concertation avec les organisations professionnelles des auditeurs et des experts comptables, les mesures qu'il convient de prendre pour améliorer la situation en ce qui concerne le signalement de soupçons d'infractions graves (dont la corruption) aux autorités (p.ex. des directives et formations relatives à la détection et au signalement de faits de corruption).**

CONCLUSIONS

184. Les efforts importants entrepris par la Suisse depuis 2000 doivent être poursuivis pour améliorer les capacités de prévention, de détection et de répression des actes de corruption dans leurs diverses manifestations internes (par ex. en relation avec les marchés public, la délivrance d'autorisations, homologations et de permis qui figurent parmi les secteurs à risque).
185. La structure fortement décentralisée du pays requiert un renforcement du dialogue inter-institutionnel en vue de mieux identifier – à la lumière de travaux de recherche - les défis à relever, les moyens à mettre en œuvre, et les objectifs à atteindre. Il existe déjà une plateforme inter-institutionnelle au niveau fédéral (le groupe consultatif sur la corruption), ce qui est à saluer. Celle-ci devra être renforcée pour être à même d'initier des mesures et définir des orientations à l'avenir. Il a été constaté que la question du statut et de l'indépendance du Ministère public de la Confédération reste l'objet de controverses, parfois publiques. Les autorités judiciaires gagneraient aussi à être encore mieux formées à la dimension multi-facettes et la technicité des enquêtes de corruption. Elles disposent généralement des moyens nécessaires, même si la structure de l'infraction de corruption dans le secteur privé (art. 4a LCD), délit ne se poursuivant que sur plainte, a comme conséquence de les priver de certaines facultés légales (comme celles de pouvoir utiliser certaines techniques d'enquête, d'initier des poursuites dans ce secteur même en l'absence de plainte et d'appliquer le dispositif anti-blanchiment). Il ne semble pas que le régime des immunités constitue un obstacle sérieux à la poursuite des éventuelles infractions de corruption commises par des hauts responsables.
186. En ce qui concerne les mesures permettant de s'attaquer aux produits de la corruption, le cadre général est satisfaisant dans l'ensemble. Par ailleurs, les mécanismes de base sont généralement en place en vue de la prévention de la corruption au niveau de l'administration. Toutefois, des efforts supplémentaires doivent encore être consentis pour améliorer la transparence et l'accès aux informations, renforcer les audits et contrôles financiers au niveau local, développer les formations en matière d'éthique et mieux encadrer les conflits d'intérêts et activités accessoires des agents de l'administration. Au niveau fédéral, une loi générale en matière de signalement des infractions par les agents, et leur permettant d'être protégés contre d'éventuelles représailles, contribuerait aux efforts contre la corruption.
187. La Suisse a introduit le principe de la responsabilité pénale des personnes morales (y compris pour corruption) en 2003. Ce dispositif est à saluer en particulier pour faire face aux difficultés

liées à la complexité des mécanismes décisionnels dans les sociétés. Pour l'heure, il manque un certain nombre de mesures d'application (sensibilisation des praticiens aux nouvelles règles, mise en place d'un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées). Parmi les autres insuffisances relevées concernant les mesures applicables aux personnes morales, il a été constaté que ceux qui interviennent dans le contrôle des comptes des sociétés (en particulier l'administration fiscale et les auditeurs) devraient davantage être impliqués dans le signalement des infractions pénales graves (dont la corruption) rencontrées dans le cadre de leurs activités.

188. Compte tenu de ce qui précède, le GRECO adresse les recommandations suivantes à la Suisse :

- i. doter le groupe consultatif sur la corruption, ou toute autre structure appropriée, des moyens et des pouvoirs nécessaires pour initier une stratégie / des politiques anti-corruption concertées au niveau national (en associant fédération et cantons, autorités administratives et judiciaires, compétences interdisciplinaires et spécialistes) (paragraphe 25) ;
- ii. i) clarifier rapidement la situation actuelle en ce qui concerne la surveillance du Ministère public afin de garantir, en droit comme en fait, son indépendance; ii) engager des consultations sur l'opportunité de mise en place d'un organe professionnel des magistrats (type conseil de la justice ou de la magistrature) auquel pourrait être dévolu la mission de veiller à l'indépendance de l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire fédéral ; iii) inviter les cantons à engager une réflexion sur ces questions (paragraphe 64) ;
- iii. i) mettre à disposition de tous les magistrats (juges, juges d'instruction et procureurs) et les membres des services de police spécialisés dans la lutte contre la corruption, de plus amples actions de formation spécialisée dans le domaine de la lutte contre la corruption ; ii) inviter les cantons à faire de même (paragraphe 65) ;
- iv. étendre le champ d'application des techniques spéciales d'enquête à tous les cas graves de corruption, avec les garanties relatives aux droits fondamentaux qui s'imposent (paragraphe 69) ;
- v. s'assurer que l'obligation faite aux Ministères publics de demander l'autorisation pour pouvoir engager des poursuites pénales contre un employé fédéral ne constitue pas un obstacle à la poursuite efficace de la corruption (paragraphe 82) ;
- vi. examiner l'opportunité d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé (paragraphe 104) ;
- vii. i) engager des consultations sur les mesures à prendre en vue de veiller à la mise en œuvre et à l'évaluation de la loi fédérale sur la transparence; ii) inviter les 13 cantons ne disposant pas encore de cadre réglementaire (en matière de transparence et d'accès à l'information publique) à considérer d'en adopter un (paragraphe 137) ;
- viii. inviter les cantons à examiner les aspects suivants: i) d'envisager que les administrations municipales et cantonales soient toutes assujetties à des organes d'audit / contrôle des finances suffisamment indépendants et pourvus de moyens adéquats autant en termes de prérogatives que de ressources humaines et

matérielles; ii) d'encourager le signalement des possibles cas de corruption aux autorités de poursuite par les organes d'audit / contrôle des finances (paragraphe 144) ;

- ix. i) renforcer l'offre de formation pour les agents fédéraux, sur les thèmes de l'éthique, de la corruption et de sa prévention ; ii) améliorer la gestion des conflits d'intérêts et de réglementer le pantouflage; iii) inviter les cantons à soutenir ces divers efforts à leur niveau (paragraphe 150) ;
 - x. i) préciser les règles en matière de dons et cadeaux pour tous les agents publics fédéraux et renforcer la sensibilisation aux codes d'éthique et leur importance en pratique ; ii) inviter les autorités cantonales à considérer l'instauration de telles mesures (paragraphe 153) ;
 - xi. adopter un cadre normatif destiné i) à obliger les employés de la Confédération à signaler les soupçons de corruption; ii) à protéger efficacement les personnes qui signalent de tels soupçons, et iii) inviter les cantons ne connaissant pas encore de telles mesures à étudier leur adoption (paragraphe 156) ;
 - xii. i) prévoir des sessions de sensibilisation des magistrats à la notion de responsabilité pénale des personnes morales, ii) envisager l'introduction de sanctions complémentaires - comme par exemple, l'exclusion des marchés publics - et examiner la possibilité de mettre en place un casier judiciaire pour les personnes morales condamnées (paragraphe 180) ;
 - xiii. étudier, en concertation avec les organisations professionnelles des auditeurs et des experts comptables, les mesures qu'il convient de prendre pour améliorer la situation en ce qui concerne le signalement de soupçons d'infractions graves (dont la corruption) aux autorités (p.ex. des directives et formations relatives à la détection et au signalement de faits de corruption) (paragraphe 183).
189. Conformément à la règle 30.2 du Règlement Intérieur, le GRECO invite les autorités suisses à remettre un rapport sur la mise en œuvre des recommandations ci-dessus d'ici le 31 octobre 2009.
190. Enfin, le GRECO invite les autorités de la Suisse à autoriser, dans les meilleurs délais, la publication de ce rapport, à traduire le rapport dans les (autres) langues nationales et à rendre ces traductions publiques.