



Actes de conférence

2011

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Lutte contre la corruption internationale. The never ending story

Cassani, Ursula (ed.); Héritier Lachat, Anne (ed.)

How to cite

CASSANI, Ursula, HÉRITIER LACHAT, Anne, (eds.). Lutte contre la corruption internationale. The never ending story. Genève : Schulthess, 2011. (Publications du Centre de droit bancaire et financier)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:15970>

Lutte contre la corruption internationale
The never ending story

Lutte contre la corruption internationale

The never ending story

Bernard Bertossa

Ursula Cassani

Christine Chappuis

Paul H. Dembinski

Maurice Harari

Anne Héritier Lachat

Valsamis Mitsilegas

Mark Pieth

Sous la direction de

Ursula Cassani et Anne Héritier Lachat

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011

ISBN 978-3-7255-6306-7

www.schulthess.com

Cet ouvrage est diffusé en France par

Lextenso Editions (LGDJ)

33, rue du Mail

75081 Paris cedex 02

www.lextenso-editions.fr

AVANT-PROPOS

Dix ans après la révision du droit suisse en 2000, l'application pratique du dispositif de lutte contre la corruption présente une image en demi-teintes : l'effectivité de ces normes paraît douteuse, et l'entraide internationale reste difficile à mettre en œuvre.

Cet ouvrage reproduit les exposés présentés lors d'un colloque organisé en septembre 2010, dans le but d'établir un état des lieux de la prévention et de la répression de la corruption internationale et d'identifier les causes des difficultés qui subsistent et les améliorations qui pourraient être apportées.

L'économiste *Paul H. Dembinski* étudie la corruption – définie comme une trahison – dans une perspective systémique. Le résultat de l'analyse est pessimiste : en affranchissant la recherche de l'intérêt de toute contrainte morale, l'époque contemporaine a déclenché un processus de dégénérescence de l'ordre social basé sur les notions de devoir et de conscience.

Suivent les travaux consacrés à l'analyse juridique des normes visant à lutter contre la corruption et à leur mise en œuvre. *Ursula Cassani* examine le droit pénal suisse en matière de corruption et s'interroge sur les raisons pour lesquelles les infractions en matière de corruption, pourtant remaniées à deux reprises pour les rendre plus incisives, continuent à faire l'objet d'un nombre très faible de poursuites et de condamnations pénales. *Anne Héritier Lachat* analyse les risques extra-pénaux liés à la corruption et aux relations avec des personnes politiquement exposées encourus par les intermédiaires financiers. *Valsamis Mitsilegas* décrit les nombreuses initiatives prises au sein de l'Union européenne, mettant en exergue le caractère diffus et fragmentaire de la lutte contre la corruption et l'absence de volonté politique de mise en œuvre des instruments les plus ambitieux.

Plusieurs études sont consacrées aux enquêtes en matière de corruption internationale. Les difficultés et limites de l'entraide internationale en matière pénale, ainsi que les risques sous l'angle des atteintes aux libertés individuelles, font l'objet de l'analyse proposée par *Maurice Harari*. Cette étude critique des mécanismes classiques de coopération entre systèmes nationaux de justice pénale est suivie d'un exposé de *Mark Pieth*, qui fut membre de la commission d'enquête internationale nommée pour élucider

les manipulations intervenues dans le programme “Oil for Food” et tire les leçons de cette expérience unique. Dépourvue des instruments coercitifs dont jouit la justice pénale et libérée de la nécessité d’apporter une preuve judiciaire stricte, cette commission a pu mettre à profit la marge de manœuvre résultant de l’absence de règles procédurales pour recourir à des moyens d’enquêtes très efficaces, malgré ou peut-être à cause de leur caractère informel. Enfin, la question de la manière dont les profits issus de la corruption au sens large peuvent être restitués à ceux qui ont été spoliés est analysée sous deux angles différents. *Bernard Bertossa* présente la nouvelle loi suisse sur la restitution des avoirs illicites, pour en mettre en évidence les contradictions et limitations. *Christine Chappuis* rappelle l’existence d’instruments offerts par le droit civil, insuffisamment mis à contribution à son sens, et en décrit la portée actuelle et l’extension possible.

Ce colloque et l’ouvrage qui en est issu n’auraient pas été possibles sans les intervenants que nous remercions non seulement de leur participation engagée en septembre 2010, mais aussi des efforts fournis pour rédiger les contributions qui suivent.

Nous remercions aussi chaleureusement celles et ceux qui nous ont soutenues dans l’organisation du colloque et la publication du présent ouvrage, Madame Jacqueline Messerli, Monsieur Gervais Muja, Mesdames Anouchka Offenstein, Maud Michel Genton, Ariane Tschopp et Monsieur Oscar Solorzano.

Ursula Cassani et Anne Héritier Lachat
Genève, janvier 2011

MOT DU DOYEN

Le sous-titre de ce colloque consacré à la lutte contre la corruption internationale – *the never ending story* – est chargé de pessimisme s’agissant des développements législatifs qui attendent probablement les acteurs financiers durant les prochaines années. La lutte contre ce fléau s’impose cependant à l’évidence, car la corruption a souvent été considérée comme la négation de la démocratie. Saint-Just soulignait ainsi avec raison que :

“Les institutions sont la garantie du gouvernement d’un peuple libre contre la corruption des mœurs, et la garantie du peuple et du citoyen contre la corruption du gouvernement.”

La corruption contribue en effet à la création d’inégalités à l’intérieur des Etats comme à l’égard d’entreprises ; elle a des conséquences économiques importantes, confisquant au profit d’une minorité une partie du bien commun. Il serait faux toutefois d’identifier la corruption à une personne dirigeant un pays – les Marcos, Duvalier ou autres Abacha. La corruption est une gangrène qui atteint rapidement la plupart des couches de l’administration. Je partage sans réserve l’opinion de Gustave Le Bon qui disait :

“Un dictateur n’est qu’une fiction. Son pouvoir se dissémine en réalité entre de nombreux sous-dictateurs anonymes et irresponsables dont la tyrannie et la corruption deviennent bientôt insupportables.”

Les systèmes juridiques, y compris celui de la Suisse, ont cependant parfois pris du temps à intégrer pleinement cette dimension de la criminalité économique et, pendant une période relativement longue, ont en grande partie fermé les yeux sur la corruption d’agents étrangers ou le produit de la corruption venant d’autres pays.

L’un des meilleurs moyens de lutter contre la corruption est la formation, et la Faculté de droit de l’Université de Genève est donc très heureuse d’accueillir plusieurs spécialistes de la lutte contre la corruption. Je tiens à les remercier chaleureusement de leur participation à ce séminaire.

L’enseignement de ces matières paraît aujourd’hui essentiel au regard des développements législatifs et réglementaires constants dans ce domaine. Cette évolution m’amène à proposer à votre réflexion, en guise de conclusion, la citation suivante de Tacite :

“Plus l’Etat est corrompu, plus il y a de lois.”



Pour ma part, je dirais que ce n'est pas tant le nombre de normes que la qualité de leur application qui permet de lutter efficacement contre la corruption.

Professeur Christian Bovet, doyen

AUTEURS

Bernard Bertossa, dr. h. c. de l'Université de Genève et de l'Université de Bâle, était procureur général de Genève de 1990 à 2002 et juge au Tribunal pénal fédéral de 2003 à 2007. Initiateur de l'Appel de Genève en faveur de l'amélioration des mécanismes de coopération internationale en matière pénale, avec quelques autres magistrats européens ayant fait de la lutte contre la criminalité économique et financière un but prioritaire de leur action, il a collaboré à un grand nombre d'enquêtes d'envergure dans le domaine du blanchiment d'argent, du crime organisé et de la corruption. Il continue d'exercer une activité d'expert et d'auteur en matière de lutte contre la criminalité économique, de procédure civile et pénale et d'entraide internationale en matière pénale.

Ursula Cassani est professeure ordinaire de droit pénal à l'Université de Genève, vice-doyenne de la Faculté de droit et membre de la commission de direction du Centre de droit bancaire et financier. Elle exerce aussi les activités de juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire et d'avocate au sein de l'Etude Lenz & Staehelin. Ses recherches et publications traitent de divers thèmes relevant du droit pénal, l'accent étant mis sur le droit économique et financier et la coopération internationale en matière notamment de lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent, de confiscation internationale et de recouvrement d'avoirs illicites.

Christine Chappuis est professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Elle enseigne notamment le droit des obligations et de la responsabilité civile, ainsi que le droit comparé des contrats. Elle conduit des recherches et publie sur ces thèmes, avec un accent sur l'harmonisation internationale du droit des contrats. Sa participation aux travaux d'UNIDROIT relatifs à la 3^e édition des "Principes relatifs aux contrats du commerce international" constitue un apport précieux à cet égard.

Paul H. Dembinski est professeur à la Faculté des sciences économiques de l'Université de Fribourg et directeur et co-fondateur de l'Observatoire de la Finance, dont la mission consiste à promouvoir la prise en compte du bien commun par et au sein des activités financières. Il est, par ailleurs,

responsable de la revue bilingue “Finance & Bien Commun/Common Good”. Auteur, expert et consultant auprès d’institutions nationales et internationales, il travaille au croisement de l’économique, du financier, du philosophique et de l’éthique.

Maurice Harari (LL.M. New York University) est avocat à Genève au sein de l’étude LHA Avocats. Il est actif dans les domaines du droit pénal économique, du droit financier et du droit pénal international. Il enseigne (en qualité de chargé de cours) depuis 2001 l’entraide judiciaire pénale à l’Université de Fribourg et intervient régulièrement dans des enseignements de droit pénal international et de procédure pénale à Genève et à Neuchâtel. Il est l’auteur de plusieurs publications dans ses domaines d’activité.

Anne Héritier Lachat est présidente du conseil d’administration de la FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers), professeure associée à la Faculté de droit de l’Université de Genève et membre de la commission de direction du Centre de droit bancaire et financier. Elle enseigne le droit bancaire et financier et le droit commercial et dirige le Certificat de formation continue en Compliance Management de l’Université de Genève. Elle a été membre de la Commission fédérale des banques et vice-présidente la Commission des offres publiques d’acquisition (COPA), a exercé des fonctions judiciaires et pratiqué le barreau à Genève.

Valsamis Mitsilegas est professeur à la School of Law de Queen Mary, University of London, où il enseigne le droit pénal européen. Il agit régulièrement comme consultant de parlements nationaux, d’institutions européennes et d’organisations internationales sur des questions de droit pénal, de coopération judiciaire et policière, d’immigration et de droits fondamentaux. A ce titre, il exerce notamment une activité d’expert de la Commission des libertés civiles, justice et affaires intérieures (LIBE) du Parlement européen et est intervenu comme expert ou conseiller dans des enquêtes ou auditions conduites par la Chambre des lords et la Chambre des communes sur des sujets liés au droit de l’Union européenne et à sa transposition au Royaume-Uni. Enfin, son engagement dans le domaine du droit pénal européen le conduit également à participer aux travaux de diverses ONG et réseaux académiques.

Mark Pieth est professeur de droit pénal et de criminologie à l'Université de Bâle. La lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent et la criminalité organisée sont au centre de son activité. Il est notamment président du Groupe de travail sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales de l'OCDE et président du conseil d'administration du Basel Institute on Governance. Ancien chef de la Section sur le crime économique et organisé du Département fédéral de justice et police, il a déployé une activité importante sur le plan international, notamment en tant que membre du Groupe d'action financière (GAFI), du Conseil consultatif de la Banque mondiale sur l'intégrité, ainsi que du Groupe d'action sur les produits chimiques précurseurs et de président de la Commission du Groupe d'experts intergouvernemental des Nations Unies chargée de déterminer l'ampleur du trafic illicite de stupéfiants. Enfin, l'article publié dans le présent ouvrage se nourrit de l'expérience de Mark Pieth comme membre de la Commission indépendante chargée d'enquêter sur le programme "Pétrole contre nourriture" en Irak. Ces recherches sur le crime économique et le crime organisé, le blanchiment d'argent, la corruption et le droit pénal formel et matériel ont fait l'objet d'un grand nombre de publications.

SOMMAIRE

Avant-propos	5
Mot du doyen	7
Auteurs	9
Corruption – vers un diagnostic systémique	15
Paul H. Dembinski	
La lutte contre la corruption : vouloir, c’est pouvoir ?	33
Ursula Cassani	
Intermédiaires financiers et corruption	63
Anne Héritier Lachat	
Corruption and the European Union	83
Valsamis Mitsilegas	
Quelle coopération internationale dans la lutte contre la corruption ?	107
Maurice Harari	
“Oil for Food” : enjeux et difficultés d’une enquête internationale en matière de paiements illicites	127
Mark Pieth	
La restitution des valeurs issues de la corruption	135
Bernard Bertossa	
La restitution des profits issus de la corruption : quels moyens en droit privé ?	139
Christine Chappuis	

CORRUPTION – VERS UN DIAGNOSTIC SYSTÉMIQUE

Paul H. Dembinski*

La présente contribution est une réflexion d'étape sur les fondements du phénomène de la corruption. L'objectif est d'analyser la chaîne d'évènements allant de l'incitation à la trahison du devoir en tant qu'expression de la confrontation de plusieurs ordres et logiques d'action se trouvant en concurrence dans un même espace social. Cette approche conduit à montrer que le phénomène de la corruption est plus largement répandu dans le monde contemporain que ne le laissent apparaître des analyses souvent superficielles.

I. Plus qu'une simple question de définition

Selon de nombreux auteurs, le sens du mot corruption serait suffisamment clair et évident pour qu'il soit inutile de s'attarder à le définir. Ainsi, dans un ouvrage collectif consacré à la corruption et contenant 28 contributions, seul dix auteurs prennent le temps de préciser le sens qu'ils entendent donner au terme en question (Senior, 2006, p. 20, à propos de l'ouvrage de Williams, 2000) S'il y a consensus sur le sens général du mot, il reste superficiel et se résume à la connotation négative généralement associée au terme comme au phénomène. Pour la clarté des propos qui suivent, il est indispensable de prendre appui sur le sens courant du terme tel que le donnent les dictionnaires généraux.

Le Littré – ancêtre des dictionnaires de la langue française (1872-1876) – donne quatre acceptions du terme qui méritent d'être citées ici : (a) rupture d'un ensemble, altération en général ; (b) altération, modification en mal ; (c) crime du fonctionnaire qui trafique de son autorité, et crime de ceux qui cherchent à le corrompre (droit) ; (d) moyen qu'on emploie pour gagner quelqu'un et le déterminer à agir contre son devoir et la justice. Plus

* Directeur de l'Observatoire de la Finance (Genève), professeur à l'Université de Fribourg.

moderne, le Petit Robert stipule “altération de la substance par décomposition. Altération du jugement, du goût du langage. Moyen que l’on emploie pour faire agir quelqu’un contre son devoir ou sa conscience”. En anglais, le New Webster Dictionary ou le Concise Oxford Dictionary s’accordent en disant à l’instar du dernier, “decomposition; moral deterioration; use of corrupt practices (bribery); perversion (of language) from its original state”.

Les éclairages du langage courant convergent pour mettre en évidence deux sens complémentaires de la corruption qui sont autant de perspectives d’analyse. D’un côté le regard est posé sur un état de fait, un regard “objectif” : le terme décrit alors un processus (dynamique) de dégradation ou de décomposition de la société, de l’économie ou encore du langage. De l’autre côté, le regard moral se pose sur l’enchaînement d’actions qui va de l’incitation à la trahison de son devoir ou de sa conscience. On pourrait alors parler de perspective personnelle, ou subjective, puisque se référant aux sujets (acteurs). Dans le premier sens, on mettrait ainsi l’accent sur les conséquences et sur les effets alors que dans le second sens, l’attention se porte sur les actes qui sont aussi les causes.

Dans les deux sens courants mentionnés plus haut, le terme de corruption est clairement chargé d’une connotation négative (dégénérescence, trahison) avec référence à un état d’origine (*status quo ante*) qui serait sain et souhaitable par hypothèse. Les multiples études et discours sur la corruption reprennent implicitement ce postulat qu’elles omettent la plupart du temps d’explicitier et de discuter. Par conséquent, ces travaux véhiculent des jugements de valeur, voire des jugements moraux aprioriques, ce qui en limite sérieusement la pertinence et la portée, notamment quand il s’agit des causes profondes de la corruption.

Le rôle de la corruption dans les pays communistes fournit un exemple de ces appréciations que la distance historique prend parfois en défaut. Il est évident aujourd’hui – vingt ans après la chute du mur de Berlin – que les sociétés de l’Europe de l’Est ont pu survivre sous le communisme en grande partie grâce au “système D” dans lequel la corruption a joué un rôle considérable (Dembinski, 1988). A l’époque, elle était largement décriée et stigmatisée (tant à l’Est qu’à l’Ouest) comme source d’inefficience voire de sabotage d’un système par ailleurs parfait. Aujourd’hui, il est clair que la corruption a grandement contribué à la chute d’un système par essence inhumain. Bien que la longue confrontation entre le “légal” et le “réel” ait laissé de profondes séquelles (visibles encore aujourd’hui) dans l’attitude

des sociétés post-communistes par rapport à l'état et au droit, personne ne conteste le caractère salubre de cette corruption qui a fini par avoir raison du Système. Ce bref rappel de l'histoire récente devrait inciter à plus de prudence dans les jugements parfois à l'emporte-pièce portés par exemple sur le "fléau de la corruption" en Chine.

Les propos qui suivent ont pour objectif de questionner le bien-fondé du poncif moral habituel selon lequel toute corruption entraîne la dégradation d'un *status quo ante* par ailleurs idéal. Cette mise en question aboutit à montrer que le poncif limite la compréhension du phénomène, aussi bien dans ses causes profondes que dans ses conséquences et ses remèdes éventuels. Ainsi, en faisant dans un premier temps abstraction de la dimension morale, le texte propose un cadre conceptuel permettant de contextualiser les faits de corruption et ainsi de les interpréter dans une perspective plus fine à la fois du point de vue des acteurs en présence et de celui de la société en général. C'est seulement une fois que le cadre d'analyse aura été posé qu'il sera possible de revenir sur la pertinence du poncif moral habituel.

Le texte est organisé en trois parties. Dans un premier temps seront analysés les multiples dimensions de la trahison, point central de l'acte de corruption. Dans un deuxième temps, l'attention se portera sur l'incitation et ses sources potentielles. Finalement, dans la troisième partie, la corruption sera étudiée dans une perspective systémique, en tant que résultat normal de la confrontation de plusieurs ordres et logiques d'action qui se disputent le même espace social.

II. La trahison : le devoir ou la conscience ?

La trahison du devoir est l'acte ultime de la chaîne d'événements que l'on qualifie couramment de corruption. Une fois commis, cet acte produit des vagues successives de conséquences de plus en plus éloignées des acteurs immédiats. En raison de leur portée plus macroscopique, ces phénomènes seront analysés dans la dernière partie du texte. Avant d'en arriver là, il s'agit d'analyser la chaîne d'événements dans laquelle deux moments précédant l'acte final doivent être explicités : celui de l'incitation et celui de l'hésitation (s'il y a lieu). Dans cette partie, sera traité le dernier maillon de la chaîne de corruption, à savoir le corrompu, qui peut-être hésite mais qui finit par agir, alors que l'incitateur fera l'objet de la partie suivante.

Qu'il s'agisse de la définition que donne de la corruption le Conseil de l'Europe ou de celle de l'OCDE, la trahison du devoir suite à une incitation se trouve en point de mire. Ainsi, selon le Conseil de l'Europe, relève de la corruption toute tentative d'amener les personnes "investies de fonctions" à octroyer des avantages qui contreviennent aux devoirs qu'elles ont en vertu de la position occupée. En effet, le Programme d'action contre la corruption adopté par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe en 1996 définit la corruption comme "commissions occultes et tous autres agissements qui impliquent des personnes investies de fonctions publiques ou privées, qui auront violé leurs devoirs découlant de leur qualité de fonctionnaire public, d'employé privé, d'agent indépendant ou d'une autre relation de ce genre, en vue d'obtenir des avantages illicites de quelque nature que ce soit, pour eux-mêmes ou pour autrui"¹.

La convention de l'OCDE² quant à elle propose une définition substantielle très proche de celle de Conseil de l'Europe mais en limite la portée au seul commerce international et aux agents étrangers. La convention élaborée sous les auspices de l'OCDE exige que "chaque Partie [prenne] les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international."

En restant dans le même esprit, mais de manière moins juridique, Ian Senior (2006) a élaboré cinq critères qui, simultanément, définissent selon lui la corruption: "corruptor (a) covertly gives (b) a favour to a corruptee or to a nominee to influence (c) action that (d) benefits the corruptor and on which the corruptee has (e) authority."

Le point de référence implicite de chacune de ces définitions est une organisation ou un ordre qui assignerait de manière non ambiguë les responsabilités, les devoirs, les fonctions ou les positions, lesquelles s'imposeraient de façon univoque et totale à ceux qui sont chargés de les mettre

1 Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC) du Conseil de l'Europe, Programme d'action contre la corruption, adopté par le Conseil des Ministres, 1996, p. 27.

2 Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, du 17 décembre 1997.

en œuvre. Le terme souvent utilisé d’“agents” souligne le caractère déterminant de l’insertion dans l’organisation et gomme, ce faisant, l’autonomie des personnes. Cette manière de poser le problème fait de l’ordre en question une référence forte, une donnée quasiment surnaturelle, dont ni la légitimité, ni la justice, ni la pertinence et encore moins la moralité ou la compréhension voire l’adhésion ne devraient être discutés. Un ordre somme toute parfait que la trahison viendrait “corrompre”, c’est-à-dire entraver, voire menacer dans son existence.

Dans la grande majorité des travaux sur la corruption, et a fortiori dans les textes de portée internationale, l’ordre juridique sert d’unique référence implicite. Pourtant, dans la réalité sociale, le juridique n’est pas le seul référentiel qui assigne des fonctions, des responsabilités et des devoirs que la corruption pourrait menacer. La domination du référentiel juridique dans l’étude de la corruption est rarement contestée. Son avantage tient au fait qu’il fournit une base claire pour l’action opérationnelle de lutte contre la corruption. Cependant, son inconvénient tient au fait qu’il impose un cadre épistémologique rigide qui limite le spectre d’étude sur les causes profondes de la corruption. En effet, reconnaître la légitimité – du moins potentielle – de plusieurs ordres et référentiels en présence dans une société conduirait fatalement à analyser la corruption en termes systémiques. Or, cette dernière analyse peut mettre en question une lecture trop simpliste du phénomène et les fondements des initiatives qui cherchent à le combattre. Avant d’arriver, dans la troisième partie, à la dimension systémique, il est nécessaire de procéder à un bref rappel des divers “ordres” présents dans une société contemporaine et que la corruption pourrait menacer.

Comme rappelé plus haut, l’ordre juridique et administratif est le référentiel principal et incontournable. L’ordre légal et l’ordre administratif répartissent au niveau formel les rôles et fonctions, organisent les hiérarchies, règlent les responsabilités et les rapports entre acteurs indépendants. Dans les pays dits développés, l’ordre juridique et administratif qui en dérive “donne forme” à la vie sociale en fournissant le cadre nécessaire au développement à la fois de la vie politique, sociale et économique. Là où il fonde un “état de droit”, l’ordre juridique est ancré dans des principes intangibles dont il tire sa légitimité. L’état de droit doit soigneusement être distingué du légalisme formel qui prévaut (encore) dans nombre de pays.

Toute société est enracinée dans un socle culturel – ordre culturel – qui est son creuset et qui évolue avec elle au gré de son histoire. L’ordre

culturel est fait à la fois de références au passé (traditions) et à des valeurs qui sont rarement pleinement explicitées. Contrairement à l'ordre juridique, l'ordre culturel est peu formalisé, il s'impose de fait à tout un chacun, son respect étant à la fois symbole et condition d'appartenance à une communauté. A l'instar de l'ordre juridique, l'ordre culturel assigne des fonctions et des responsabilités, il répartit aussi l'autorité et sous-tend parfois les hiérarchies au sein d'un groupe social. L'ordre juridique et l'ordre culturel entretiennent des rapports ambigus et variés dans le temps et dans l'espace et qui vont de la concordance poussée à l'antagonisme frontal. Le degré de concordance est parfois résumé par la formule "distance entre le pays légal et le pays réel". Par son emprise sur les comportements quotidiens et les micro-réalités, l'ordre culturel peut efficacement limiter l'emprise de l'ordre juridique sur la réalité sociale.

L'ordre de l'économie de marché ou l'ordre économique. Depuis 1989, la légitimité du marché – en tant que principe d'allocation de l'essentiel des ressources – a reçu une reconnaissance quasi universelle. Cependant, une économie de marché ne se décrète point, son bon fonctionnement requiert un certain nombre de conditions qui ne sont pas que juridiques. Certaines sont reprises dans les textes législatifs, d'autres relèvent plus des pratiques ou des habitudes. Ces conditions se réfèrent à l'égal accès des concurrents à l'information, à la transparence des transactions, aux conditions d'entrée et de sortie d'un marché, etc. Bien que, par certains aspects, l'ordre économique soit une extension spécialisée de l'ordre juridique et administratif, il n'est pas réductible à ce dernier. Contrairement aux deux autres ordres, l'ordre économique n'est pas autonome, il a besoin pour fonctionner de s'appuyer à la fois sur l'ordre juridique et sur l'ordre culturel.

Selon des modalités qui leur sont propres, chacun des trois ordres est vulnérable à la corruption qui pourrait pousser un des acteurs à trahir les devoirs et obligations découlant de la position occupée ou des responsabilités assumées. Quand on passe de l'analyse de chacun des ordres pris séparément à un regard d'ensemble, la situation se complique fortement parce que le respect des devoirs et responsabilités découlant d'un des ordres peut constituer une violation de ceux découlant d'un autre ordre. Dans un tel cas, la corruption d'un ordre serait la condition de survie d'un autre ordre. Du coup, la corruption apparaît comme un lieu possible de confrontation entre ordres régissant une même société.

Les diverses définitions s'accordent pour dire que la trahison du devoir – quel qu'en soit l'ordre de référence – constitue la manifestation ultime

de la corruption réussie. Toutefois, avant de terminer cette discussion et d'aborder celle de l'incitation, il reste à explorer le rapport possible entre trahison de devoir et trahison de conscience. Plus exactement, il s'agit d'appréhender la trahison du devoir à deux niveaux, celui de l'ordre et des faits objectifs (niveau qui a été retenu jusque-là), et celui de la conscience. Pour ce dernier, il est déterminant de savoir si l'acteur perçoit le devoir comme s'imposant aussi à sa conscience. L'exemple classique est celui d'un prisonnier de guerre auquel le règlement du camp d'internement interdit l'évasion, alors que rejoindre le front relève du devoir moral du soldat. En croisant ces deux dimensions (le devoir selon l'ordre et le devoir selon la conscience), on obtient quatre cas de figure (cf. tableau).

		<i>Trahison du devoir selon la conscience</i>	
		Oui	Non
<i>Trahison du devoir selon l'ordre</i>	Oui	Acte crapuleux mais rationnel du point de vue de la logique de maximisation de l'intérêt. Corruption morale et formelle.	Acte potentiellement corrupteur de l'ordre établi mais moralement défendable voire obligatoire. Corruption formelle seulement.
	Non	Acte moralement douteux mais respectueux des devoirs découlant de l'ordre (établi). Corruption morale.	Pas de corruption.

Les quatre situations du tableau se répartissent en deux catégories: celle où il y a coïncidence entre les deux plans et celle où ils sont en opposition. Le cas le plus simple est celui sans corruption, parce qu'il n'y a ni trahison du devoir de l'ordre ni de celui de la conscience. La situation symétrique où les deux – ordre et conscience – sont trahis est aussi simple, mais pose la question des mobiles profonds de l'acte. Les deux situations où ordre et conscience sont en conflit laissent apparaître l'étendue des possibles ambiguïtés entre les deux registres du devoir. Quand l'acte relève du respect du devoir mais implique la trahison de la conscience, il s'agit d'une situation où la corruption échappe aux définitions précitées à dominante juridique. Il n'en demeure pas moins qu'elle est bien réelle et potentiellement d'autant

plus pernicieuse à long terme qu'elle demeure cachée. Dans la situation inverse, quand le devoir de l'ordre est trahi mais que la conscience reste intacte, il y a corruption au sens formel mais l'acteur ne la perçoit pas comme telle. La situation est donc paradoxale : faute formelle mais non reconnue par la conscience, un acte si ce n'est juste du moins recevable selon la conscience.

En introduisant la trahison selon la conscience, nous avons en réalité admis implicitement l'existence d'un ordre supplémentaire qui vient s'ajouter à ceux mentionnés plus haut. Cet ordre peut être qualifié d'ordre moral ou d'ordre des loyautés. A l'instar d'une clé de voûte, il coiffe les trois ordres mentionnés en ramenant certaines de leurs prescriptions, rôles et devoirs à la conscience de l'acteur qui en reste le point de référence ultime.

L'ordre des loyautés garde son importance sociale encore aujourd'hui, bien que les sociétés modernes aient largement refoulé la question du bien et du mal dans la sphère privée. En dépit de cela, un certain nombre de valeurs gardent une portée générale, parmi lesquelles la confiance et son réciproque, la loyauté. En effet, la vie en société est un réseau de loyautés et de relations de confiance dont chacune se développe selon une dynamique propre. Au sein de chacune d'entre elles, entre les acteurs concernés, les rôles, les attentes et les responsabilités particulières évoluent et sont confrontés en permanence aux risques de trahison, donc de corruption. L'éthos chevaleresque ne fait-il pas de la parole donnée le gage ultime de loyauté, de promesse et de confiance ? La corruption par la trahison de l'alliance, relation de confiance particulièrement exigeante en loyauté, est au cœur de l'héritage biblique commun au judaïsme et au christianisme. En effet, c'est au début du Livre de la Genèse qu'Eve, sous l'emprise des promesses du serpent, trahit la confiance d'Adam pour qu'ensuite, ensemble, ils trahissent la confiance de Dieu et rompent ainsi l'Alliance.

Aux deux mobiles d'action examinés jusque-là – le devoir selon l'ordre et le devoir selon la conscience –, il faut encore en ajouter un troisième : l'intérêt. Ce dernier est en effet le mobile déterminant de ce qu'il est convenu d'appeler la rationalité économique. Dans l'ouvrage qu'il consacre aux "Passions and Interests" (1977), Albert Hirschman stipule que l'action intéressée est caractérisée par la présence de deux éléments : le "self-centredness" et le calcul rationnel au sens d'une analyse coûts-bénéfices. Ainsi, un acteur rationnel se laisse guider dans ses actes exclusivement par son intérêt, ce qui lui assure la maximisation de son utilité ou de sa satisfaction. Il s'ensuit que cet acteur est parfaitement insensible aux im-

pératifs moraux, légaux ou culturels en tant que tels. Il est donc prêt à les enfreindre à chaque fois que le poids de la sanction (pondérée par le risque d'être pris) est inférieur aux gains attendus. Par conséquent, quand l'intérêt, qui en termes moraux relève de la cupidité, est laissé à lui-même, il est capable, à l'instar du cheval de Troie, de percer toutes les défenses, de vicier ou de pervertir tout ordre, tout devoir et avoir raison de toute conscience (Taylor, 2006).

Les différents ordres évoqués plus haut sont exposés au risque de dégénérescence corruptive si des protagonistes consentent, incités ou non par un tiers, à trahir leur rôle, leur fonction ou leur conscience au nom d'un avantage personnel. C'est notamment parce que des acteurs, dans l'exercice de leurs fonctions juridiques, culturelles ou morales, cèdent à l'intérêt (comme le suggère la rationalité économique) qu'ils exposent les autres ordres au risque de la corruption. Ceci explique les tenants et aboutissants de la situation de la double trahison figurant dans le tableau : le devoir selon l'ordre et celui selon la conscience sont transgressés au nom du troisième mobile : l'intérêt. Les campagnes et conventions de lutte contre la corruption ne s'y trompent pas : quand l'intérêt est le seul mobile d'action, seules la répression et la sanction sont efficaces.

L'affranchissement de l'intérêt en tant que mobile d'action de l'emprise de la conscience et du devoir a une longue histoire dans la pensée occidentale, dans laquelle la contribution d'Adam Smith occupe une place à part. Cet argument est développé avec force par D. Foley (2006). Selon cet auteur, depuis qu'Adam Smith a nobilité l'intérêt en en faisant un mobile honorable d'activités humaines, ces activités se répartissent désormais en deux domaines : l'"economic sphere of life in which the pursuit of self-interest is guided by objective laws to a socially beneficent outcome" et le domaine "in which the pursuit of self-interest is morally problematic and has to be weighed against other ends". Ce clivage qui s'accroît depuis deux siècles exige de tout acteur agissant à la fois dans les deux "mondes" une capacité d'adaptation qui relève du dédoublement, et dans les cas extrêmes, de la schizophrénie.

III. Incitateur ou incitation ?

La dramaturgie de la corruption met en scène deux acteurs : le traître et l'incitateur qui est aussi le tentateur. Le corrupteur cherche à déclencher le

comportement désiré du corrompu en stimulant sa cupidité par une promesse de rémunération. Cette dernière plonge le corrompu potentiel dans un dilemme plus ou moins aigu où il est écartelé entre divers principes d'action : le devoir selon la conscience, le devoir selon l'ordre et l'intérêt. Dans la perspective morale, ce dilemme s'apparente à une situation classique de tentation (Perrot 2007 et 2010). La piste selon laquelle le dilemme et la tentation seraient les moments critiques qui détermineraient si, oui ou non, il y a trahison conduit à se demander si les situations présentées comme typiques de corruption ne constitueraient pas seulement une catégorie particulière d'un phénomène plus général.

Deux modes de tentation sont envisageables : une tentation qui vient de l'extérieur à l'instar du corrupteur ou du serpent biblique, et une situation où la tentation bien que relayée par des éléments externes est intériorisée. A première vue, la question de l'origine externe ou interne de la tentation n'affecte pas de manière fondamentale la nature du dilemme auquel l'acteur potentiellement corrompu est confronté. Par conséquent, on peut se demander s'il y a une différence essentielle entre la corruption dans sa mise en scène classique (tentation externe) et un conflit d'intérêts où la tentation est par définition interne.

Le conflit d'intérêts qui occupe les devants de la scène économique contemporaine est larvé et se déroule "à l'intérieur" d'une personne ou institution. La notion de conflit d'intérêts recouvre les cas où un même acteur (personne ou institution) est tiraillé entre plusieurs devoirs, loyautés ou intérêts. Généralement, il s'agit de conflits entre le devoir de respecter au mieux les intérêts bien compris du client (ou du patient) et le souci du chiffre d'affaires. Ainsi, le médecin, du haut de son autorité et de son savoir, peut facilement se laisser aller à prescrire des médicaments au mieux superflus, au pire nocifs. Ce faisant, il trahit la confiance du patient au nom des attentions dont il est l'objet de la part des groupes pharmaceutiques. Dans les sociétés où les deux tiers du revenu national proviennent des activités de services et sont générés par la manipulation si ce n'est du savoir du moins de l'information, l'appel au mandataire et à l'expert est omniprésent. L'expert – qu'il soit banquier, avocat, garagiste, expert-comptable ou médecin – prend souvent un rôle de prescripteur, notamment prescripteur de ses propres services.

Selon de récents travaux historiques, il appert que dès le Moyen Age, l'"ambidextérité" avait largement cours au sein des professions juridiques. Un juriste "ambidextre" est celui qui travaille pour les deux parties

sans que l'une d'elles ne soit au courant, qui change de partie en cours de procédure ou encore qui influence le verdict dans le sens de son client (Rose, 1999). Les rétrocessions que perçoivent aujourd'hui certains intermédiaires commerciaux ou financiers, tout en étant rémunérés par leurs clients, ressemblent à s'y méprendre aux cas historiques d'ambidextérité (Thévenoz 2007).

Dans de telles situations qui relèvent habituellement du conflit d'intérêts, toutes les composantes de la corruption classique sont présentes (Senior, 2006) : le corrupteur se dissimule dans les clauses d'un contrat, la rémunération est confidentielle, en tant que contrepartie implicite elle incite l'acteur à induire une transaction de la part de son client ou patient sur lequel il a autorité du fait de sa compétence ou du fait d'une relation de confiance.

Or le "conflit d'intérêts" n'est pas seulement une affaire individuelle, il se pose souvent au niveau des entreprises (Boatright, 2000). Parfois, il est inscrit dans le modèle d'affaires, dans l'organigramme et dans le système de rémunération de l'entreprise. Il se cache alors sous le nom sibyllin de "synergie". Il en va ainsi de la banque de gestion qui fait tourner le portefeuille de son client au-delà de ce dont le client a besoin, afin de générer des commissions supplémentaires ; du producteur de voitures ou d'autres objets qui programme la durée de vie du produit afin d'obliger le client à se réapprovisionner le moment venu ; du fabricant de denrées alimentaires ou de cigarettes qui distille dans ses produits à l'insu du consommateur les prémices de l'accoutumance. De tels choix organisationnels ou stratégiques font partie de la vie normale des entreprises bien que, selon cette analyse, ils portent les germes ou les traces de la corruption. Pourquoi ces situations sont-elles rarement perçues comme telles ? Pour deux raisons : d'une part, leur portée effective est dissimulée sous des termes neutres et empreints de professionnalisme : synergie, avantage concurrentiel, gain d'efficacité ou collaboration. D'autre part, pour atténuer le dilemme que les collaborateurs pourraient ressentir, ceux-ci sont "intéressés" aux résultats de l'entreprise au moyen de mécanismes de rémunération sophistiqués. En faisant jouer la logique de l'intérêt, les entreprises (donneurs d'ordre) transforment les collaborateurs en otages de leurs propres intérêts, totalement ou partiellement insensibles aux devoirs selon l'ordre et aux devoirs selon la conscience. Aujourd'hui, alors que les déontologies chancellent sous la pression des "intérêts bien compris" des professions, alors que la loyauté tend à devenir une marchandise, les menaces que l'arithmétique

des intérêts fait peser sur la société apparaissent de plus en plus clairement. Selon toute vraisemblance, il s'agit de la partie émergée d'un iceberg, symptomatique des situations quotidiennes et "normales" de millions de professionnels qui, sans en prendre toute la mesure, sont en fait aux prises avec des conflits d'intérêts potentiellement corrompteurs.

Cette brève exploration confirme pleinement l'analogie fondamentale entre le conflit d'intérêts et la corruption. Reste à savoir pourquoi ce rapprochement échappe à tant d'observateurs avisés de la corruption, pourquoi un abîme – ne serait-ce que sémantique – sépare les deux phénomènes aussi pernicieux l'un que l'autre pour le système social. Pour ce qui est de l'abîme sémantique, une hypothèse consisterait à dire que la corruption du tissu social et celle du langage progressent simultanément. Quand les mots perdent leur force et leur tranchant, les réalités qu'ils décrivent deviennent plus facilement acceptables. Du coup, enrobé dans un terme aseptisé, l'effet corrompeur du conflit d'intérêts serait nettement moins visible et moins dérangeant, mais non moins largement répandu, que celui de la corruption (Dylus, 2006). Ceci s'expliquerait par le fait que l'expression "conflit d'intérêts", très largement utilisée, est nettement moins accusatrice et moins négativement connotée que le terme de corruption. En effet, ni Transparency International, ni le World Economic Forum, ni les autres promoteurs du International Anti-Corruption Day (instauré par l'Assemblée générale de l'ONU en 2003) n'englobent le conflit d'intérêts dans leurs analyses³.

IV. Les enjeux systémiques de la corruption

Les conclusions intermédiaires sont au nombre de quatre : (a) le terme de corruption décrit à la fois l'acte de trahison et le processus de dégénérescence d'un ordre social ; (b) dans une société moderne, plusieurs ordres existent en parallèle, chacun avec ses rôles, fonctions, devoirs et responsabilités, sans que ces ordres ne soient nécessairement cohérents ni compatibles les uns avec les autres ; (c) la corruption culmine dans la trahison d'un ordre soit au bénéfice d'un autre ordre, soit au bénéfice de la raison de l'intérêt, mais elle commence par un dilemme, une tentation ; (d) les in-

³ Toutefois, il n'est pas impossible que Transparency International se prépare à intégrer dans son champ d'activités la notion du conflit d'intérêts. En effet, la section française de TI a publié en décembre 2010 un rapport précurseur : *Prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique française : les recommandations de Transparence France*.

grédients des situations de corruption se retrouvent dans celles des conflits d'intérêts, ce qui démontre la forte similitude, si ce n'est l'identité, entre les deux et indique que la corruption est nettement plus présente – mais non reconnue comme telle – dans nos sociétés.

Il reste à présent à aborder la corruption en tant que “phénomène des confins”. Il s'agit d'appréhender la corruption en tant que symptôme ou “lieu” où s'affrontent les divers ordres qui, aux prises les uns avec les autres, cherchent à instaurer une domination homogène, et homogénique, sur l'ensemble de la société ou d'un espace social. En effet, comme cela a été montré plus haut, les sociétés contemporaines sont régies simultanément par plusieurs ordres qui sont autant de principes d'organisation. Ces principes sont en tension constante, car chacun peut élargir son emprise en s'imposant comme raison déterminante aux actions et choix individuels.

Aucune société n'est complètement figée; chacune est le théâtre permanent de la confrontation plus ou moins larvée, plus ou moins aiguë, de plusieurs “principes organisateurs” – principes d'ordre, ou logiques d'organisation – simultanément à l'œuvre en son sein. En dernière analyse, cette confrontation a pour enjeu l'extension de l'emprise qu'exerce chacun de ces principes sur le social au détriment des principes concurrents. Dans sa dynamique, la confrontation entre les divers principes d'organisation peut passer par plusieurs configurations: absorption, unification, co-existence avec des sphères d'influence balisées. Il s'agit de dynamiques systémiques qui échappent à l'explication linéaire et relèvent plutôt du constat propre à chaque moment historique.

Le “principe d'organisation” n'est pas seulement une catégorie abstraite, il devient perceptible dans la réalité à partir du moment où s'opère une double conjonction: d'abord celle d'une logique d'action (rationalité, certains auteurs parlent alors d'éthos) avec un groupe social qui met cette logique d'action en pratique; la conjonction ensuite avec les institutions et structures qui relayent l'action du groupe et donc, indirectement, sa rationalité. Cette double conjonction est indispensable pour qu'il y ait emprise d'un principe d'organisation sur le social. Les trois composantes sont en interaction étroite et s'influencent mutuellement sans qu'il soit possible de dire s'il existe une hiérarchie ou une préséance immuable entre eux. Au terme de ces clarifications conceptuelles, la notion de transformation systémique prend un sens plus précis: elle décrit les processus qui accompagnent le remplacement – au sein d'une même société – d'un principe

d'organisation dominant par un autre. Il s'agit donc bel et bien d'une transformation (Dembinski, 2008).

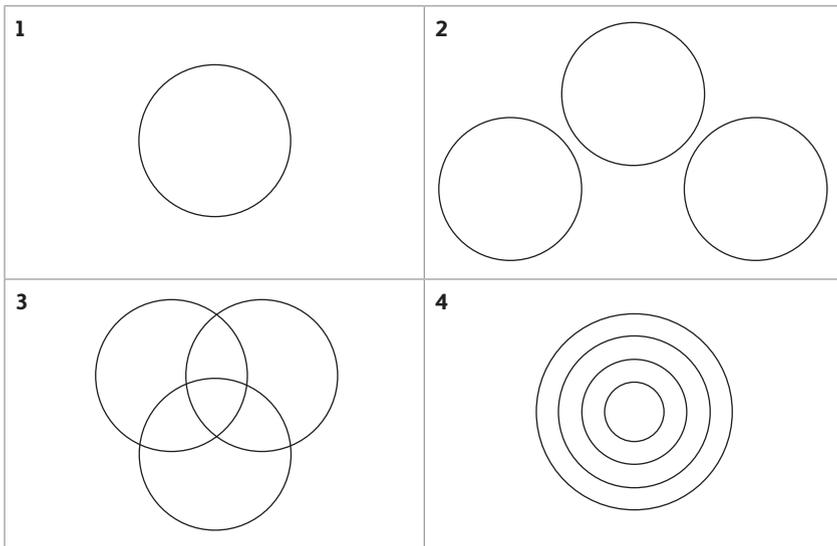
Walzer (1983) analyse la société comme un ensemble de sphères, chacune étant à la fois spécialisée dans une fonction sociale et régie par un principe de justice et d'organisation propre. Cette analyse se rapproche par certains côtés de celle proposée par Luhmann (notamment 1999) selon laquelle toute société évolue vers plus de spécialisation fonctionnelle en mettant en place des sous-systèmes de mieux en mieux adaptés, chacun d'entre eux fonctionnant selon ses règles propres. Ces analyses fortement empreintes du fonctionnalisme buttent toutefois sur deux problèmes. Le premier concerne la disjonction postulée entre les sphères. En effet, il semblerait que les deux auteurs n'abordent que les situations où les sphères seraient parfaitement disjointes. Ainsi, ils n'abordent pas les cas où la même portion ou domaine de la vie sociale se trouverait sous une emprise conjointe ou concurrente de deux ou plusieurs sphères ou principes d'organisation. Le second problème se situe dans le prolongement du premier : il concerne les conséquences que la cohérence (ou son absence) entre les divers ordres ou principes d'organisation aura sur la logique d'action d'un acteur qui se trouve simultanément exposé à leur emprise. C'est exactement à ce niveau, celui des acteurs confrontés à des choix et des dilemmes concrets, que se trament les situations de corruption.

Le tableau suivant schématise quatre cas de figure. Le scénario 1 correspond au cas d'une société monolithique soumise à un principe d'organisation unique. Le scénario 2, au cas où l'espace social est divisé en plusieurs sphères disjointes, chacune régie par un principe propre. Si le même acteur est actif simultanément dans plusieurs sphères, il peut, du fait de leur disjonction, éviter les situations de conflit d'ordres. Ceci n'est plus le cas dans le scénario 3 où les sphères se recourent. Les surfaces en intersection sont soumises simultanément à l'emprise (concurrente) de plusieurs ordres ou principes d'organisation. Cette situation entraîne l'acteur qui évolue dans plusieurs sphères à être soumis à plusieurs logiques face aux conflits, tensions et dilemmes. La corruption et le conflit d'intérêts passent par ces situations de confrontation entre deux ordres, deux logiques d'action. Ces situations apparaissent aux confins des zones d'influence de chacun des ordres, là où s'essouffle leur hégémonie. C'est la raison pour laquelle la corruption peut être qualifiée de "phénomène de confins".

Quand il y a dilemme, tentation et trahison (corruption avérée) cela signifie qu'une logique d'action gagne du terrain et augmente sa sphère

d'influence au détriment des autres. Cette percée peut être aussi lue comme affaiblissement, comme dégénérescence de l'autre principe ou sphère, mais seulement si l'observateur aura connoté auparavant en termes moraux un des ordres en présence. C'est ici que ressort le sens et le poids du poncif moral si courant dans les débats autour de la corruption.

Le scénario 4 se réfère à une situation où les sphères d'activité gardent une certaine spécificité, mais toutes sont gouvernées par un seul et même principe d'organisation. Ce scénario dépeint la situation extrême et imaginaire où un des principes aurait remporté une victoire finale sur tous ses concurrents et les aurait assimilés. Aucun des ordres discutés dans la première partie de ce texte n'est aujourd'hui suffisamment puissant pour prétendre à pareille hégémonie. Il en va autrement de la logique de l'intérêt qui, comme cela a été démontré plus haut, est par construction corrupteur et donc conquérant de toute sphère qui relèverait d'une autre logique d'action. Toutefois, pour faire bouger les lignes, il faut encore qu'un acteur succombe à l'incitation ou à l'incitateur. En dernière analyse, c'est donc le degré d'identification des acteurs avec les divers ordres qui leur assignent des devoirs ou des responsabilités qui détermine, par leur intermédiaire, la résistance que l'ordre ou le principe d'organisation offrira aux tentatives de corruption et aux tentations liées à l'exploitation possible de ses propres failles.



Cette réflexion d'étape débouche sur un constat inquiétant: en franchissant la recherche de l'intérêt de toute contrainte morale, l'époque contemporaine a déclenché un processus dont l'enjeu est la corruption, au sens de la dégénérescence, de l'ordre social basé sur les notions de devoir et de conscience. Ce danger est nettement plus grave que ne le laisse entrevoir l'analyse de la corruption posée uniquement en termes juridiques. Ces analyses – faute d'un cadre conceptuel adéquat – ignorent des pans entiers de la réalité où la corrosion corruptive est déjà très avancée. Dès lors, il ne faut pas s'étonner qu'un diagnostic véritablement systémique du phénomène tarde à s'imposer.

V. Bibliographie

- BOATRIGHT, John, "Conflicts of Interest in Financial Services", in *Business and Society Review*, 2000, n° 2, p. 201-219
- DEMBINSKI, Paul H., *Les économies planifiées: la logique du système*, Paris (Seuil) 1988
- DEMBINSKI, Paul H., *Finance servante ou finance trompeuse?*, Paris (Desclée de Brouwer) 2008
- DEMBINSKI, Paul H., "Korupcja jako schorzenie systemu" in DYLUS, Aniela et al. (édit.), *Korupcja: Oblicza, uwarunkowania, przeciwdziałanie*, Warszawa (Ossolineum) 2006, p. 121-129
- DYLUS, Aniela, "Kulturowe uwarunkowania korupcji", in DYLUS, Aniela et al. (édit.), *Korupcja: Oblicza, uwarunkowania, przeciwdziałanie*, Warszawa (Ossolineum) 2006, p. 107-120
- ETOUNGA-MANGUELLE, Daniel, *L'Afrique a-t-elle besoin d'un programme d'ajustement culturel?*, Ivry-sur-Seine (Nouvelles du Sud) 1990
- FOLEY, Duncan K., *Adam's Fallacy: A Guide to Economic Theology*, Cambridge, Mass. (Belknap Press) 2006
- HIRSCHMAN, Albert O., *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before its Triumph*, Princeton, New Jersey (Princeton University Press) 1977
- LUHMANN, Niklas, *Politique et complexité: les contributions de la théorie générale des systèmes*, Paris (Cerf) 1999

- PERROT, Etienne, *L'art de décider en situation complexe*, Paris (Desclée de Brouwer) 2007
- PERROT, Etienne, *Franc-parler en temps de crise*, Paris (Bayard) 2010
- POPE, Jeremy, *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*, Transparency International, 1999
- ROSE, Jonathan, *The Ambidextrous Lawyer: Conflict of Interest and the Medieval Legal Profession*, University of Arizona, unpublished, 1999
- SENIOR, Ian, *Corruption – the World's Big C: Cases, Causes, Consequences, Cures*, London (Institute of Economic Affairs) 2006
- TAYLOR, Gabriele, *Deadly Vices*, Oxford (Oxford University Press) 2006
- THÉVENOZ, Luc / BAHAR, Rashid (édit.), *Conflicts of Interest – Corporate Governance and Financial Markets*, Deventer (Kluwer Law International) et Zurich (Schulthess) 2007
- WALZER, Michael, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York (Basic Books) 1983
- WILLIAMS, J. R. / THOEBALD, R. / MORAN, J. / FLANARY, R. / DOIG, A. (édit.), *Politics of Corruption* (4 vol.), Cheltenham (Edward Elgar) 2000. Vol. 1: *Explaining Corruption*

LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION : VOULOIR, C'EST POUVOIR ?

Ursula Cassani*

I. Introduction : la corruption, une notion à facettes multiples

La corruption est l'infraction par laquelle un avantage indu est accordé à un agent – public ou privé – en échange d'un acte ou d'une omission dans l'exercice de sa charge ou de ses devoirs d'employé ou de mandataire. Le corrupteur se rend coupable de corruption active, alors que l'agent corrompu commet un acte de corruption passive.

La notion de corruption est parfois employée dans un sens plus large. Lorsque l'on parle d'un "régime corrompu" ou de la criminalité des "potentats", on vise toutes les formes d'exploitation abusive d'une position de pouvoir dans le but de s'enrichir : abus de confiance, gestion déloyale ou vol, portant sur les avoirs de l'Etat ou d'entreprises en mains de l'Etat, escroquerie au préjudice de l'Etat ou d'organismes d'aide au développement, extorsion au préjudice de citoyens, etc. La présente contribution traitera pour l'essentiel de la corruption au sens étroit, au contraire d'autres articles dans cet ouvrage qui adopteront une optique plus large.

Du côté actif aussi, le phénomène de la corruption peut être appréhendé sous divers angles autres que les dispositions qui la répriment spécifiquement. Lorsqu'elle s'inscrit dans l'activité commerciale d'une entreprise, la corruption implique en général des manipulations comptables constitutives de faux dans les titres (art. 251 du Code pénal suisse [CP]¹). Des paiements illicites sont déguisés sous diverses appellations destinées à leur conférer l'apparence de la régularité ("frais de réception", "de traduction",

* Professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocate, juge à la Cour d'appel du pouvoir judiciaire. Des remerciements sont dus à Oscar Solorzano, assistant à la Faculté de droit, pour son aide compétente dans la mise au net de cette contribution.

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

“d’étude”, etc.), ou des caisses noires sont créées pour avoir à disposition des fonds hors comptabilité. De telles manœuvres ne donnent pas seulement lieu à des faux dans la comptabilité mais aussi, en règle générale, à des infractions fiscales. Dans son célèbre arrêt rendu le 29 août 2008 dans l’affaire Siemens², le Bundesgerichtshof allemand a considéré, par ailleurs, que la constitution de caisses noires aux fins d’actes ultérieurs de corruption relevait de l’infraction d’*Untreue* au sens du § 266 du Strafgesetzbuch (StGB) allemand, qui correspond dans les grandes lignes à la gestion déloyale en vertu de l’art. 158 CP. Le raisonnement juridique invoqué est le suivant: dès lors que les avoirs sont déposés au nom de personnes tierces ou d’entités juridiques séparées constituées à cet effet, l’élément constitutif du préjudice (*Nachteil*) est réalisé même si le but final est de favoriser les intérêts commerciaux de l’entreprise. En l’espèce, le préjudice subi par la lésée Siemens était consommé dès le moment où l’auteur avait constitué les caisses noires déposées au nom de sociétés de domicile dans des banques liechtensteinoises et suisses, et cela au mépris de règles internes interdisant les paiements occultes³.

Enfin, les flux d’argent provenant de la corruption peuvent être dissimulés moyennant des actes de blanchiment d’argent aussi bien par le corrupteur et le corrompu que par des tiers.

II. Les montants en jeu

Selon une estimation de la Banque mondiale de 2007, US\$ 20 à 40 milliards sont détournés par la corruption d’agents publics des pays en développement ou en transition chaque année. Cette somme équivaut à 20% à 40% du montant de l’aide annuelle au développement⁴.

2 BGHSt 587, 07, ch. 25 ss (2^e Cour). L’accusé fut, en revanche, acquitté du chef de corruption, car le droit allemand en vigueur à l’époque des faits (2002) ne permettait pas de réprimer la corruption des agents de la société italienne privatisée ENEL. Cf. RANSIEK A., “Anmerkung zu BGHSt 587, 07”, *Neue Juristische Woche* (Munich) 2009, p. 95 s.

3 Arrêt précité (n. 2), ch. 43.

4 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME / THE WORLD BANK (éd.), *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, Washington, 2007, p. 1, 9, disponible sous : <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf> ; estimations reprises par le Conseil fédéral dans son Message relatif à

Il s'agit là d'une simple estimation, basée sur une méthodologie dont la Banque mondiale elle-même souligne la faiblesse⁵; cependant, il n'y a pas de doute sur le fait que l'ampleur des sommes en jeu est considérable, ce d'autant plus que cette estimation ne tient compte ni du monde industrialisé, qui n'est pas exempt de corruption, ni de la corruption dans le secteur privé. En réalité, les montants globaux pourraient donc être encore plus importants.

III. La coopération internationale dans la lutte contre la corruption

A. L'internationalisation des enjeux

La nécessité d'une coopération internationale dans le domaine de la lutte contre la corruption coule de source, tant il est vrai que l'économie est globale et les flux d'argent mondialisés; il y a donc un grand risque que les entreprises délocalisent l'activité corruptrice vers les pays dotés du système le plus tolérant en matière de corruption, que cela soit sous l'angle du droit en vigueur ou de la mise en œuvre plus ou moins déficiente de celui-ci.

Pourtant, c'est l'idée inverse du "chacun pour soi" qui a longtemps prévalu.

Selon la vision traditionnelle, prédominante notamment dans le code pénal suisse de 1937, dont les origines remontent aux avant-projets élaborés par Carl Stooss à la fin du XIX^e siècle, la corruption doit être réprimée parce qu'elle viole le devoir de fidélité du fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat qu'il est censé servir. C'est le corrompu qui mérite le reproche pénal le plus important, parce qu'il trahit la dignité de l'Etat et la pureté de la démocratie qui reposent sur la vertu des citoyens auxquels le pouvoir étatique est confié⁶. Le corrupteur, quant à lui, encourt également une sanction, mais moins sévère, du fait qu'il "[détermine] un fonctionnaire à violer les

la loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (loi sur la restitution des avoirs illicites, LRAI) du 28 avril 2010, FF 2010 2999.

5 Document précité (n. 4), p. 10.

6 Stooss C., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven*, Bâle et Genève (Georg & Cie) 1894, p. 233.

devoirs de sa charge”⁷. Il était évident pour les architectes du code pénal suisse de 1937, tout comme pour ceux des autres codes européens, que la répression pénale devait se limiter aux intérêts nationaux. Cette limitation était d’ailleurs à un tel point naturelle qu’il ne paraissait même pas nécessaire de l’exprimer dans le texte légal. Elle prévaut d’ailleurs toujours pour les autres délits de fonction (art. 312 ss CP).

Dans le dernier quart du XX^e siècle, cette vision a été élargie dans deux directions :

- D’une part, le regard s’est porté sur le corrupteur et les avantages qu’il retire du fait qu’il parvient à biaiser l’impartialité et l’objectivité de la décision de l’agent public. Au premier plan étaient bien sûr les avantages dans la concurrence économique et le corrupteur qui infléchit les règles du jeu dans le but d’obtenir des contrats. Or, les grandes entreprises des pays exportateurs sont en concurrence non seulement sur leur marché national mais aussi à l’étranger. Sur le plan international, cette vision a été imposée par les Etats-Unis d’Amérique, dont les autorités poursuivaient la corruption à l’étranger sur la base du Foreign Corrupt Practices Act 1977 (FCPA), et qui souhaitaient rétablir un *level playing field of commerce* sur les marchés étrangers.
- Plus récemment, se dessine une vision d’inspiration tiers-mondiste, qui met au centre la solidarité entre Etats et les responsabilités des pays qui disposent des armes pour combattre la corruption envers ceux qui en sont dépourvus. La restitution des avoirs détournés par des potentats et déposés dans les places financières de pays nantis relève également de cette préoccupation, dont une retombée récente est l’adoption, par les Chambres fédérales, de la loi sur la restitution des avoirs illicites du 1^{er} octobre 2010⁸.

7 ZÜRCHER E., *Code pénal suisse : exposé des motifs de l’avant-projet rédigé par mission du Département fédéral de Justice et Police (1908)*, trad. GAUTIER A., Berne (Stämpfli) 1914, p. 368.

8 Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d’origine illicite de personnes politiquement exposées (loi sur la restitution des avoirs illicites, LRAI) du 1^{er} octobre 2010, FF 2010 5979.

B. La finalité des conventions internationales

Ce n'est qu'à la toute fin du XX^e siècle que la protection étroite des intérêts nationaux a commencé à céder le pas à une vision plus solidaire des enjeux, dont la première manifestation importante fut la Recommandation de l'OCDE sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers de 1996⁹. Cette recommandation sur les aspects fiscaux a été suivie de plusieurs conventions internationales et régionales, dont l'angle d'attaque principal est la répression pénale et la coopération internationale dans sa mise en œuvre.

1. La Convention de l'OCDE

La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (COCDE), du 17 décembre 1997¹⁰, avait pour but spécifique de mettre fin à la cécité des droits pénaux des pays exportateurs vis-à-vis de la corruption de leurs entreprises à l'étranger. Cette convention, axée sur l'offre de pots-de-vin, visait donc à la mise en œuvre d'un programme minimal, consistant en la généralisation de la répression de la corruption active d'agents publics dans un contexte commercial. Clairement, la régularité de la concurrence entre entreprises exportatrices sur les marchés étrangers est au premier plan. Le dispositif mis en place par la COCDE est donc orienté vers le rétablissement de la concurrence loyale entre les entreprises des pays industrialisés actives sur les marchés étrangers, même si le préambule évoque des considérations plus ambitieuses.

⁹ Pour les progrès réalisés dans ce domaine, cf. le document de juin 2009 : *Update of country descriptions of tax legislation on the tax treatment of bribes*, disponible sous : www.oecd.org/dataoecd/58/10/41353070.pdf ; voir aussi les Recommandations du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 25 mai 2009 [C(2009)64], qui proposent un amendement de l'art. 26 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et recommandent la mise sur pied d'un cadre légal permettant aux autorités fiscales de fournir les soupçons de corruption aux autorités répressives (sect. I ch. 3 et sect. II).

¹⁰ RS 0.311.21.

2. Les conventions régionales, notamment la Convention pénale du Conseil de l'Europe

La COCDE a été précédée ou suivie de conventions au niveau régional, telles la Convention interaméricaine contre la corruption de 1996 et les conventions du Conseil de l'Europe en 1999 et de l'Union africaine en 2003. L'optique de ces conventions est nettement plus large sous l'angle des infractions réprimées et des buts poursuivis.

Ainsi, la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe (CPCCE)¹¹ vise à instaurer la collaboration dans la répression d'un catalogue complet d'infractions, englobant la corruption active et passive, publique et privée, d'agents nationaux, étrangers et internationaux, ainsi que le trafic d'influence.

3. La Convention des Nations Unies

La Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC), du 31 octobre 2003¹², appelée parfois Convention de Mérida, contient également un catalogue d'infractions très large¹³, formulé toutefois de manière plus souple. Il s'agit de la première convention à vocation universelle, dont le succès auprès de pays en voie de développement ou émergents s'explique notamment par le fait qu'elle instaure, pour la première fois dans une convention internationale, l'obligation de rapatriement des avoirs confisqués (art. 57, "restitution et disposition des avoirs"). Enfin, cette convention a aussi pour originalité un important dispositif de mesures préventives de la corruption (art. 5 à 14).

11 RS 0.311.55 ; complétée par le Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption, du 15 mai 2003, visant la corruption des arbitres et jurés (RS 0.311.551). Cf. également le Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), du 10 novembre 2004, FF 2004 6549.

12 RS 0.311.56.

13 A l'instar de la Convention interaméricaine (art. 9), la Convention de Mérida connaît l'infraction d'enrichissement illégitime (art. 20), absente de la Convention pénale du Conseil de l'Europe.

C. *La mise en œuvre de la solidarité internationale dans la répression*

1. Les programmes de suivi systématique

La transposition des conventions est contrôlée par des mécanismes de suivi, qui incluent l'évaluation des législations et pratiques nationales. Un tel programme systématique est prévu à l'art. 12 COCDE et à l'art. 24 CPCCE, qui en charge le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO). Dans le cadre de la CNUCC, la Conférence des Etats Parties à la Convention, chargée du suivi (art. 63 § 7), a adopté en 2009 une résolution dénommée "Mécanismes d'examen", instaurant le "Groupe d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption"¹⁴.

L'instauration de ces mécanismes de suivi traduit la volonté des Etats Parties de ne pas se contenter d'une adhésion de façade aux principes découlant des conventions et d'exiger une mise en œuvre efficace.

2. La poursuite et le jugement de la corruption

La corruption est un crime international, dans le sens qu'une convention internationale la définit et oblige les Etats Parties à l'ériger en infraction. Elle ne fait pas pour autant partie des crimes particulièrement graves soumis à la compétence de la Cour pénale internationale. La répression incombe aux autorités judiciaires des différents Etats, reconnues comme compétentes par le droit national. En effet, s'il coule de source que la défaillance d'un pays, gangrené jusque dans ses autorités judiciaires par la corruption ou la soumission à un dictateur, devrait être comblée par d'autres Etats mieux armés pour mettre en œuvre la répression, force est de constater que les conventions internationales se montrent peu exigeantes dans la manière dont elles définissent la compétence juridictionnelle :

- Seule la *territorialité* est prévue de manière obligatoire et sans possibilité de réserve par les conventions internationales. Il suffit que l'infraction ait été commise *en partie* sur le territoire d'un Etat pour que celui-ci soit compétent (art. 4 § 1 COCDE ; art. 17 § 1 lit. a CPCCE), ce

¹⁴ Résolution 3/1 ("Mécanismes d'examen"), adoptée à la 3^e session de la Conférence des Etats Parties à la CNUCC, Doha, 9-13 novembre 2009.

qui est également souligné dans les textes explicatifs des conventions aussi bien de l'OCDE¹⁵ que du Conseil de l'Europe¹⁶. La portée de la territorialité est néanmoins à géométrie variable, puisque la définition dépend du droit national.

La doctrine suisse se contente également d'une commission partielle de l'infraction sur le sol national¹⁷. Pour que la territorialité s'applique, il suffit donc que le pot-de-vin ait été payé par un compte ou sur un compte en Suisse ou qu'une des parties au pacte ait été présente sur le territoire national au moment où l'offre de corruption a été faite ou acceptée, même par une communication transnationale¹⁸. L'avantage de la territorialité réside dans le fait que le juge national n'a pas à s'intéresser à la punissabilité au regard de la législation d'un autre pays touché par l'infraction.

- Le deuxième principe de juridiction important dans la perspective d'une mise en œuvre solidaire de la répression de la corruption est celui de la *personnalité active*, prévu dans les trois conventions qui nous intéressent. C'est un instrument qui permet à l'Etat de juger ses ressortissants pour les infractions commises à l'étranger. La COCDE prévoit à son art. 4 § 2 que cette compétence est obligatoire, mais seulement pour les Etats dont la législation connaît déjà le principe de la personnalité active. Les deux autres conventions sont plus souples, en prévoyant la compétence de chaque Etat pour juger ses propres ressortissants dans une norme potestative ou en permettant des réserves.

15 Commentaires relatifs à la Convention de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, ch. 25.

16 Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, ch. 79. Cf. également dans le même sens le Rapport explicatif sur le protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO C 11 du 15.01.1998, p. 11.

17 JOSITSCH D., *Das schweizerische Korruptionsstrafrecht*, Art. 322^{ter} bis Art. 322^{octies} StGB, Zurich (Schulthess) 2004, p. 159; ΠΙΕΤΗ Μ., "Article 4: Jurisdiction", in *The OECD Convention on Bribery, A Commentary*, Cambridge (Cambridge University Press) 2007, p. 267-288, p. 277; ΠΙΕΤΗ Μ., "Die Strafbarkeit der aktiven Bestechung ausländischer Beamter", in *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1999, p. 341-353, p. 350.

18 Pour une analyse détaillée, cf. CASSANI U., "Grenzüberschreitende Korruption – Internationale Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz", in *Korruption in Staat und Wirtschaft*, 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich (Schulthess) 2010, p. 17-48.

- D'autres compétences extraterritoriales prévues par l'ONU et le Conseil de l'Europe se rapprochent du principe réel en permettant à l'Etat de protéger ses propres intérêts lorsqu'un de ses agents publics est corrompu. La CPCCE va le plus loin à cet égard, puisque son art. 17 § 1 instaure des compétences basées sur la nationalité du corrupteur ou du corrompu ou des compétences qui peuvent être rattachées à l'idée de la protection des intérêts nationaux, à l'instar de celle permettant de juger des personnes impliquées dans une affaire de corruption d'un agent public national. Ces compétences sont formulées de manière contraignante, mais il y a des possibilités de réserves (art. 17 § 2 CPCCE). L'art. 42 CNUCC retient, sous une forme plus souple, les mêmes principes.
- Faute de juridiction internationale compétente en matière de corruption, la mise en œuvre de la solidarité internationale dans le domaine de la corruption eût été le mieux servie par la compétence universelle, comme c'est le cas en matière de stupéfiants ou de terrorisme. Cependant, seule la CNUCC (art. 42 § 4) prévoit la compétence universelle, et cela à titre facultatif seulement, ce qui n'est pas suffisant au regard de l'art. 6 CP, qui n'applique l'universalité que si elle découle d'une obligation internationale¹⁹.

3. Le caractère limité de l'obligation de poursuivre

L'obligation de poursuivre sur la base du principe *aut dedere aut iudicare* est prévue dans les trois conventions, mais uniquement si l'extradition est refusée du fait qu'elle vise un ressortissant de l'Etat requis²⁰. L'Etat requis est alors tenu, "à la demande de l'Etat Partie requérant l'extradition, de

¹⁹ Commentaire romand, Code pénal I – HENZELIN, Art. 6 N 14; Basler Kommentar, Strafrecht I – POPP/LEVANTE, Art. 6 N 1, 5; TRECHSEL S./VEST H., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich (Dike) 2008, Art. 6 N 1; STRATENWERTH G./WOHLERS W., *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2009, Art. 6 N 1 ss; cf. également le Message du Conseil fédéral concernant la Convention européenne pour la répression du terrorisme et la modification du code pénal suisse, du 24 mars 1982, FF 1982-11, 6.

²⁰ Art. 10 § 3 COCDE; art. 42 CNUCC; art. 17 § 3 CPCCE.

soumettre l'affaire sans retard excessif à ses autorités compétentes aux fins de poursuites²¹.

La COCDE dispose, par ailleurs, à son art. 5 (“mise en œuvre”), que les parties “ne seront pas influencées par des considérations d’intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l’identité des personnes physiques ou morales en cause”.

4. ... et la pratique ?

Le fait de signer une convention et même de se soumettre à des évaluations mutuelles ne signifie pas encore que la volonté de combattre la corruption internationale est réelle et ne souffre pas d’exceptions. L’expérience montre que la volonté de favoriser les intérêts économiques nationaux peut se dissimuler derrière des prétextes plus ou moins hypocrites, à l’exemple du “secret défense” invoqué par la France dans l’affaire des paiements soupçonnés d’illicéité dans le cadre de la vente de frégates par Thomson à Taïwan²².

Le conflit le plus douloureux et le plus emblématique à ce propos a éclaté dans l’affaire BAE Systems, concernant des soupçons de corruption dans le cadre d’une vente d’avions militaires pour £ 43 milliards à l’Arabie saoudite; le soupçon portait notamment sur le versement d’un pot-de-vin de £ 1 milliard à un membre de la famille royale.

Il va de soi que l’Arabie saoudite se targue de posséder une législation moderne et complète en matière de corruption²³. Il va de soi aussi qu’elle n’avait aucun reproche à formuler à propos de ce paiement.

²¹ Art. 44 § 11 CNUCC; cf. aussi art. 10 § 3 COCDE et art. 27 § 5 CPCCE.

²² ATF 130 II 247, consid. 4, p. 248, qui rappelle que “[...] dans le cadre de la procédure pénale ouverte en France, les Juges Van Ruymbeke et de Talancé ont demandé en vain la ‘déclassification’ des pièces détenues par Thales, ainsi que des déclarations que pourraient faire les témoins (notamment les cadres ou anciens cadres de Thomson) au sujet du contrat des frégates”. Dans la procédure d’entraide à la requête du Liechtenstein, le Tribunal fédéral estima, cependant, que ce secret protégé en France n’était opposable ni à la Suisse (pays requis), ni au pays requérant.

²³ Cf., par exemple, le texte signé par un collaborateur du Ministère de l’intérieur d’Arabie saoudite, publié sur le site de The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNAFEI): ALHARBI AKI KHALAF S., *An Overview of the Saudi Arabian Criminal Justice Procedures Against Corruption in the Public Sector*, disponible sous : www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no77/15_p123-130.pdf (dernière consultation 01.11.2010).

Au Royaume-Uni, une enquête a été ouverte en 2004 par le Serious Fraud Office (SFO). L'entraide a été demandée à la Suisse, en raison de certains paiements ayant été versés par ou sur des comptes bancaires en Suisse. La justice fédérale est entrée en matière, a bloqué des comptes et ouvert une procédure locale pour blanchiment d'argent contre des personnes soupçonnées d'avoir agi comme intermédiaires.

BAE Systems est intervenue à plusieurs reprises pour obtenir l'abandon de l'enquête anglaise, en invoquant des intérêts commerciaux, soit la perspective d'un nouveau contrat plus important encore avec l'Arabie saoudite. Les autorités du Royaume-Uni se sont engagées de manière répétée, vis-à-vis de l'OCDE, à ne pas céder et à respecter scrupuleusement les obligations découlant de l'art. 5 COCDE²⁴. Ce nonobstant, le SFO a mis fin à l'investigation en 2006, en invoquant le motif d'une menace grave contre la sécurité publique, du fait que l'Arabie saoudite avait menacé de mettre fin à toute coopération dans la lutte contre le terrorisme si l'enquête n'était pas abandonnée.

L'affaire a été portée devant la justice par des ONG. Dans son jugement du 10 avril 2008²⁵, la High Court of Justice (Queen's Bench Division, Administrative Court) a considéré que le directeur du SFO avait violé l'art. 5 COCDE et agi de manière illicite en abandonnant l'enquête. En effet, selon l'opinion de la Cour, la menace de la sécurité publique invoquée ne pouvait être distinguée des "effets possibles sur les relations avec un autre Etat" que l'art. 5 interdit de prendre en considération.

Sur recours du gouvernement, la Chambre des Lords, dans son jugement du 30 juillet 2008²⁶, a considéré que la décision du directeur du SFO était parfaitement légale et justifiée, vu la menace qui avait été formulée par l'Arabie saoudite ("the ugly and obviously unwelcome threat"). D'après

24 L'OCDE est intervenue à plusieurs reprises pour rappeler le Royaume-Uni à ses devoirs. Elle a établi un rapport très sévère (OCDE, Royaume Uni [phase 2^{bis}] du 16 octobre 2008) : Rapport sur l'application de la Convention et de la recommandation révisée de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, p. 29-31.

25 High Court of Justice (UK), jugement du 10 avril 2008, affaire CO/1567/2007 : The Queen on the Application of Corner House Research and Campaign against Arms Trade v. The Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems Plc, [2008] EWHC 714 (Admin).

26 House of Lords, session 2007-2008 [2008] UKHL 60, R (On the Application of Corner House Research and Others) v. Director of the Serious Fraud Office, disponible sous : www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080730/corner-1.htm.

la Chambre des Lords, l'art. 5 COCDE n'interdit nullement de prendre en considération des périls de ce type. La menace invoquée était celle de refuser de coopérer en matière de terrorisme, mais personne n'était dupe quant à la nature réelle des intérêts en jeu²⁷.

C'est finalement le bras long de la justice états-unienne qui a rattrapé BAE Systems. Une enquête a été ouverte pour différentes affaires, dont celle de la vente d'armes à l'Arabie saoudite. Après avoir proposé un *plea bargain*, BAE Systems a été condamnée à une amende de US\$ 400 millions le 1^{er} mars 2010, pour diverses charges, dont celle d'avoir trompé les autorités américaines en promettant de respecter la législation anti-corruption, notamment les principes découlant du FCPA et de la COCDE. La compagnie anglaise BAE Systems Plc. détient plusieurs filiales incorporées aux Etats-Unis et a été amenée, en 2000 déjà, à s'engager vis-à-vis du Secrétaire de la défense à mettre sur pied un programme complet de lutte contre la corruption et à veiller à ce qu'aucune compagnie du groupe ne soit utilisée pour violer le FCPA. Cet engagement avait été violé, entre autres, par le paiement de montants substantiels à un agent public du Royaume d'Arabie saoudite occupant une position d'influence²⁸.

27 Il convient de relever que le Royaume-Uni a considérablement amélioré sa législation anti-corruption en adoptant le Bribery Act 2010 du 8 avril 2010, dont l'art. 12 définit largement les principes de la territorialité et retient non seulement la nationalité et la résidence, mais aussi le lieu d'incorporation comme fondement de la compétence (Explanatory Notes, Bribery Act 2010, p. 10). En vertu de l'art. 7, la responsabilité de l'entreprise pour ne pas avoir empêché la corruption peut, par ailleurs, être établie à l'égard de "any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom". L'avenir montrera si cette loi est un tigre de papier ou l'expression de bonne foi d'une volonté d'agir. La loi n'est d'ailleurs toujours pas en vigueur à l'heure où nous finalisons cette contribution (février 2011), car son entrée en vigueur a été renvoyée à deux reprises en raison des critiques exprimées par les milieux économiques et financiers et l'insuffisance de la "Guidance" (ordonnance d'exécution) établie par le gouvernement (cf. Financial Markets Law Committee, *Bribery Act 2010: Analysis of uncertainty around the Bribery Act 2010*, FMLC Papers n° 160, novembre 2010).

28 United States District Court for the District of Columbia, USA v. BAE Systems Plc., Statement of offense, III. C, ch. 40, disponible sous : www.justice.gov/criminal/pr/documents/03-01-10bae-plea-%20agreement.pdf; les documents relatifs à cette condamnation négociée sont disponibles sur le site internet du Département américain de la justice (www.justice.gov), rubrique "Justice news", 1^{er} mars 2010, "BAE Systems PLC Pleads Guilty and Ordered to Pay \$400 Million Criminal Fine".

IV. La répression de la corruption en droit suisse

Le droit pénal suisse en matière de corruption publique a été remanié profondément en 1999 (art. 322^{ter} à 322^{octies} CP). C'est à cette occasion que la corruption active d'agents publics étrangers a été érigée en infraction pénale (art. 322^{septies}, devenu art. 322^{septies} al. 1 CP), ce qui a permis la ratification de la COCDE. En 2006, la ratification de la CPCCE a nécessité l'introduction, à l'art. 322^{septies} CP, d'un al. 2 réprimant la corruption passive d'agents publics étrangers. De même, cette ratification a donné lieu à la révision du délit de corruption privée par l'introduction de l'art. 4a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)²⁹, définissant à la fois le versant actif et passif de la corruption. La ratification de la CNUCC en 2009 n'a donné lieu à aucune modification du droit suisse.

A. Les statistiques des condamnations et les communications des intermédiaires financiers

La corruption occupe peu les tribunaux pénaux suisses. L'Office fédéral de la statistique fait état de 17,4 condamnations pour corruption publique en moyenne annuelle (1998 à 2007). Les statistiques ne permettent pas d'identifier séparément les différentes infractions réprimées par la LCD, mais tout porte à croire qu'il n'y a pas de condamnations pour corruption privée. En revanche, il n'est pas exclu que certaines condamnations pour gestion déloyale aient trait à des cas dans lesquels il y a eu corruption.

L'art. 322^{septies} CP, réprimant la corruption d'agents publics étrangers, n'apparaît qu'une seule fois, pour une condamnation de 2001, dans les chiffres fournis par l'Office fédéral de la statistique. Il s'agit d'une ordonnance pénale rendue dans une très petite affaire sans rapport avec des transactions commerciales internationales³⁰. Une étude comparative récente de l'OCDE (*Working Group on Bribery Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention*) fait état de deux cas d'application à fin 2009, sur une période de dix ans³¹. La lecture des arrêts de la Cour des plaintes du

²⁹ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

³⁰ Affaire décrite dans PERRIN B., *La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2008, p. 367.

³¹ *The Comparative Table of Enforcement Data Collected from the 38 Parties to the Anti-Bribery Convention* de l'OCDE fait état de deux condamnations pénales en Suisse, pour la période jusqu'en décembre 2009, disponible sous : www.oecd.org/dataoecd/11/15/45450341.pdf.

Tribunal pénal fédéral montre, pour le surplus, qu'il y a quelques procédures en cours.

Le nombre des procédures menées pour blanchiment d'argent, du fait d'infractions en amont relevant de la corruption ou d'autres crimes par lesquels des agents publics étrangers se sont enrichis, est certainement plus élevé. Ce canal est alimenté par les communications des intermédiaires financiers et par des demandes d'entraide internationale, qui débouchent souvent sur l'ouverture de procédures locales pour blanchiment d'argent. Selon le rapport d'activité du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) portant sur l'année 2009, il y a eu, en dix ans (2000-2009), 528 communications pour soupçon de blanchiment d'argent de valeurs patrimoniales issues de corruption, sur un total de 6955 communications³². De même, depuis une vingtaine d'années, un nombre significatif d'affaires d'entraide internationale mettent en jeu des paiements illicites à des agents publics étrangers ayant été payés sur ou depuis un compte bancaire en Suisse ou ayant transité par un tel compte.

Quels sont, dès lors, les facteurs expliquant le faible nombre de poursuites et de condamnations pour corruption et l'inexistence de condamnations d'entreprises commerciales et de leurs représentants pour corruption d'agents publics étrangers ?

Une explication pourrait résider dans le fait que les entreprises suisses sont particulièrement peu enclines à corrompre, que ce soit en Suisse ou à l'étranger. Cette hypothèse correspond à une perception assez largement répandue, qui se reflète également dans le "Bribe Payers Index 2008" de Transparency International³³. La Suisse est en 3^e position ex aequo avec les Pays-Bas dans l'échelle allant du plus intègre au plus corrupteur, soit juste avant l'Allemagne qui est en 5^e position.

Cependant, même si les entreprises exportatrices suisses ont bonne réputation, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas des moutons noirs, ce qu'illustrent certaines procédures étrangères mettant en cause des entreprises suisses. Or, on peut légitimement se demander si la justice suisse est bien armée pour détecter et réprimer ce type d'affaires.

32 BUREAU DE COMMUNICATION EN MATIÈRE DE BLANCHIMENT D'ARGENT (MROS), 12^e rapport annuel, année 2009, p. 47.

33 Disponible sous : www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/bpi/bpi_2008#bpi_table.

B. Les obstacles à la détection de la corruption et la mise en œuvre de la répression

De manière générale, la corruption est une délinquance dotée de peu de visibilité sociale, du fait notamment de la clandestinité du pacte qui lie le corrupteur au corrompu. Il en découle que ces actes sont difficiles à détecter et à prouver. Ce constat vaut pour tous les pays, mais certains ordres juridiques sont mieux armés que d'autres pour surmonter ces obstacles. C'est ainsi que le tableau comparatif précité des condamnations, établi en juin 2010 par l'OCDE³⁴, montre que l'Allemagne, l'Italie et les Etats-Unis d'Amérique obtiennent un nombre nettement plus important de condamnations pour corruption d'agents publics étrangers que les autres pays.

On ne peut que formuler des hypothèses sur les obstacles à la répression en Suisse :

1. La réticence face aux instruments de justice négociée

Le droit pénal suisse n'offre que peu de place à la justice négociée, pratiquée à l'étranger sous diverses formes : *plea agreements*, *deferred prosecution agreements*, *non prosecution agreements*, réductions de peines pour collaborateurs de justice, etc. Les procédures pénales des cantons suisses, en vigueur jusqu'à fin 2010, ne connaissaient pour la plupart que des instruments très embryonnaires de négociation ; le Code de procédure pénale (CPP)³⁵ suisse va plus loin, en instaurant une procédure simplifiée en cas d'accord (art. 358 ss CPP). La pratique montrera l'importance de cet instrument³⁶, auquel la doctrine dominante reste néanmoins hostile³⁷. Il

³⁴ Tableau comparatif précité (n. 31).

³⁵ Code de procédure pénale suisse (CPP), en vigueur le 1^{er} janvier 2011, RS 312.0.

³⁶ Pour une estimation très pessimiste des cas d'application potentiels, cf. BOMMER F., "Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich", RDS (128) 2009 II, p. 5-124 ; pour une appréciation positive en ce qui concerne la criminalité économique, cf. le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, 1279.

³⁷ KUHN A., "La procédure pénale suisse selon le CPP unifié", RDS (128) 2009 II, p. 125-184, 165 ss ; BOMMER F. (n. 36), p. 10 ss ; SCHWARZENEGGER C., *Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich (Schulthess) 2010, Art. 358 N 1 ss ; KUHN A./PERRIER C., "Quelques points problématiques du Code de procédure pénale suisse", in *Jusletter*, 22 septembre 2008 ; BREGUET A., "La procédure simplifiée dans le CPP : un réel progrès ?", in *Jusletter*, 16 mars 2009. Pour un avis différent, cf. SCHMID N., *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrecht*, Zurich (Dike) 2009, p. 628 ss.

y a à cela certainement d'excellentes raisons, fondées sur les principes de l'Etat de droit et du procès équitable, que nous n'entendons pas remettre en cause. Ce nonobstant, il n'y a aucun doute que, dans les pays qui ont adopté une approche plus pragmatique, ces instruments se sont révélés utiles dans un nombre significatif de cas, ce qui se reflète dans le tableau comparatif précité de l'OCDE³⁸.

Ainsi, en 2004, la Securities and Exchange Commission a conclu un *plea bargain* avec le groupe ABB, y compris la maison mère en Suisse, en lien avec des actes de corruption commis à l'étranger³⁹. La peine acceptée était une amende de US\$ 10,5 millions, à laquelle s'ajoutait un *disgorgement of illicit profits* de US\$ 5,9 millions. ABB s'était d'ailleurs elle-même dénoncée aux autorités états-uniennes.

2. L'absence de mécanismes de contrôle des stratégies de prévention au sein des entreprises

L'absence de mécanismes de contrôle imposant la mise en œuvre de stratégies de prévention et de détection de la corruption dans les entreprises affaiblit également la lutte contre ce type de criminalité. Contrairement à ce qui est le cas pour les intermédiaires financiers en vertu de la LBA⁴⁰, il n'y a pas de devoir de dénonciation à la charge des entreprises commerciales ou de leurs réviseurs en cas de corruption. Tout au plus, le réviseur s'est-il vu imposer, depuis 2008, un devoir d'informer aussi l'assemblée générale, et pas seulement le conseil d'administration, des violations graves de la loi en vertu de l'art. 728c CO.

3. L'intolérance culturelle au whistleblowing

En comparaison avec les Etats-Unis d'Amérique, on constate en Suisse une intolérance culturelle au phénomène du *whistleblowing*⁴¹. Loin d'ap-

³⁸ Tableau comparatif précité (n. 31).

³⁹ Cf. le communiqué de la Securities and Exchange Commission, *Litigation Release* N° 18775, du 6 juillet 2004, disponible sous : www.sec.gov/litigation/litreleases/lr18775.htm.

⁴⁰ Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA), RS 955.0.

⁴¹ Sur cette notion et les enjeux du droit suisse dans le domaine, cf. JOSITSCH D., "Whistleblowing' und Korruptionsbekämpfung", in *Neuere Entwicklungen im schwei-*

paraître comme un citoyen droit et courageux méritant le titre de femme ou d'homme de l'année, comme ce fut le cas de Sherron Watkins dans l'affaire Enron, la personne qui tire la sonnette d'alarme est considérée en Suisse comme un ennemi de l'entreprise ou même de la patrie, à l'instar du gardien de nuit Christoph Meili. Pourtant, l'encouragement du *whistleblowing* est un moyen de détection extrêmement efficace de la criminalité économique au sein des entreprises, ce qu'illustre l'étude sur la criminalité économique réalisée par PwC en 2007⁴². La protection des donneurs d'alerte est d'ailleurs exigée par les conventions internationales en matière de corruption⁴³.

La législation suisse reste très timorée dans le domaine. En décembre 2008, le Conseil fédéral a envoyé en procédure de consultation un avant-projet de révision législative intitulé "Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)"⁴⁴. Le droit de signalement du travailleur était très étroitement défini et la protection contre le congé-représailles restait limitée à l'indemnisation pour résiliation abusive. De ce fait, l'avant-projet a été critiqué à la fois par les milieux économiques qui ne souhaitaient pas de réglementation et les organisations

zerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zurich (Schulthess) 2007, p. 97-111; JOSITSCH D., "Whistleblowing' und Strafverfahren", in *Individuum und Verband, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2006*, Zurich (Schulthess) 2006, p. 261-273; LEDERGERBER Z., "Whistleblowing' unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung", Berne (Stämpfli) 2005; STRASSER O., "Whistleblowing als Element guter Corporate Governance", in *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen*, Zurich (Dike) 2007, p. 485-499; VON KAENEL A., "Whistleblowing", RSJ 103 (2007), p. 309-317; CARRANZA C. J./MICOTTI S., "Whistleblowing: aspects choisis dans le domaine bancaire", in *Revue de l'avocat* 2/2008, p. 67-74; CARRANZA C. J./MICOTTI S., "Les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing", in *Jusletter*, 2 février 2009.

42 PRICEWATERHOUSECOOPERS (PwC), *Economic Crime: People, Culture and Controls, The 4th Biennial Global Economic Crime Survey*, 2007, disponible sous : www.pwc.ch/user_content/editor/files/publ_adv_pwc_global_economic_crime_survey_07_e.pdf.

43 Art. 22 CPCCE ; art. 33 CNUCC. Cette exigence est également connue des autres conventions régionales : art. 3 § 8 Convention interaméricaine contre la corruption, du 29 mars 1999 ; art. 5 § 5 Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, du 11 juillet 2003.

44 Révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), Rapport explicatif relatif à l'avant-projet (sans date) ; cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Les "whistleblowers" doivent bénéficier d'une meilleure protection* (communiqué de presse du 5 décembre 2008).

demandant une protection plus efficace du donneur d'alerte. Le Conseil fédéral a pris acte de ces résultats et chargé le Département fédéral de justice et police d'élaborer un nouvel avant-projet, en envisageant "la nullité du licenciement", qui devait toutefois garder "un caractère exceptionnel"⁴⁵.

Ce nonobstant, le nouvel avant-projet, envoyé en procédure de consultation le 1^{er} octobre 2010⁴⁶, se contente de proposer l'augmentation du montant maximal de l'indemnisation pour congé abusif à l'équivalent de douze mois au lieu de six mois de salaire.

Que le droit du travail ne protège les donneurs d'alerte que de manière lacunaire ne modifie en rien le principe qui veut que, sauf violation non justifiée d'un secret professionnel, bancaire, etc., la dénonciation d'une infraction qui a effectivement été commise est un acte parfaitement licite. En vertu de l'art. 301 CPP, tout particulier a le droit de dénoncer des infractions à l'autorité pénale.

Dans la fonction publique, la protection du donneur d'alerte est en général meilleure. Le CPP prévoit un devoir de dénonciation à la charge des membres des autorités pénales (art. 302 al. 1 CPP) et laisse, pour le surplus, à la Confédération et aux cantons le soin de régler la question du devoir de dénoncer des membres des autres autorités (art. 302 al. 2 CPP). Sur le plan fédéral, un devoir général de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office à l'interne ou aux autorités pénales a été introduit dans la révision de la loi sur le personnel de la Confédération du 19 mars 2010 (art. 22a al. 1 LPers)⁴⁷. Les employés ont, en outre, le droit de signaler au Contrôle des finances "les autres irrégularités dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalées dans l'exercice de leur fonction" (art. 22a al. 4 LPers). En vertu de l'art. 22a al. 5 LPers, "[n]ul ne doit subir un désavantage sur le plan

⁴⁵ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Meilleure protection des travailleurs qui signalent des faits répréhensibles* (communiqué de presse du 17 décembre 2009).

⁴⁶ Révision partielle du Code des obligations (sanction en cas de congé abusif ou injustifié), Rapport explicatif relatif à l'avant-projet (décembre 2009); cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Congé abusif: améliorer la protection des salariés* (communiqué de presse du 1^{er} octobre 2010). La procédure de consultation court jusqu'au 14 janvier 2011.

⁴⁷ RS 172.220.1; la révision, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, s'inscrit dans le cadre de l'adoption de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP), du 19 mars 2010, RS 173.71; cf. également le Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, du 10 septembre 2008 (FF 2007 7371, 7424).

professionnel pour avoir, de bonne foi, dénoncé une infraction ou annoncé une irrégularité ou pour avoir déposé comme témoin". Enfin, un employé licencié pour avoir donné l'alerte dans le respect de ces règles peut être réintégré (art. 14 al. 1 lit. d LPers).

C. Les faiblesses du droit de fond

1. La compétence restreinte du juge suisse en cas de participation accessoire à une infraction à l'étranger (art. 3 et 8 CP)

Lorsqu'une infraction est commise par un auteur direct agissant à l'étranger, la jurisprudence du Tribunal fédéral considère que les coauteurs sont réputés agir à la fois là où l'infraction est commise par l'auteur direct et là où ils fournissent leur contribution. Il en va différemment de la participation accessoire, réputée commise là seulement où agit l'auteur principal⁴⁸. Ainsi, l'instigateur ou le complice contribuant en Suisse à l'infraction d'un auteur principal à l'étranger n'est pas réputé avoir commis une infraction en Suisse. Cette jurisprudence, critiquée par la doctrine dominante⁴⁹ et par les experts de l'OCDE⁵⁰, aboutit à des lacunes, car le juge suisse doit alors fonder sa compétence sur le principe de la personnalité active, qui ne vaut que pour les ressortissants suisses et suppose la prise en considération du droit étranger au titre de la condition de la double incrimination et de la *lex mitior*. Il suffirait donc, par exemple, qu'un instigateur étranger se trouvant en Suisse choisisse un auteur direct agissant à l'étranger, pour échapper à la compétence du juge suisse. Si l'instigateur ou le complice est suisse et que le juge suisse peut donc fonder sa compétence sur le principe de la personnalité active, l'accusé échappera à toute peine si l'auteur direct

⁴⁸ ATF 104 IV 77, consid. 7b, p. 86. Le principe du rattachement accessoire de la complicité et de l'instigation au lieu où agit l'auteur principal a été confirmé dans les arrêts non publiés du TF dans l'affaire Aéroflot, du 29 octobre 2009, notamment dans la cause 6B_87/2009, consid. 3.3.

⁴⁹ TRECHSEL S./VEST H. (n. 19), Art 8 N 2; Basler Kommentar, Strafrecht I – POPP/LEVANTE, Art. 8 N 14; Commentaire romand, Code pénal I – HARARI/LINIGER, Art. 8 N 54; pour un tour d'horizon plus complet, cf. CASSANI (n. 18), p. 24-25.

⁵⁰ OCDE, Suisse: Phase 2: rapport sur l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la Recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, 2004, ch. 101 ss, 148 lit. f.

a agi dans un pays dont le droit en matière de corruption est lacunaire ou bénéficiera de la *lex mitior* si l'acte est punissable, mais dans une moindre mesure.

Lorsque l'infraction est commise au profit d'une entreprise, ces lacunes pourraient être partiellement comblées du fait que la corruption active reprochée à une entreprise sur la base de l'art. 102 al. 2 CP est rattachée à la fois au lieu de commission de l'infraction par la personne physique et au lieu où se situe le défaut d'organisation qui a permis cette infraction⁵¹. La mise sur pied d'une stratégie efficace de prévention de la corruption étant une tâche incombant à l'administration de l'entreprise à son plus haut niveau, la responsabilité pénale des entreprises suisses, pour les actes de corruption à l'étranger, pourrait donc être localisée au siège de celle-ci.

Cette voie permettant en théorie d'affirmer une compétence du juge suisse même lorsque l'auteur principal agit à l'étranger n'est, cependant, pas empruntée en pratique, car la mise en œuvre des dispositions en matière de responsabilité pénale de l'entreprise s'est, jusqu'à présent, avérée très défailante.

2. La faiblesse des dispositions en matière de responsabilité pénale de l'entreprise

Les dispositions que le législateur suisse a introduites du bout des lèvres et sous la pression des conventions internationales⁵² paraissent à un tel point difficiles à appliquer qu'elles sont pratiquement restées lettres mortes depuis leur entrée en vigueur en 2003. Le cadre procédural tracé jusqu'au 31 décembre 2010 par l'art. 102a CP n'est d'ailleurs pas rendu plus solide ni plus lisible par l'art. 112 CPP qui le régit désormais.

51 CASSANI (n. 18), p. 33; Basler Kommentar, Strafrecht I – NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 412; NIGGLI M.-A./GFELLER D., "Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern", in *Verantwortlichkeit im Unternehmen*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007, p. 151-184, p. 176 s.; d'un avis contraire: JOSITSCH (n. 17), p. 451.

52 PIETH M., "Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz", RPS 119 (2001), p. 1-17, p. 3. Pour une analyse détaillée, cf. CASSANI U., "L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent", RDS (127) 2008 II, p. 227-398.

Certes, la corruption *active* dans le secteur public et privé est soumise au plus rigoureux des deux régimes instaurés à l'art. 102 CP, soit celui de la responsabilité parallèle de la personne physique fautive et de l'entreprise en vertu de l'al. 2. Cependant, l'entreprise ne répond que s'il "doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher" qu'une telle infraction soit commise en son sein, dans l'exercice de son activité commerciale.

Ainsi, pour établir la responsabilité de l'entreprise, l'accusation a la charge de prouver l'infraction commise par la personne physique agissant au sein de l'entreprise, puis de démontrer quelle mesure exigible et proportionnée aurait été propre à empêcher cette infraction⁵³. Si l'entreprise a mis sur pied un programme de lutte contre la corruption adéquat, elle ne répond pas, même si l'auteur fautif, agissant en violation de la politique de l'entreprise, a voulu procurer à celle-ci un avantage dans les affaires. Cette voie de sortie offerte à l'entreprise n'a pas échappé aux experts de l'OCDE, qui relèvent cette faiblesse dans leur rapport sur la législation suisse et mettent en doute l'aptitude du droit suisse à imposer des "sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives"⁵⁴.

Une autre limitation réside dans le fait qu'il est difficile d'appréhender la responsabilité pénale des groupes de sociétés. L'auteur doit avoir agi "au sein" de l'entreprise. En principe, la société mère ne répond pas d'actes commis au sein de sa filiale, qui reste une entité juridique séparée⁵⁵. Il faut donc toujours démontrer qu'une personne physique au sein de la société mère a participé à la corruption commise au sein de la filiale, que ce soit en agissant comme coauteur, auteur médiateur ou instigateur externe à la filiale, ou comme délégué de la société mère siégeant dans le conseil d'administration de la filiale. Ce rôle causal joué par une personne physique dont les actes sont imputés à la société mère doit être prouvé même si la corruption profite manifestement à la société mère.

Nonobstant cette difficulté, le droit suisse ne paraît pas être sur ce point à la traîne par rapport aux textes internationaux, qui se révèlent peu

53 CASSANI U., "Droit pénal économique 2003-2005 : actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption)", in *La pratique de l'avocat* 2005, Berne (Stämpfli) 2005, p. 671-709, p. 683.

54 OCDE, rapport précité (n. 50), ch. 22, 105 à 113 ; voir en particulier le commentaire sous ch. 113.

55 Commentaire romand, Code pénal I – MACALUSO, Art. 102 N 19 ; Basler Kommentar, Strafrecht I – NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 63 ss.

exigeants, à l'instar de la Recommandation de l'OCDE de 2009, visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, qui fait preuve d'une certaine modestie de propos⁵⁶.

3. L'impunissabilité de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage s'agissant des agents publics étrangers et internationaux

Le droit suisse distingue la corruption proprement dite de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage. La corruption consiste à accorder un avantage indu à un agent public, pour qu'il viole les devoirs de sa charge ou fasse un acte dépendant de son pouvoir d'appréciation (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP). Les art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP, qui constituent des infractions subsidiaires de moindre gravité, sanctionnent les cas dans lesquels l'avantage est accordé à l'agent public ou sollicité par lui pour qu'il accomplisse les devoirs de sa charge.

Or, s'agissant d'agents publics étrangers ou internationaux, le droit suisse se limite à la corruption proprement dite (art. 322^{septies} CP). Ce choix se justifie aux yeux du Conseil fédéral par le fait que “[l]es normes pénales des articles 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP sont conçues pour des standards suisses particulièrement stricts et ne peuvent être facilement transposées telles quelles dans d'autres contextes culturels”⁵⁷.

Cette argumentation est pour le moins surprenante, au regard du fait que les conventions internationales n'établissent pas de différence entre corruption et octroi d'un avantage; la Suisse a donc dû faire une réserve à la ratification de la CPCCE. Il est vrai, cependant, que le commentaire de la COCDE⁵⁸, suivi en cela par le rapport explicatif de la CPCCE⁵⁹, per-

⁵⁶ La Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 26 novembre 2009 (avec les amendements adoptés le 18 février 2010) entend inciter les Etats à faire en sorte que les personnes juridiques ne puissent éluder la responsabilité en utilisant des sociétés de leur groupe (Annexe I, C).

⁵⁷ Message précité (n. 11), FF 2004 6549, 6567.

⁵⁸ Commentaire précité (n. 15), ch. 9.

⁵⁹ Rapport explicatif précité (n. 16), ch. 38, pour ce qui est de l'exemption des montants de faible valeur : “Pour les auteurs de la Convention, l'adjectif ‘indu’ vise à exclure les avantages qui sont admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables”.

met d'exempter les *facilitation* ou *grease payments*, soit l'octroi de "petites sommes" en échange d'un acte parfaitement régulier, visant, par exemple, à accélérer l'obtention d'une décision administrative.

La Suisse ayant essuyé les critiques des experts de l'OCDE sur ce point⁶⁰, elle a fait valoir que les montants payés pour obtenir un acte parfaitement régulier étaient forcément des "petites sommes" et donc des paiements de facilitation tolérés⁶¹. Ce raisonnement est toutefois démenti par la réalité judiciaire suisse: un arrêt récent du Tribunal fédéral a trait à un agent public suisse ayant reçu une montre Rolex et un versement de 45 000 francs sans qu'un rapport d'échange avec un acte contraire aux devoirs de sa charge ou dépendant de son pouvoir d'appréciation n'ait pu être établi (ATF 135 IV 198). Dès lors, seuls les art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP entraient en considération, étant précisé que les montants en cause sont nettement supérieurs aux avantages considérés comme "socialement adéquats" et donc licites (art. 322^{octies} ch. 2 CP). Cet exemple jurisprudentiel démontre que le lien d'échange entre les prestations réciproques peut être extrêmement difficile à établir et que l'existence d'infractions subsidiaires peut alors se révéler utile. Ce qui est vrai en matière de corruption nationale l'est aussi, a fortiori, dans les affaires internationales.

Il convient de noter, pour le surplus, que l'OCDE est revenue à la charge à propos de la question des paiements de facilitation, dans sa recommandation précitée de 2009, qui en souligne l'effet corrosif et incite les Etats à réexaminer leur politique et à encourager les entreprises à interdire ces paiements⁶².

4. Le tabou de la corruption privée

La répression de la corruption privée se heurte à des résistances très significatives de la part des acteurs de l'économie. La réticence des principaux intéressés eux-mêmes à renvoyer ces affaires aux tribunaux se reflète dans l'absence de condamnations pénales en vertu de l'art. 4a LCD qui réprime, en conjonction avec l'art. 23 LCD, la corruption privée passive et active depuis 2006, et de l'art. 4 lit. b contenu dans les versions antérieures de la LCD qui réprimait la corruption active depuis 1943.

60 Rapport précité (n. 50), ch. 93-95.

61 Cf. déjà le Message précité (n. 11), FF 2004 6549, 6567.

62 Recommandation précitée (n. 56), ch. VI.

L'absence de poursuites pour corruption privée a été relevée par les experts du GRECO dans leur rapport d'évaluation sur la législation anti-corruption suisse de 2008⁶³, qui fait état d'estimations selon lesquelles la corruption privée serait un phénomène plus répandu en Suisse que la corruption publique⁶⁴.

La bagatellisation de la corruption privée est une réalité qui se manifeste de différentes manières :

- *La limitation de la répression à la corruption proprement dite.* L'infraction vise la corruption au sens étroit d'un employé, associé, mandataire ou autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé, à qui un avantage indu est octroyé pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui est contraire à ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation. Comme en matière de corruption publique, la loi décrit séparément la corruption privée active (art. 4a al. 1 lit. a LCD) et la corruption privée passive (art. 4a al. 1 lit. b LCD). Il n'existe, en revanche, pas de dispositions analogues à l'octroi et à l'acceptation d'un avantage.
- *La renonciation à faire figurer l'infraction dans le Code pénal.* L'insertion dans la LCD signale le peu d'importance accordée à la corruption privée, car il s'attache aux infractions réprimées par cette loi une valeur symbolique plus faible qu'aux infractions en vertu du CP.
- *La limitation aux actes qui ont un impact sur la concurrence.* La localisation de la matière dans la LCD a aussi pour conséquence que la corruption privée est limitée à des actes qui ont un impact sur la concurrence économique. Il faut donc un comportement ou une pratique qui "influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients" (art. 2 LCD). Dans son Message⁶⁵, le Conseil fédéral en déduit notamment que la corruption des agents d'un organisme à but non lucratif⁶⁶, ou des membres influents d'organisations et d'associa-

63 GROUPE D'ETATS CONTRE LA CORRUPTION (GRECO), *Rapport d'évaluation sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 37^e réunion plénière (Strasbourg, 31 mars-4 avril 2008)*, ch. 68.

64 GRECO, Rapport précité (n. 63), ch. 69.

65 Message précité (n. 11), FF 2004 6549, 6575.

66 Dans l'Union européenne, l'art. 2 § 2 de la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé vise à la fois les entités à but lucratif et non lucratif ; les Etats peuvent, toutefois, faire une

tions sportives, telles que le CIO et la FIFA, ne serait pas visée⁶⁷. Cette limitation paraît insoutenable au regard de l'importance évidente des affaires de corruption dans ce domaine, sous l'angle de la fréquence et des montants en jeu. Elle ne découle d'ailleurs nullement du droit en vigueur, car le fait que des organismes à but non lucratif ne participent pas à la concurrence n'empêche pas leurs représentants d'être amenés à intervenir dans un rapport de concurrence entre des tiers, à l'instar de celui qui peut exister entre des villes souhaitant l'attribution d'une compétition⁶⁸. Les intérêts commerciaux des lieux en compétition et des entreprises impliquées sont immenses, et tout porte à croire qu'il n'est pas rare que la concurrence soit biaisée par l'octroi d'avantages indus, accordés aux décideurs sous les formes les plus diverses. S'y ajoutent des enjeux commerciaux parfois très considérables liés à la retransmission des compétitions, voire aux contrats de licence avec des entreprises, par exemple les fournisseurs exclusifs de certains produits lors de la compétition sportive⁶⁹. Il est, par ailleurs, difficile de considérer que le sport de haut niveau, pratiqué par des professionnels ou des amateurs bénéficiant d'un soutien substantiel de sponsors, relève seulement de la compétition sportive et non de la concurrence économique. De ce fait, l'octroi d'avantages indus dans le but d'obtenir une décision d'arbitrage irrégulière ou d'amener un adversaire sportif, par exemple un joueur de l'équipe adverse, à perdre délibérément la compétition, peut également être susceptible d'avoir un impact sur la concurrence.

- *La peine et l'exigence de la plainte pénale.* Contrairement à la corruption d'un agent public, celle d'un agent privé est un simple délit (art. 23 al. 1 LCD). Il s'agit, en outre, d'un délit sur plainte absolue (art. 23 al. 2 LCD), exigence qui traduit l'opinion du législateur selon laquelle la gravité de l'acte ne justifie l'intervention de la justice pénale que si la plainte est déposée. Par ailleurs, la qualité pour déposer plainte pénale

déclaration limitant l'application aux actes "qui impliquent, ou pourraient impliquer, une distorsion de concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux" (art. 2 § 3), JO L 192 du 31.07.2003, p. 55.

⁶⁷ Message précité (n. 11), FF 2004 6549, 6575.

⁶⁸ Dans ce sens, GFELLER D. Die Privatbestechung. Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2010, p. 73 s. ; également CASSANI (n. 53), p. 701 s.

⁶⁹ GFELLER (n. 68), p. 74 s.

est certes définie largement par le renvoi aux art. 9 et 10 LCD, mais il peut être très difficile pour les concurrents lésés ou les organisations de consommateurs d'avoir connaissance de l'acte.

- *La renonciation à la répression des actes de dissimulation au titre du blanchiment d'argent.* Du fait qu'il s'agit d'un simple délit, l'infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) ne s'applique pas aux actes de dissimulation des avantages patrimoniaux qui en découlent. Cette conséquence a peu d'importance si la corruption conduit l'agent privé à commettre un crime, par exemple une gestion déloyale aggravée (art. 158 ch. 1 al. 3 CP) ou un abus d'un pouvoir de représentation (art. 158 ch. 2 CP). Dans ce cas, le blanchiment d'argent entre en considération au regard de ces infractions préalables. Cependant, la corruption privée – tout comme la corruption publique – peut avoir d'autres buts, ne relevant pas de la gestion déloyale des intérêts patrimoniaux de l'employeur ou du mandant. Le but peut consister à léser d'autres intérêts de celui-ci, ou à léser des intérêts patrimoniaux d'une manière qui n'est pas constitutive d'un crime, par exemple en violant un secret de fabrication (art. 162 CP). Enfin, le corrompu peut être amené à léser les intérêts patrimoniaux d'un tiers qu'il n'est pas chargé de gérer, par exemple lorsqu'un critique gastronomique d'un journal est corrompu par le propriétaire d'un restaurant agissant dans le but d'obtenir une critique dévastatrice des prestations d'un concurrent.

Dans leur rapport d'évaluation sur la législation anti-corruption suisse de 2008, les experts du GRECO relèvent que la Suisse ne viole pas les obligations découlant de la CPCCE (art. 13) du fait que la corruption privée n'est pas érigée en crime préalable au blanchiment. Ce nonobstant, ils adressent à la Suisse la recommandation "d'examiner l'opportunité d'étendre l'infraction de blanchiment aux cas graves de corruption dans le secteur privé"⁷⁰. Le Conseil fédéral a examiné la question et décidé de ne pas ériger la corruption privée en crime préalable au blanchiment d'argent, ce que le GRECO regrette dans son rapport de conformité de 2010⁷¹.

- *L'absence de mesures d'enquêtes spéciales.* Contrairement à la corruption publique, la corruption privée ne donne pas lieu aux mesures

⁷⁰ GRECO, Rapport précité (n. 63), ch. 104.

⁷¹ GROUPE D'ÉTATS CONTRE LA CORRUPTION (GRECO), *Rapport de conformité sur la Suisse, adopté par le GRECO lors de sa 46^e réunion plénière (Strasbourg, 22-26 mars 2010)*, ch. 34.

d'enquêtes spéciales, comme la surveillance de la correspondance par poste et par télécommunication ou l'enquête sous couverture. Les experts du GRECO recommandent à la Suisse "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"⁷². Le rapport de conformité précité du GRECO constate que le droit suisse n'est toujours pas satisfaisant sur ce point⁷³, même en vertu du nouveau code de procédure pénale suisse (art. 269 al. 2 lit. a CPP), qui permet d'ordonner la surveillance de la correspondance par poste et par télécommunication en cas de gestion déloyale aggravée et d'abus d'un pouvoir de représentation. L'art. 286 al. 2 lit. a CPP permet l'investigation secrète pour la corruption publique, mais pas pour la corruption privée, ni pour la gestion déloyale. Il est vrai, cependant, que cette mesure est de toute façon très peu utilisée en Suisse, du fait de sa lourdeur⁷⁴.

La différence de traitement très importante entre corruption publique et corruption privée ne paraît guère justifiée au regard des enjeux en cause. Elle méconnaît la convergence croissante et la perméabilité entre l'administration publique et l'économie privée. Sous le signe de la diversification des structures juridiques par lesquelles passe l'action étatique, la ligne de démarcation entre le secteur public et le secteur privé est de plus en plus brouillée. L'art. 322^{octies} ch. 3 CP tient compte de ces phénomènes, en assimilant aux agents publics les personnes privées qui exécutent une tâche étatique. Cependant, cette définition matérielle crée de nombreuses incertitudes, ce d'autant plus que l'arrêt récent rendu par le Tribunal fédéral dans l'affaire de la SUVA (ATF 135 IV 198) semble indiquer que la question doit être examinée concrètement pour chaque agent d'un établissement. Ainsi, les agents privés peuvent côtoyer les agents publics dans une même entité.

La difficulté s'accroît encore, lorsque la corruption s'inscrit dans un contexte transnational : une tâche peut être considérée comme publique dans un pays, alors qu'ailleurs, elle est de nature privée.

Les incertitudes qui découlent de ces difficultés de délimitation et, surtout, de la disparité des clauses punitives, mettent l'intermédiaire financier

⁷² GRECO, Rapport précité (n. 63), ch. 69.

⁷³ GRECO, Rapport précité (n. 71), ch. 23-25.

⁷⁴ HANSJAKOB T., *Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich (Schulthess) 2010, Art. 286 N 32.

dans une situation délicate⁷⁵, car les devoirs qui s'imposent à lui sont très différents. Lorsqu'il a des raisons de soupçonner que des avoirs sont issus de corruption publique, le banquier est soumis au devoir de communication, alors qu'il est tenu de respecter le secret bancaire lorsqu'il s'agit de corruption privée, à moins que son soupçon porte aussi sur un crime allant de pair avec la corruption, par exemple une gestion déloyale aggravée.

5. Le no (wo)man's land juridique du financement des partis politiques

La transparence du financement de la vie politique reste un autre grand tabou de l'ordre juridique suisse.

Or, la CNUCC prévoit à son art. 7 § 3 des exigences en matière de transparence du financement de la vie politique. Selon cette disposition conventionnelle, “[c]haque Etat Partie envisage également d'adopter des mesures législatives et administratives appropriées, compatibles avec les objectifs de la présente Convention et conformes aux principes fondamentaux de son droit interne, afin d'accroître la transparence du financement des candidatures à un mandat public électif et, le cas échéant, du financement des partis politiques”.

Tout porte à croire que l'on touche là à un point particulièrement sensible en Suisse. Le Message du Conseil fédéral en vue de la ratification de la CNUCC invoque les spécificités de notre système politique qui fait qu'une “législation en la matière serait donc relativement compliquée à élaborer et à appliquer, compte tenu de la diversité des acteurs politiques”⁷⁶.

A l'occasion de l'adoption de la loi fédérale sur la déductibilité des versements en faveur de partis politiques, du 12 juin 2009⁷⁷, les Chambres fédérales ont eu une fois de plus l'occasion de réaffirmer leur attachement à ce tabou, en refusant une proposition de minorité voulant soumettre la déductibilité à la condition que les versements soient déclarés publiquement.

⁷⁵ STUPP E., “Die strafrechtliche Sanktionierung von Bestechung und Korruption im schweizerischen Recht”, in BERNI M./KELLERHALS A. (éd.), *Internationales Handelsrecht II: Neue Risiken für Unternehmen und Management wegen Bestechung und Korruption*, Zurich (Schulthess) 2008, p. 31-45, p. 44.

⁷⁶ Message concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption, du 21 septembre 2007, FF 2007 6931, 6949.

⁷⁷ RO 2010 449; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Les rapports entre la corruption et les règles sur le financement des partis sont d'ailleurs plus compliqués qu'il n'y paraît. Il n'y a pas de doute que l'opacité en matière de financement de la vie publique est peu propice à la formation de la volonté politique non biaisée par des conflits d'intérêts dissimulés. En ce sens, le lien établi par la CNUCC entre corruption et transparence du financement des partis politiques et des campagnes électorales est parfaitement pertinent. A l'inverse, lorsque des règles strictes de transparence et de limitation des dépenses des campagnes politiques existent, celles-ci conduisent souvent à des manipulations et à l'élaboration de stratégies d'évitement qui relèvent de la corruption d'agents publics. L'expérience de nos voisins français notamment montre le potentiel criminogène de ces règles, forcément contournées par certains. Il n'en va pas moins que l'instauration de normes permettant une meilleure transparence dans le domaine est souhaitable dans l'intérêt de la démocratie.

V. Conclusion : vouloir, c'est pouvoir ou pouvoir, c'est vouloir ?

La réponse à la question délibérément provocante posée en titre n'est guère surprenante. Le bilan de la lutte contre la corruption est en demi-teinte. Sur le papier, des progrès importants ont été réalisés en un peu plus de dix ans; dans les faits, c'est moins sûr.

Comme dans tous les cas de lutte contre la criminalité, le succès est loin d'être assuré et n'est jamais entier. Il ne suffit donc pas de vouloir éradiquer la corruption pour y parvenir. A l'inverse, il est tout aussi certain qu'en l'absence d'une volonté réelle de lutter contre la corruption, l'échec est assuré. Or, sur ce point, la réalité n'est pas toujours à la hauteur des discours.

Voici presque trente ans, Anne Héritier a conclu sa thèse sur les pots-de-vin⁷⁸ en comparant la lutte contre la corruption au travail de Sisyphe, tout en ajoutant qu'il fallait imaginer celui-ci heureux. Qu'il nous soit, dès lors, permis d'emprunter la conclusion de cette contribution à ce Sisyphe heureux des temps modernes qu'était Winston Churchill: "Success consists of going from failure to failure without loss of enthusiasm!"

⁷⁸ HÉRITIER A., *Les pots-de-vin*, Genève (Georg) 1981, p. 191.

INTERMÉDIAIRES FINANCIERS ET CORRUPTION

Anne Héritier Lachat*

Le sujet de la corruption reste récurrent, sur le plan international comme sur le plan national. Il n'épargne en pratique que peu d'agents économiques¹ et la corruption continue de déployer ses effets (sociaux et économiques) insupportables. La lutte contre la corruption reste ainsi encore indispensable et urgente.

“Le crime de corruption a ceci d'original qu'il faut être au moins deux pour le commettre”²; cette remarque se vérifie d'autant plus pour les intermédiaires financiers qui agissent dans ce complexe de faits et qui portent à trois ou plus le nombre des intervenants, selon que d'autres tiers³ sont impliqués et s'interposent entre le corrompeur et le corrompu. En effet, hormis les hypothèses où le corrompu se voit offrir un objet ou des avantages immatériels⁴, l'argent reste le moyen privilégié de la corruption⁵. Les

* Professeure au Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève, présidente du conseil d'administration de la FINMA. Les opinions exprimées ici n'engagent bien entendu que l'auteure.

1 L'expression *corruption eruption* que l'on utilise couramment pour décrire et déplorer le phénomène remonte à 1995 (NAIM M., “Corruption Eruption”, in *Brown Journal of World Affairs*, Washington, Summer 1995) et reste de mise. L'instauration d'une journée internationale de lutte contre la corruption par l'ONU n'a pas non plus déployé d'effets notables, ni sur la perception du phénomène, ni sur son occurrence. Pour un état des lieux récents, cf. par exemple, TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *2010 Progress Report: Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, juillet 2010; MINISTRY OF JUSTICE (UK), *Bribery Act Update, Consultation Paper*, Londres, 14 septembre 2010.

2 BERTOSSA B., “Confiscation et corruption”, SJ 2009, p. 371 ss, 373.

3 Que l'on nomme intermédiaires, sponsors ou agents selon les usages en la matière. L'exemple typique étant l'octroi d'une décoration.

4 Pour des exemples de transactions, ATF 131 II 167, cons. 7.2 à 7.4 et SK 2007.28 et 2008.16, p. 20-30. Pour les autres moyens, voir le rapport de la BANQUE MONDIALE, *Politically Exposed Persons, Preventive Measures for the Banking Sector*, Washington, 2010, p. XIV. Pour une discussion de ce rapport, LEE, P. L., “A Renewed Focus on Foreign Corruption and Politically Exposed Persons”, in *Banking Law Journal*, Washington, vol. 127/9, octobre 2010, p. 813 ss.

montants en cause sont le plus souvent transférés par l'intermédiaire du secteur financier traditionnel⁶, même si des paiements en espèces – au moins pour les faibles montants – existent encore. Il est en conséquence pertinent d'examiner les obligations et sanctions que le droit suisse impose dans ce contexte aux intermédiaires financiers.

I. Remarques préalables : quelques évidences

Dans le contexte de la corruption, le rôle de l'intermédiaire financier consiste fondamentalement à transférer les fonds ainsi qu'à émettre les documents et attestations nécessaires à ces opérations de transfert. Il n'intervient en principe pas lors de la mise en place de l'opération de corruption et des éventuels montages y associés, mais est chargé d'exécuter l'opération.

Dans la suite du texte, les termes "banque" ou "banquier" seront utilisés pour faciliter la lecture en lieu et place d'"intermédiaire financier"; les développements qui suivent s'appliquent toutefois aussi à d'autres intervenants actifs en matière financière (voir II infra pour la liste de ceux-ci).

Dans ce cadre, je me concentrerai sur le contrat de corruption (ou de pot-de-vin) qui lie le corrupteur et le corrompu, contrat par lequel des fonds sont versés au second pour l'inciter à agir en faveur du premier. La pratique connue met cependant aussi en lumière le recours fréquent à des intermédiaires interposés entre l'auteur du paiement et les bénéficiaires ultimes de ses largesses, que l'on nomme souvent agents⁷. Cette construction constitue, dans les relations commerciales internationales en particulier, soit une réponse à la difficulté pour un étranger au marché concerné de déterminer les personnes influentes qu'il "doit" corrompre, soit une tentative de rendre moins évidentes les manœuvres de corruption. Si la banque intervient pour le compte de l'intermédiaire/agent, elle est alors en principe dans une position qui lui permet de comprendre la nature réelle des

6 Dans le cadre de l'enquête Oil for Food, on a constaté des versements de montants en espèces importants, dont la qualification juridique reste ouverte, cf. ΡΙΕΤΗ Μ., "Öl für Lebensmittel – Aufpreise für Aufträge", in *Strafrecht und Wirtschaft, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Cologne, 2008, p. 901 ss, 905.

7 Le recours à des agents n'est cependant pas toujours typique de corruption, voir MICHELI F. R., "Prévention de la corruption dans les transactions internationales : voies praticables pour les entreprises suisses", RSDA 2002, p. 213 ss.

paiements ou de certains d'entre eux et doit alors faire preuve d'une circonspection particulière⁸.

La participation en pratique nécessaire de la banque au processus de corruption est le plus souvent involontaire et non consciente; toutefois, la question qui se pose est de déterminer quand la banque doit reconnaître ce type d'opérations douteuses, quelles mesures s'imposent et quelles sont les sanctions encourues en cas de violation de ses obligations par l'institut.

Cette contribution ne distingue pas entre corruption publique et corruption privée⁹ mais mentionnera, si nécessaire, d'éventuelles différences de traitement. De même, le caractère national ou international de l'activité ne joue-t-il pas un rôle direct ici, du moins en ce qui concerne les obligations générales des intermédiaires financiers.

Enfin, il ne s'agit pas ici de l'hypothèse du banquier corrompu ou corrupteur. Cette discussion a été menée de manière plutôt superficielle dans le cadre des controverses relatives aux diverses rétrocessions perçues ou versées dans le cadre de la gestion de fortune¹⁰. Si de tels versements sont cachés au client/mandant, alors qu'ils lui reviennent en vertu des règles du mandat, on pourrait estimer qu'ils constituent des pots-de-vin dont le but est d'influencer le choix du récipiendaire (le mandataire) en faveur de celui qui lui verse ces *kick-backs*. Cette analyse perd en tout état une grande partie de sa portée, puisque, depuis le 1^{er} janvier 2009, la circulaire FINMA 2009/01 "Règles-cadres pour la gestion de fortune" impose aux gérants de fortune (par le biais de règles professionnelles minimales) la conclusion d'un contrat de gestion écrit¹¹ qui doit décrire la rémunération et indiquer expressément les "prestations reçues de tiers" en précisant les montants en cause et les conflits d'intérêts liés à ces pratiques¹². La divulgation correcte et claire et l'accord du client excluent à mon avis la qualification de pot-de-vin pour ce type de paiements.

8 L'utilisation de simples comptes de passage par l'intermédiaire qui redistribue les montants aux bénéficiaires ultimes constitue un exemple simple qui tend toutefois à se raréfier.

9 Voir la contribution de CASSANI U., "La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir?", dans le présent ouvrage.

10 Voir encore récemment l'article de ZIMMERMANN P. et RÖTHLIN C. dans la *Handelszeitung* du 29.09.2010, p. 47 : "Strafrechtliche Konsequenz der 'Kick-backs'".

11 Cm 8 et 9e.

12 Cm 28 à 32.

II. Les intermédiaires financiers

La réglementation pertinente en matière de corruption concerne à la fois les intermédiaires financiers surveillés par la FINMA, mais aussi d'autres intermédiaires non surveillés en tant que tels, mais visés par les divers textes qui concernent toute activité financière.

A. Les intermédiaires financiers

La loi sur le blanchiment d'argent¹³ (LBA) qui règle non seulement la lutte contre le blanchiment mais aussi la vigilance requise en matière d'opérations financières¹⁴, définit de manière large les intermédiaires financiers à son article 2.

Ceux-ci comprennent les banques, les assujettis à la loi sur les placements collectifs (LPCC)¹⁵ – soit les directions de fonds, les SICAV, les SICAF, les sociétés en commandite de placements collectifs, les sociétés d'investissement et les gestionnaires de placements collectifs –, les assurances-vie et celles qui distribuent des parts de placements collectifs, les négociants selon la loi sur les bourses (LBVM)¹⁶, et enfin les maisons de jeu¹⁷. Il s'agit là d'intermédiaires surveillés.

La LBA y ajoute encore d'autres intervenants non surveillés, définis non exhaustivement, dont les gérants de fortune¹⁸. La caractéristique commune de ces autres intermédiaires est de disposer d'une manière ou d'une autre d'un pouvoir sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers.

13 Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA), RS 955.0.

14 Article 1, objet.

15 Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs, LPCC), RS 951.31.

16 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM), RS 954.1.

17 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (loi sur les maisons de jeu, LMJ), RS 935.52.

18 Article 2 alinéa 3 LBA.

B. Règles applicables

Hormis les articles 305^{bis} et 305^{ter} du Code pénal suisse (CP)¹⁹, la matière est principalement régie par la LBA et la nouvelle OBA-FINMA²⁰ qui la concrétise. Pour les banques, la loi sur les banques (LB)²¹ ainsi que la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08)²² contiennent des règles importantes; la LBVM ainsi que la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)²³ s'appliquent encore à certains intermédiaires surveillés. Quant aux autres intermédiaires de l'article 2 alinéa 2 LBA, ils sont soumis aussi à l'ordonnance sur les intermédiaires financiers (OIF)²⁴, que complète une circulaire de la FINMA²⁵.

Cette prolifération de sources ne rend pas la matière plus simple, mais il est possible d'en déduire un certain nombre de principes qui s'appliquent au-delà des caractéristiques des divers intermédiaires. Cet article se concentre en conséquence sur ces principes fondamentaux.

III. L'intermédiaire financier face à la corruption

A. Principe de base

La corruption étant le plus souvent constitutive de crime ou délit, étant aussi réprimée par le droit privé et le droit de la concurrence, c'est sous l'angle de la vigilance requise en matière d'opérations financières que la problématique concerne les banques. Je rappellerai en conséquence les règles générales de l'obligation de diligence avant de traiter quelques points plus spécifiques.

¹⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

²⁰ Cette nouvelle ordonnance (RS 955.022) entre en vigueur en 2011. Elle regroupe les textes qui régissaient les divers secteurs financiers sans les modifier fondamentalement. Le présent article se réfère à cette nouvelle ordonnance unifiée.

²¹ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB), RS 952.0.

²² Disponible sur le site internet de l'Association suisse des banquiers.

²³ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), RS 956.1.

²⁴ Ordonnance du 18 novembre 2009 sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF), RS 955.071.

²⁵ La circulaire "Activité d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent", qui entrera en vigueur en 2011.

Comme toute une série de prescriptions relatives au marché financier, les règles applicables se fondent sur les risques et tendent surtout directement à prévenir le blanchiment; elles visent cependant aussi plus largement à éviter que le système financier suisse ne soit utilisé à des fins inadmissibles²⁶.

Cette approche “prudentielle” s’est développée avant l’édiction de la LBA, tant par l’intervention de la Commission fédérale des banques (CFB)²⁷ que dans le cadre de l’autoréglementation²⁸; dans ce contexte, il suffit de rappeler que la CDB 08 (qui reprend ces prédécesseurs) se réfère expressément à la préservation du renom de la place financière suisse²⁹ et que tant la CFB que son successeur la FINMA placent une grande partie de leurs interventions sous l’angle de la garantie de l’activité irréprochable³⁰.

Cette façon de procéder, certes maintenant largement codifiée, fait reposer sur l’intermédiaire financier une obligation importante: celle de reconnaître les risques (juridiques et de réputation en particulier) auxquels il est exposé et d’adopter une politique adaptée de prévention et de suivi. Les mesures concrètes relèvent de la compétence et de la responsabilité de chaque intervenant, d’où la difficulté de présenter ici un panorama complet. On peut cependant en rappeler les éléments principaux: le premier aspect concerne l’identification du client et de l’ayant droit économique, identification continue, non limitée au premier contact. La CDB 08 contient un certain nombre d’éléments pratiques à ce sujet alors que l’OBA-FINMA se contente d’y renvoyer pour les banques³¹. Elle renvoie aussi par secteur concerné aux diverses règles d’autorégulation reconnues comme standards minimums³².

Toutefois, en matière de corruption notamment, une bonne connaissance de son client ne saurait suffire puisque, lorsqu’il s’agit du corrupteur, celui-ci ne présente souvent a priori pas de risques intrinsèques spécifiques. Un certain nombre de paiements douteux concernent en effet des

26 Par exemples: *Rapport de gestion CFB* 1987, p. 157; *Bulletin CFB* n° 41/2000, p. 20; voir aussi le préambule des diverses CDB et FF 1996 III 1057 ss.

27 Pour un historique, cf. CASSANI U., “L’internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d’argent”, *RDS* 127 (2008), p. 227 ss, 273.

28 CASSANI U. (note 27), p. 274.

29 Préambule, article 1 lettre a.

30 Par exemple: *Bulletin CFB* n° 7/1980, p. 35 et 37; *Bulletin CFB* n° 11/1982, p. 14, infra E 1.

31 Article 32 OBA-FINMA.

32 Sur les normes d’autorégulation reconnues, cf. circulaire FINMA 2008/10.

entreprises clientes de la banque ayant pignon sur rue. Il découle de cette constatation la nécessité de vérifier aussi un second aspect : la compréhension de l'arrière-plan économique des transactions en cause.

En 1980 déjà, la CFB avait clairement indiqué que “s’il existe des risques qui font penser que l’opération effectuée par une banque pourrait créer un état de fait immoral ou illégal, l’établissement concerné doit établir les faits”³³; elle avait précisé un an auparavant qu’“une banque ne peut pas conclure des affaires compliquées inhabituelles et importantes sans en examiner l’arrière-plan économique”³⁴.

En matière de corruption, ces principes généraux méritent une concrétisation, au vu en particulier des rares décisions publiées. L’approche concernera d’abord les transactions concernées, puis les personnes en cause.

B. Les transactions concernées

Le versement d’un pot-de-vin peut prendre diverses formes contractuelles; il n’est hélas pas (ou plus) qualifié comme tel. Les parties conscientes des risques liés à ces pratiques, surtout en matière directement commerciale, ont fréquemment recours à des constructions ou des artifices. Les corrupteurs ne connaissent d’ailleurs parfois pas les bénéficiaires ultimes de leur générosité, ni même la proportion des montants versés à titre de pots-de-vin au regard des paiements légitimes qui rémunèrent des prestations licites³⁵.

Il n’en demeure pas moins que la lecture de certains cas publiés laisse apparaître des modes de procéder qui doivent amener la banque à se poser et/ou à poser des questions. Ce sont les hypothèses où l’exigence de la vigilance requise par les circonstances³⁶ devient plus importante. L’article 6 alinéa 2 LBA reprend indirectement cette exigence sous la notion de transactions ou de relations d’affaires apparemment inhabituelles.

³³ *Bulletin CFB* n° 7/1980, p. 35, décision du 23 juin 1980.

³⁴ *Bulletin CFB* n° 7/1980, p. 39, décision du 7 mars 1979; voir aussi ATF du 25 juin 1982 in *Bulletin CFB* n° 11/1982, p. 15 ss.

³⁵ Dans les hypothèses de recours à des intermédiaires, agents et autres sponsors. Voir aussi MICHELI F. R. (note 7).

³⁶ Articles 12 ss OBA-FINMA.

On peut citer comme exemple les faits du cas traité en 1980 déjà par la CFB³⁷. Il s'agissait alors du versement d'une "commission" dans le cadre d'un contrat international, dont le montant ascendait à 5% du contrat principal. La commission devait rémunérer l'activité déployée pour les négociations et la présentation d'offres. Le contrat principal portait sur d'énormes montants de sorte que la commission atteignait plusieurs dizaines de millions de francs. L'intervention de la banque suisse consistait à émettre une garantie bancaire pour une part de la commission convenue. La banque émit la garantie sans beaucoup de questions, se rassurant en arguant du caractère abstrait de la garantie. L'on retiendra ici trois éléments douteux ou amenant à douter : les montants en jeu, le recours à une construction³⁸ (la garantie) et enfin l'absence de liens des transactions et des parties avec la Suisse.

L'OBA-FINMA sur le blanchiment fournit encore d'autres critères qui peuvent trouver application en matière de corruption. Sont ainsi pertinents, la nature et le lieu de l'activité commerciale, les prestations et produits sollicités, les montants et transferts en jeu, le lieu d'origine ou de destination des paiements³⁹; enfin, l'existence de divergences/variations insolites par rapport aux transactions habituelles du client⁴⁰.

Appliqués à la corruption, ces "lignes directrices", ces divers indices imposent au minimum : la consultation régulière du classement des pays corrompus effectué par certaines organisations⁴¹, la compréhension de l'activité du client, notamment s'il est actif dans ces pays, la définition d'activités plus risquées⁴² (par exemple, le commerce des armes, les activités soumises à embargo, les ventes d'avions, la construction) pour lesquelles les risques de corruption sont notoires/plausibles, une pratique claire en

37 *Bulletin CFB* n° 7/1980, p. 35.

38 Qui devait probablement assurer le paiement complet du montant de la commission, puisque celle-ci était versée en deux acomptes. On pensait éviter l'application de règles analogues à l'article 66 CO qui peuvent exclure la récupération du solde.

39 Article 12 OBA-FINMA.

40 Article 13 OBA-FINMA.

41 Notamment les classements de Transparency International (note 1); voir aussi les principes et les bonnes pratiques, avec quelques exemples concrets, développés par le Groupe de Wolfsberg, *The Wolfsberg Statement against Corruption*, disponibles sur le site www.wolfsberg-principles.com.

42 Voir la contribution de DEMBINSKI P., "Corruption : vers un diagnostic systémique", dans le présent ouvrage.

cas de recours à des véhicules offshore ou d'utilisation d'un compte comme compte de passage (pour distribuer des montants douteux).

Ces mesures ne sont pas fondamentalement différentes de celles du blanchiment et de la vigilance "usuels". Elles se rattachent plus à la compréhension du sens économique réel d'une opération dans un contexte délicat, délicat en raison surtout des pays et activités impliqués⁴³.

En sus des transactions, les participants constituent un second point crucial qui doit attirer l'attention de la banque.

C. Les participants aux transactions

1. Les personnes politiquement exposées (PEP)

Les personnes classées sous ce vocable maintenant consacré⁴⁴ se retrouvent très souvent impliquées dans la corruption, en tant que bénéficiaires des paiements dans le cadre du versement de pots-de-vin et surtout comme clients de la banque lorsqu'elles lui confient la gestion ou la conservation d'actifs issus en tout ou partie de la corruption.

L'OBA-FINMA définit largement les PEP et leurs proches⁴⁵. Elle vise uniquement les PEP étrangers. Il semble toutefois que la pratique en Suisse y inclut souvent des personnes nationales de rang équivalent⁴⁶; cette non-discrimination est à juste titre conseillée par la Banque mondiale dans son récent rapport sur le sujet⁴⁷.

La question des PEP a occupé la CFB dès les années 80 avec les affaires Marcos et Duvalier puis les enquêtes Abacha⁴⁸. Son rapport de gestion

⁴³ Articles 12 et 15 OBA-FINMA.

⁴⁴ Les premières affaires mettant en scène en Suisse des chefs d'Etat indéliques sont apparues dans les années 80, avec en particulier l'affaire Marcos en 1986. Cf. *Rapport de gestion CFB* 1986, p. 127.

⁴⁵ Article 2 alinéa 1 lettre a OBA-FINMA; voir aussi LEE, P. L. (note 5), p. 839.

⁴⁶ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal pénal fédéral, SK 2007.28/SK 2008.16, p. 8. Voir aussi l'ATF 6B-900/2009 (fonctionnaire italien corrompu).

⁴⁷ Rapport cité en note 5, p. 27.

⁴⁸ Voir le rapport de la CFB du 30 août 2000, disponible sur le site internet de la FINMA dans la rubrique "archives CFB". Pour des exemples américains, voir le récent rapport du UNITED STATES SENATE PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS, *Keeping Foreign Corruption out of the United States: Four Case Histories*, Washington, février 2010.

1987⁴⁹ mentionne déjà la nécessité pour les banques de régler clairement ces relations d'affaires, qualifiées alors pudiquement de "délicates".

La jurisprudence récente (et très détaillée) du Tribunal pénal fédéral fournit l'occasion de préciser ou de rappeler quelques règles en la matière⁵⁰. Les deux complexes de fait concernent le Brésil : d'une part des comptes du fils d'un juge fédéral brésilien et d'autre part ceux de (hauts) fonctionnaires de l'administration fiscale.

Le premier cas est plus "simple", s'agissant d'un compte dont le titulaire était la maîtresse et l'ayant droit économique le fils d'un juge corrompu⁵¹. La titulaire du compte avait indiqué au gestionnaire que les fonds avaient été donnés à son fils par son père le juge fédéral. Le gestionnaire n'avait pas éclairci avec plus de soin la provenance des fonds, ni surtout mentionné la qualité de PEP du donateur et par conséquent de son fils⁵², l'ayant droit économique. La banque a été avertie des problèmes de corruption⁵³ rencontrés par le juge et n'a pas modifié sa pratique. Le Tribunal pénal fédéral a considéré que la non-requalification comme PEP de l'ayant droit économique violait l'article 305^{er} CP. Le banquier a été en outre condamné pour blanchiment au sens de 305^{bis} CP (l'argent provenait d'une organisation criminelle dont le juge était partie avec sa maîtresse et d'autres personnes).

Dans le second cas relatif à des hauts fonctionnaires agents du fisc, la banque disposait de directives et de procédures internes relativement adéquates en matière de blanchiment, mais leur application a été défailante. La banque gérait les comptes de huit personnes exerçant des activités de surveillance pour le fisc brésilien ; dans ce cadre, ces personnes consentaient des rabais substantiels aux contribuables, moyennant des "dédommagements". Ces huit titulaires de comptes ont été correctement identifiés comme personnes à risques en raison de leurs fonctions publiques. Les différents intervenants au sein de la banque ont cependant accepté des explications peu plausibles sur la source de la fortune et des fonds des clients⁵⁴. Les banquiers ont en outre tardé à réagir lorsqu'en 2000 le service juridique de l'établissement leur a annoncé l'existence de nouvelles règles en matière de corruption. Ils n'ont pas non plus documenté toutes les différentes ex-

49 *Rapport de gestion CFB* 1987, p. 156.

50 SK 2007.28/SK 2008.16 et SK 2010.10.

51 Un enfant de 12 ans qui portait les noms et prénoms de son père.

52 "Proche" au sens de la définition de l'OBA-FINMA.

53 Et de la commission d'autres délits graves par le juge et la titulaire du compte.

54 Revenus de prétendues activités accessoires, réception de paiements de commissions.

plications fournies. Toutes ces obligations de clarification prenaient en l'espèce une importance particulière au vu de la position de PEP des clients.

Dans ce contexte, le Tribunal pénal fédéral remarque avec pertinence, insistant ainsi sur l'importance du suivi des relations, que plus le patrimoine des clients augmentait, moins leurs explications étaient crédibles⁵⁵. Il estime aussi que le gestionnaire devait faire signer au client une déclaration sur la source des fonds. Il exige (paraphrasant l'OBA-FINMA⁵⁶) que l'intermédiaire financier obtienne "les informations nécessaires auprès du client et/ou de l'ayant droit économique, le rencontre, consulte toute source de données publiquement accessibles, requière des renseignements auprès de personnes dignes de confiance"⁵⁷.

Dans la même veine, le récent rapport de la Banque mondiale fournit des pistes intéressantes, relativement concrètes. Il promeut ainsi le recours aux déclarations (officielles) de fortune et de revenus que doivent remplir dans de nombreux pays les diverses PEP et leurs proches. Ces déclarations prennent soit la forme de traditionnels formulaires fiscaux, mais surtout celle de divulgation ad hoc dans le cadre de règles éthiques, anticorruption ou régissant certaines activités (parlementaires, par exemple); selon les études citées dans le rapport, plus de 100 pays connaissent ce type de déclarations⁵⁸. Même si le caractère complet et véridique de tels documents peut être longuement discuté, ils fournissent des indications utiles dans le cadre du profil du client. Le refus de les fournir par une PEP constitue aussi un motif de réflexion ou de préoccupation pour la banque.

Dans ce même rapport, les auteurs suggèrent encore d'examiner le statut des PEP aussi après la fin de leur activité publique⁵⁹. Cette recommandation a été reprise de manière implicite par le projet d'OBA-FINMA qui précise dans son rapport explicatif: "Il n'est pas judicieux de fixer une limite temporelle à l'issue de laquelle une PEP qui n'exerce plus le mandat justifiant son statut de PEP cesse automatiquement d'être considérée comme telle. Il conviendrait plutôt d'évaluer au cas par cas, selon une approche fondée sur les risques, si la qualification de PEP se justifie ou non."⁶⁰

55 SK 2007.28/SK 2008.16, p. 91.

56 Article 15 OBA-FINMA.

57 Arrêt cité en note 55, p. 86.

58 Rapport cité en note 5, p. 48 pour les références sur les sources internet et p. 42 ss.

59 "Once a PEP, always a PEP", rapport cité en note 5, p. 31.

60 Rapport explicatif du 8 juin 2010, p. 25, disponible sur le site de la FINMA.

La directive européenne pertinente, citée dans le rapport, fixe un délai d'un an en principe⁶¹.

2. Les autres participants aux transactions

Les PEP ne sont pas les seules personnes impliquées dans la corruption.

Celle-ci concerne aussi des agents publics et privés ; le statut de ces personnes a des effets importants en droit pénal⁶². En matière d'obligations des intermédiaires financiers, la distinction n'a toutefois en principe pas de portée. L'on rappellera en effet à cet égard que la pratique de la CFB⁶³ a dès l'origine concerné des transactions illicites (cas des fonctionnaires corrompus), mais aussi immorales (corruption privée)⁶⁴. De plus, la qualité de fonctionnaire d'un destinataire de paiement est parfois difficile à déterminer.

Face à des participants non PEP, ce sont les mesures usuelles qui doivent être appliquées.

Ainsi, le banquier se penchera sur le domicile et la nationalité, sur les activités connues de ces personnes que l'on mettra en rapport avec la transaction elle-même. Le recours à des constructions juridiques étranges, insolites peut aussi constituer un indice incitant à une vigilance accrue. Rappelons aussi que l'intervention d'une autre banque, notamment pour l'apport des fonds sur un compte, ne saurait dispenser un établissement d'exercer ses propres contrôles⁶⁵.

La tâche est délicate, difficile, mais comme l'a rappelé le Tribunal pénal fédéral : "Le travail du gestionnaire de compte bancaire est en effet, à certains égards, un travail d'enquêteur."⁶⁶

Dans cette activité, le banquier recueille finalement un certain nombre d'informations ou se voit refuser d'autres informations (ce qui peut être

⁶¹ Rapport cité en note 5, p. 79, avec une comparaison des divers textes applicables.

⁶² Voir la contribution de CASSANI U., "La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir?", dans le présent ouvrage.

⁶³ Cf. note 37.

⁶⁴ Le contrat de pot-de-vin est immoral au sens de l'article 41 CO. Cf. ATF 119 III 380, cons. 4b ; ATF 95 II 37.

⁶⁵ Récemment encore : SK 2010.10, cons. 2.6.4, p. 30.

⁶⁶ *Idem*, p. 29. Le *consultation paper* du Ministry of Justice (UK) cité en note 1 résume cette philosophie en six principes élégants.

tout aussi significatif) et doit sur la base de tels indices être en mesure de comprendre la situation et de décider de son attitude.

Dans ce contexte, un certain nombre de mesures d'organisation peuvent contribuer à prévenir l'utilisation illicite ou immorale de la banque.

D. Les mesures d'organisation

La LBA (article 8) et l'OBA-FINMA (articles 21 à 25) imposent la mise en place d'une organisation adéquate pour contrôler (y compris prévenir) les risques juridiques et de réputation liés au blanchiment et au manque de vigilance. Au-delà, la LB en particulier, mais aussi la LBVM et la LPCC, imposent aux intermédiaires financiers une organisation pour garantir une surveillance appropriée de la gestion. La circulaire FINMA 2008/24 précise en particulier le rôle de la fonction compliance dans ce contexte⁶⁷.

1. Mesures préventives

Les mesures préventives concernent à la fois la mise en place de structures et de directives, ainsi que la formation du personnel; elles visent ainsi la promotion d'une culture d'entreprise correcte.

L'OBA-FINMA, comme les règles précédentes de la CFB, prévoit tant la surveillance des transactions (pour détecter les risques accrus⁶⁸) que l'organisation d'un service interne de lutte contre le blanchiment⁶⁹.

Ce même texte donne quelques indications supplémentaires puisqu'il exige une hiérarchisation des décisions et des contrôles: l'admission de relations d'affaires à risques accrus⁷⁰ doit être approuvée par une personne ou un organe supérieur (à celui autorisé par le système) alors que l'admission des PEP, la poursuite de relations avec elles⁷¹ et l'évaluation et la mise en œuvre des contrôles pour risques accrus doivent être confiées au plus haut niveau de la direction ou à un de ses membres⁷².

⁶⁷ Circulaire FINMA 2008/24: Surveillance et contrôle interne dans le secteur bancaire, cm 100 à 112.

⁶⁸ Article 12 OBA-FINMA.

⁶⁹ Article 22 OBA-FINMA.

⁷⁰ Au sens de l'article 7 OBA-FINMA.

⁷¹ Qui doit faire l'objet d'une réévaluation annuelle.

⁷² Article 17 OBA-FINMA.

Ces exigences ont incité de nombreux établissements à adopter des structures avec des systèmes de comités ad hoc⁷³; la règle d'or demeure d'adapter ces structures à la taille et aux affaires de l'institut et d'en évaluer régulièrement l'effectivité.

Rappelons enfin que si l'OBA-FINMA vise uniquement les risques accrus avec ces mesures, la LBA⁷⁴ et la LB⁷⁵ imposent ces dernières de manière générale. Ainsi en matière de corruption, où l'intervention est délicate, on ne peut se contenter de viser uniquement les actes préalables au blanchiment et ignorer la corruption privée qui, selon les hypothèses, ne constitue pas un crime. Le droit pénal n'est et ne doit pas être la seule limite en la matière.

C'est en conséquence aussi un domaine où les formations de base et permanente restent indispensables pour que les structures et les directives aient un impact réel.

L'article 10 OBA-FINMA fournit un cadre général pour ces directives. Sa lecture met en lumière la nécessité de procéder pour ainsi dire sur mesure et non en "copiant/collant" des textes fournis par un réviseur ou un autre consultant. La fixation de la politique de l'entreprise en la matière reste du ressort du conseil d'administration, voire de la direction (à son plus haut niveau).

2. En présence de paiements ou d'actifs douteux

Lorsque les diverses clarifications et mesures permettent de soupçonner de manière fondée soit le versement d'un pot-de-vin, soit la présence d'actifs issus de la corruption, l'article 9 LBA impose à la banque d'informer sans délai le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent. Des soupçons sont pertinents lorsqu'"un signe concret ou plusieurs indices font craindre une origine criminelle des valeurs"⁷⁶. Cette obligation, sanctionnée par une amende⁷⁷, n'est toutefois applicable que dans le cadre du blanchiment, soit en cas de "crime" au sens de l'article 10 alinéa 2 CP.

73 Pour un exemple, voir le premier arrêt du Tribunal pénal fédéral cité en note 50.

74 Article 8 LBA.

75 Conditions de l'autorisation : article 3 alinéa 2 lettre a LB et articles 7 ss OB.

76 Message LBA, FF 1996 III 1086.

77 Article 37 LBA.

Elle englobe la corruption publique, mais non la corruption privée, sauf si celle-ci relève des règles sur la gestion déloyale aggravée⁷⁸.

L'article 10 LBA prévoit dans l'hypothèse de la communication le blocage des avoirs en cause. La banque est de plus soumise à une interdiction d'informer de la communication et du blocage (sauf dans ses rapports avec d'autres intermédiaires financiers, dans le cadre d'un groupe en particulier).

L'intermédiaire qui agit de bonne foi en communiquant ses soupçons est libéré de toute responsabilité civile ou pénale; il ne viole pas l'article 47 LB.

Si les avoirs en cause ne sont pas d'origine criminelle, ni la LBA, ni l'article 305^{ter} alinéa 2 CP ne lèvent le secret bancaire. L'intermédiaire ne doit, ni ne peut dénoncer les transactions au Bureau de communication. Il ne doit cependant pas ignorer ces faits. Prêter la main à des transactions illicites, mais aussi immorales⁷⁹, contrevient aux règles sur la garantie d'une activité irréprochable⁸⁰. Le banquier doit en conséquence refuser la transaction, respectivement la relation bancaire, lorsque la corruption privée est à la base d'avoirs ou de transactions. Le risque de réputation ainsi que les éventuelles conséquences civiles attachées à la corruption privée l'imposent.

3. Découverte/soupçons postérieurs

Lorsque la banque découvre qu'une transaction est douteuse après l'avoir exécutée ou après avoir reçu et géré des avoirs, ses obligations restent identiques; en conséquence, l'analyse du chiffre 2 ci-dessus s'applique.

La FINMA est soumise aux mêmes obligations en vertu de l'article 16 LBA; cette obligation est toutefois subsidiaire à celle de l'intermédiaire financier⁸¹.

⁷⁸ Article 158 CP.

⁷⁹ Cf. la CFB en 1980, décision citée en note 33.

⁸⁰ *Infra* E1.

⁸¹ Article 16 alinéa 2 LBA.

E. Sanctions, mesures et responsabilité

1. L'exigence de la garantie de l'activité irréprochable

Cette exigence fondamentale de la LB, qui vise “à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière”⁸², doit être maintenue durant toute l'activité et vise aussi d'autres intermédiaires surveillés⁸³. Quoique l'article 7 alinéa 2 OBA-FINMA précise que “l'acceptation par négligence de valeurs patrimoniales provenant d'un crime peut remettre en question la garantie d'une activité irréprochable exigée de l'intermédiaire financier”, le champ d'application de la notion est en réalité plus large. Un manque de vigilance, général ou particulier, en matière de corruption et de transactions douteuses est difficilement conciliable avec de telles exigences⁸⁴. Une organisation inadéquate est aussi incompatible avec cette garantie, qui concerne tant les personnes dirigeantes que la banque elle-même⁸⁵.

2. Sanctions et mesures

En présence d'une violation des obligations liées à la garantie d'une activité irréprochable, la FINMA dispose de toute une série de moyens.

En tout état, elle peut recourir à la mesure de base prévue par l'article 31 LFINMA qui prévoit le rétablissement de l'ordre légal. Dans ce cadre, la ou les personnes concernées peuvent être écartées (avec ou sans *Gewährsbrief*)⁸⁶ et une nouvelle organisation imposée. L'autorité peut aussi confier une mission de surveillance ou d'enquête à un chargé d'enquêtes au sens de l'article 36 LFINMA pour établir les faits ou vérifier la mise en œuvre de mesures. Les auditeurs peuvent être mis à contribution, notamment pour contrôler le suivi.

Si la violation constatée est grave, l'article 33 LFINMA permet le prononcé d'une interdiction d'exercer pour 5 ans au plus; l'article 35a LBVM

⁸² Tribunal administratif fédéral, arrêt B-1360/2009, p. 10.

⁸³ Article 3 alinéa 2 lettre b LBVM, article 14 LSA, et article 14 alinéa 1 lettre a LPCC.

⁸⁴ L'article 9 OBA-FINMA prévoit expressément les effets de la violation de ces règles.

⁸⁵ Sur cette application à l'entité financière : *Bulletin CFB* n° 15/1985, p. 5; ATF 111 Ib 126; *Rapport de gestion CFB* 2000, p. 185.

⁸⁶ Sur la pratique en la matière, voir l'arrêt récent du Tribunal administratif fédéral B-1360/2009 du 11 mai 2010, cons. 3.2.2.

prévoit une sanction analogue⁸⁷. Enfin, la publication d'éventuelles décisions est envisageable⁸⁸.

En matière de corruption, la confiscation de l'article 35 LFINMA, mesure (très) subsidiaire, devrait a priori ne pas avoir de grande portée dans un domaine où les mesures civiles et pénales permettent en principe de retirer les profits et de saisir les pots-de-vin⁸⁹.

3. Responsabilité civile?

Dans l'hypothèse où la banque manque de diligence, viole la LBA et accepte des valeurs patrimoniales, respectivement l'exécution de transactions liées à la corruption, le dommage causé à la victime de la corruption doit-il être réparé par la banque?

Dans un arrêt du 13 juin 2008, le Tribunal fédéral a répondu par la négative en se fondant sur le bien protégé par la LBA : celle-ci n'a pas pour but de protéger les intérêts patrimoniaux individuels, mais de sauvegarder l'intégrité de la place financière suisse⁹⁰. Il en conclut qu'en conséquence la banque ne peut alors commettre d'acte illicite au sens de l'article 41 alinéa 1 CO.

Seule une violation, y compris par dol éventuel de l'article 305^{bis} CP par la banque fonde une responsabilité civile envers les victimes du crime préalable⁹¹. Cette interprétation, à mon avis convaincante, tant de la notion d'illicéité de l'article 41 CO que du bien protégé par la LBA et le CP, limite ainsi les risques civils pour la banque. En matière de corruption, seule la corruption publique remplit en principe la condition de "crime" qui permet l'application de l'article 305^{bis} CP.

87 Les deux sanctions diffèrent cependant dans leurs conditions d'application. Leurs effets sont comparables.

88 "Name and shame", cf. article 34 LFINMA.

89 Voir les contributions de CHAPPUIS C. "La restitution des profits issus de la corruption : quels moyens en droit privé?" et de BERTOSSA B., "La restitution des valeurs issues de la corruption" dans le présent ouvrage. Sur le recours à l'arbitrage et ses limites en matière de corruption, cf. HAHN A. C., "Schweizer Schiedsgerichte und der internationale Kampf gegen Korruption", RSDA 2010, p. 382 ss.

90 ATF 134 III 520, cons. 4.3 et 4.4.

91 ATF 134 III 529 et ATF 133 III 323, et récemment encore ATF 4A_594/2009, cons. 3.2 ss.

IV. Que conclure ?

Ce bref tour d'horizon montre clairement que les intermédiaires financiers, acteurs importants voire indispensables dans le processus, sont soumis à une série d'obligations légales en matière de corruption, dont l'application devrait contribuer à lutter contre ce phénomène.

Or, les experts s'accordent sur le fait que la corruption continue à prospérer et que des montants faramineux restent en jeu. Faut-il en conclure que le système légal suisse devrait être modifié, les intermédiaires financiers punis, soumis à d'autres obligations ?

A priori, sous réserve d'une éventuelle criminalisation de la corruption privée, l'arsenal législatif est suffisant.

La difficulté d'appréhender la corruption, tant internationale que nationale, tant publique que privée, tient en pratique essentiellement au caractère lucratif de cette activité... et à la conscience relativement faible de ses effets inacceptables, macro- et microéconomiques. Cette constatation n'est hélas ni nouvelle, ni originale. La corruption gangrène l'économie et la vie publique depuis longtemps. Un seul exemple le démontrerait si nécessaire : un papyrus daté de 1200 avant notre ère et conservé au British Museum⁹² relate ce qui suit : "Paneb donna cinq serviteurs à Parêembeb qui était vizir et il reçut la charge de mon père alors que ce n'était pas un poste qui lui revenait"... Les mœurs changent peu et l'espoir est faible.

Toutefois, un certain nombre d'études économiques récentes⁹³ indiquent que le risque pour les entreprises corruptrices d'être poursuivies devient plus important, ce qui augmente d'autant les coûts de la corruption. A cet égard, un certain nombre d'interventions multilatérales ont eu des effets : ainsi l'affaire BAE Systems⁹⁴ où un marchand d'armes britannique a dû payer une amende de 400 millions de dollars suite à une enquête britannique et américaine ; une enquête américaine et allemande a conduit à une condamnation de Daimler à 185 millions de dollars d'amende. Ces montants sont probablement sans commune mesure avec d'autres profits

⁹² Papyrus Salt 124, règne de Sethi II et Siptah ; voir VERNUS P., *Affaires et scandales sous les Ramsès*, Paris, 1993.

⁹³ Relayées notamment par *The Economist* le 29 avril 2010 : "The Corruption eruption", et le 28 octobre 2010 : "Naming and shaming".

⁹⁴ Voir la contribution de CASSANI U., "La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir?", dans le présent ouvrage.

directs ou indirects issus de la corruption ; ils restent cependant importants et la publicité attachée à de telles affaires peut restreindre quelques appétits. La sensibilisation en matière de corruption doit ainsi viser les entreprises participant au processus dont les intérêts financiers sont en jeu. En période de situation économique difficile, le report du coût des sanctions sur les consommateurs devient plus difficile. Il y a là peut-être un certain espoir qui se rattache à un autre trait humain fondamental : la cupidité.

CORRUPTION AND THE EUROPEAN UNION

Valsamis Mitsilegas*

I. Introduction

The past fifteen years have witnessed a number of legislative initiatives aiming to fight corruption in the European Union. Rather than forming a general anti-corruption legal framework, these initiatives have addressed various specific aspects of anti-corruption law, and have been justified as being conducive to a range of objectives under EU law. The adoption of specific anti-corruption legislation internally has been accompanied by the emergence of the Union as a prominent global actor in the fight against corruption. By focusing on the development of the EU criminal law on corruption, this chapter will provide a critical overview of both the internal and the external aspects of EU anti-corruption law in order to assess whether the European Union has developed a comprehensive and coherent legal framework for combating corruption. The analysis aims to be forward-looking, evaluating the current legal framework in the light of the entry into force of the Lisbon Treaty.

II. Corruption and internal Union law

A. Criminalising corruption in the public sector

The first major step towards the criminalisation of corruption at EU level was the adoption of legislation criminalising it in the public sector. This was achieved after the entry into force of the Maastricht Treaty, which for the first time gave the Union express powers to legislate in criminal matters under the third pillar. The legal instruments used to criminalise corruption in the public sector were Conventions, the third-pillar instrument with the clearest legally binding effect in the Maastricht Treaty. The

* Professor, School of Law, Queen Mary, University of London.

context in which these instruments were adopted was the need to fight fraud affecting the financial interests of the European Union. Fighting fraud was high on the EU political agenda in the 1990s, as exemplified by legislative action at EU level and the European Commission's promotion of uniform EU criminal law via the *Corpus Juris*; it was also demonstrated dramatically by the fall of the Santer Commission in the late '90s and the establishment of a re-vamped EU anti-fraud office, OLAF.¹

The first instance of the criminalisation of corruption in the public sector at EU level was the adoption of two protocols to the 1996 EU Fraud Convention.² The First Protocol to the Convention³ recognised from the outset that “the financial interests of the European Communities may be damaged or threatened by other criminal offences, particularly acts of corruption by or against national and Community officials, responsible for the collection, management or disbursement of Community funds under their control”.⁴ The Protocol criminalised passive corruption in the public sector, defined as “the deliberate action of an official, who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind whatsoever, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties in a way which damages or is likely to damage EC financial interests”.⁵ It also criminalised active corruption in the public sector, defined as “the deliberate action of whosoever promises or gives, directly or through an intermediary, an advantage of any kind whatsoever to an official for himself or for a third party for him to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties in a way which damages or is likely to damage EC financial interests”.⁶ In addition to criminalising

1 For details, see V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009.

2 Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on the European Union, on the Protection of the European Communities' Financial Interests, OJ C 316, 27 November 1995, p. 49.

3 Protocol drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests, OJ C 313, 23 October 1996, p. 2.

4 Preamble, recital 4.

5 Article 2(1).

6 Article 3(1).

corruption, the Second Protocol to the Fraud Convention⁷ criminalised the laundering of proceeds of corruption⁸ and made legal persons potentially liable for fraud, active corruption and money laundering.⁹ Legal persons do not necessarily incur criminal liability under the Protocol, but they must be punished by “effective, dissuasive and proportionate sanctions”.¹⁰

The adoption of the EU Fraud Convention and its Protocols was followed by the adoption of EU legislation devoted specifically to establishing a criminal law framework against corruption in the public sector. Another Maastricht third-pillar Convention, the 1997 EU Convention on Corruption,¹¹ was justified on the grounds that it was necessary to go further than the Fraud Convention in order to improve judicial cooperation in criminal matters of this nature.¹² While keeping the emphasis on the fact that acts of corruption involving national or Community officials are likely to damage EC financial interests,¹³ the Convention went a step further than the Protocol to the Fraud Convention as regards the criminalisation of corruption in the public sector: while the main elements of the offences of passive and active corruption remained the same as in the Protocol, criminalisation of public sector corruption in the Corruption Convention was no longer conditional upon the acts in question being such as to “damage or be likely to damage EC financial interests”.¹⁴ Thus the Convention broadens the criminalisation of corruption in the public sector by disassociating it from fraud against EU financial interests and thus arguably creating free-standing corruption offences.¹⁵

Thus the 1997 EU Convention on Corruption introduced a broad criminalisation of public sector corruption. Not only does it (as aforesaid) remove the need for corruption to be linked expressly to fraud against the

7 Second Protocol, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on the European Union, to the Convention on the Protection of the European Communities’ financial interest, OJ C 221, 19 July 1997, p. 12.

8 See part C below.

9 Article 3.

10 Article 4.

11 Convention, drawn up on the basis of Article K.3(2)(c) of the Treaty on the European Union, on the Fight against Corruption Involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, OJ C 195, 25 June 1997, p. 2.

12 Preamble, recitals 2 and 4.

13 Preamble, recital 3.

14 Article 2 on passive corruption and 3 on active corruption.

15 The Convention also includes a provision on the criminal liability of company directors.

Union budget, but, moreover, criminalisation (as with the Protocol to the Fraud Convention) is not conditional upon obtaining a specifically business advantage; the focus is on “advantages of any kind whatsoever” and on the breach of official duty itself. This is a departure from the criminalisation of corruption in the OECD Convention on the Bribery of Foreign Public Officials, of which Article 1 criminalises such bribery “in order to retain business or other improper advantage *in the conduct of international business*”.¹⁶ For passive corruption to be criminal, a *request* for an advantage is enough; for active corruption to be criminal, the *promise* of an advantage is enough. No further action is required. The Explanatory Report on the Convention¹⁷ also adopts a broad interpretation of the criteria for criminal liability, pointing out that the Convention makes no distinction between direct and indirect means of corruption, or between passive and active corruption.¹⁸ It adopts a similarly broad interpretation of the concept of “advantages of any kind whatsoever”, the offer or acceptance of which is a key element in criminal corruption. According to the Explanatory Report, this “is a deliberately broad concept, embracing not only material objects...but also anything that might represent an indirect interest, such as settlement of the corrupted person’s debts, work on property belonging to him, etc. This list is not exhaustive. The concept of advantage, requested, received or promised, covers all kinds of material or intangible advantages.”¹⁹

The 1997 EU Convention on Corruption confirmed the broad criminalisation of corruption in the public sector at EU level and provided the basis for the harmonisation of Member States’ criminal law in this field. However, two major obstacles to the achievement of meaningful harmonisation can be discerned, one involving the substance of the Convention and one involving its form. With respect to the substance, considerable leeway is left to Member States to define the *ratione personae* scope of the Convention. According to Article 1(c) of the Convention, “national official” means an “official” or “public officer” as defined in the *national law*

16 Article 1(1) *in fine*, emphasis added. For a commentary see I. ZERBES, “The Offence of Bribery of Foreign Public Officials”, in M. PIETH/L. A. LOW/P. CULLEN (eds), *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*, Cambridge University Press, 2007, pp. 45-172 at pp. 150 et seq.

17 OJ C 991, 15 December 1998, p. 1.

18 Points 2.2 and 3.2 respectively.

19 Point 2.4.

of the Member State in which the person in question performs that function for the purposes of application of the criminal law of that Member State. The provision adds that in the case of proceedings initiated by one Member State against an official of another Member State, the former shall not be bound to apply the definition of “national official” except insofar as that definition is compatible with its own national law. This leaves plenty of room for divergent definitions of who, in each Member State applying the Convention, is or is not a national official. The right of each Member State to define the term is confirmed by the Explanatory Memorandum to the Convention.²⁰ Moreover, the *ratione personae* scope of the Convention is substantially curtailed by the fact that, as noted in the Explanatory Report to the Convention, members of Community institutions are not covered by the definition of Community officials, but rather come under article 4 of the Convention.²¹ The latter introduces the principle of assimilation as regards acts of government ministers, elected members of parliament, the members of the highest courts of Member States, and the members of their Courts of Auditors in the exercise of their functions.

The formal obstacle to achieving harmonisation in this field is linked with the fact that the legal framework for the criminalisation of corruption in the public sector at EU level brings together a Convention and two Protocols to another Convention, all instruments adopted after the entry into force of the Maastricht Treaty. Hence the framework is complex and fragmented. Moreover, the form of legislative intervention, via the quintessentially intergovernmental legal instrument of a Convention (which, unlike first-pillar instruments and post-Amsterdam third-pillar Framework Decisions, requires subsequent ratification by Member States before it can enter into force) further complicates the required harmonisation. In its second report on implementation of the Fraud Convention, the

²⁰ According to the Explanatory Report on the Convention, “Where a national official of the prosecuting Member State is involved, this clearly means that its national definition is applicable. Where, however, an official of another Member State is involved, this means that the definition in the law of that Member State should normally be applied by the prosecuting Member State. If the person concerned would not have had the status of official under the law of that State, that definition may not be decisive [...] It should be noted that in general the reference to the law of the official’s Member State means that due account can be taken of specific national situations regarding the status of persons exercising public functions” (point 1.4).

²¹ Point 1.2.

Commission²² noted in this context that “*De facto* the current system of protection, based on conventions, creates a multi-speed situation. It results in a mixture of different legal situations in terms of the binding effect of the PFI instruments in the individual Member States’ internal legal order.”²³ This assessment would apply equally to the relevant corruption instruments (two of which are in fact covered by the Commission’s report). It is striking that no legislative action was undertaken by EU institutions after the entry into force of the Amsterdam Treaty to replace or consolidate the existing anti-corruption legal framework with a stronger and more coherent legal instrument under the third pillar. This contrasts starkly with the practice of replacing a number of weak Maastricht third-pillar instruments (Joint Actions or Conventions) with stronger, binding legal instruments such as Framework Decisions and Decisions after Amsterdam.²⁴ What is even more striking, and perhaps reflects the importance which Member States attach to legislation against the corruption of public officials, is that reform of this aspect of the criminal law on corruption did not become a priority even after the abolition of the third pillar and the entry into force of the Lisbon Treaty. Thus we find the post-Lisbon EU entering the second decade of the twenty-first century with a weak criminal law against public sector corruption that dates back to the mid-1990s.

B. Criminalising corruption in the private sector

The second string in the EU’s criminal law strategy against corruption has been to criminalise corruption in the private sector. In this context, a post-Maastricht Joint Action adopted in 1998²⁵ was replaced in 2003 by a more clearly legally binding Framework Decision.²⁶ While the Framework Decision is still a third-pillar instrument,²⁷ its adoption was justified for a number of reasons: the need to improve judicial cooperation after abolition of

²² COM (2008) 77 final, 14 February 2008.

²³ *Ibid.*, p. 4.

²⁴ See part 2.B below on corruption in the private sector.

²⁵ Joint Action 98/742/JHA on corruption in the private sector, OJ L 358, 31 December 1998, p. 2.

²⁶ Council Framework Decision 2003/568/JHA on combating corruption in the private sector, OJ L 192, 31 July 2003, p. 54.

²⁷ Adopted under Articles 29, 31(1)(e) and 34(2)(b) TEU.

dual jeopardy for corruption in the European Arrest Warrant Framework Decision²⁸ was coupled with the acknowledgement that “along with globalisation, recent years have brought an increase in cross-border trade in goods and services. Any corruption in the private sector within a Member State is thus not just a domestic problem but also a transnational problem, most effectively tackled by means of a European Union joint action”.²⁹ In this light, criminalising corruption (in both the public and private sectors) is considered necessary in order to protect a variety of interests ranging from the market to economic development and the rule of law: according to the Preamble to the Framework Decision, “Member States attach particular importance to combating corruption in both the public and the private sector, in the belief that in both those sectors it poses a threat to a law-abiding society as well as distorting competition in relation to the purchase of goods or commercial services and impeding sound economic development.”³⁰

The Framework Decision criminalises both active and passive corruption in the private sector. Article 2 calls upon Member States to criminalise the following intentional acts, if committed *in the course of business activities*: “promising, offering or giving, directly or through an intermediary, to a person who in any capacity directs or works for a private sector entity, an *undue advantage* of any kind, for that person or for a third party, in order that that person should perform or refrain from performing any act, *in breach of that person’s duties*; and directly or through an intermediary, requesting or receiving an *undue advantage* of any kind, or *accepting the promise* of such an advantage, for oneself or for a third party, while in any capacity directing or working for a private sector entity, in order to perform or refrain from performing any act, *in breach of one’s duties*”.³¹ “Breach of duty” is to be construed in accordance with national law, but should cover as a minimum “any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person who in any capacity directs or works for a private sector entity”.³² Criminalisation

28 Preamble, recital 5, see below.

29 Preamble, recital 1.

30 Recital 9.

31 Emphasis added.

32 Article 1.

applies to business activities in both profit and non-profit entities³³ and also extends to instigating, aiding and abetting.³⁴ The Framework Decision also includes standard provisions on the liability of legal persons³⁵ and on jurisdiction.³⁶

The Framework Decision has introduced a broad criminalisation of corruption in the private sector.³⁷ As in the public sector, promising or requesting (or accepting the promise of) an undue advantage is enough to constitute criminal liability: no further action is required. The only limitation is that the offence must be carried out in the course of business activities. Further limitations on the harmonisation of criminal liability (and harmonisation in this field) may stem from the fact that owing to the broad criminalisation adopted by the Framework Decision (which as a third-pillar measure was adopted unanimously), the latter allows Member States to declare that they will limit its scope to conduct which involves, or could involve, a distortion of competition in relation to the purchase of goods or commercial services.³⁸ A further obstacle to harmonisation may be the fact that the definition of the concept of “breach of duty” is left to the national law of Member States. The definition of what constitutes disloyal behaviour will be crucial in this context. However, it is noteworthy that EU legislation itself sets out quite extensive minimum criteria for defining breach of duty and extends it to breach of professional regulations or instructions. This is indeed a very broad definition, since it criminalises the mere breach of professional guidelines.³⁹ The limitations on liability included in the definition of corruption in the private sector may not be adequate to stop the risk of over-criminalisation as a consequence of transplanting the concept of breach of duty to the private sector.

³³ Article 2(2).

³⁴ Article 3.

³⁵ Articles 4 and 5.

³⁶ Article 7.

³⁷ Convictions for corruption may also involve the exclusion of applicants from making tenders under EU public procurement law and exclusion under the Financial Regulation from public contracts involving EU funds. See P. SZAREK-MASON, *The European Union's Fight Against Corruption. The Evolving Policy towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge University Press, 2010, pp. 94-97.

³⁸ Article 2(3). According to the Commission's report on the implementation of the Framework Decision, Germany, Italy, Poland and Austria have lodged declarations under Article 2(3) (COM (2007) 328 final, 18 June 2007, p. 7).

³⁹ On this point, see M. KAIKIFA-GBANDI, “The penal repression of corruption in the public and private sector” (in Greek), in *Poinika Chronika*, 2010, pp. 3 et seq.

However, perhaps the greatest obstacle to the harmonisation of an EU-wide criminal law framework against corruption in the private sector is not solely the complexity and breadth of the legislation, but rather the combination of these factors with the lack of political will in Member States to implement fully the Framework Decision. Because it was adopted under the third pillar, the implementation of the Framework Decision depends primarily on Member States; at the time of writing the Commission still lacked the power to fully monitor the implementation of measures adopted under the old third pillar and to institute infringement proceedings in the Court of Justice. According to the 2007 Commission Implementation Report on the Framework Decision,⁴⁰ Article 2 (on criminalisation) proved highly problematic for most of the 20 Member States which submitted reports to the Commission: the Commission noted only two “full” transpositions of the provision. This demonstrates that translating broad and complex definitions of corruption into the domestic legal systems of Member States has proven far from an easy task. As we shall see, the value of legally binding EU anti-corruption standards in this field thus far resides not so much in their implementation in Member States as in creating an EU benchmark for defining corruption which has been used by the EU in external relations, in particular when negotiating international standards in this field.

C. Corruption as a money laundering predicate offence

A complementary approach to the criminalisation of corruption as such has been its treatment as a predicate offence of money laundering. As far back as 1991, and before the entry into force of the Maastricht Treaty which introduced the third pillar into the Union constitutional framework, Member States, acknowledging the potentially adverse impact of money laundering on the stability of the financial system and internal market, agreed the so-called First Money Laundering Directive.⁴¹ It was underpinned by the law of free movement and the internal market and prohibited the laundering of the proceeds of drug trafficking, while giving

⁴⁰ COM (2007) 328 final, 18 June 2007.

⁴¹ Council Directive of 10 June 1991 on Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering, OJ L 166, 28 June 1991, p. 77.

Member States discretion to add further predicate offences to the list.⁴² The adoption of the Directive was followed by calls to extend the scope of predicate offences. In this light, the Second Protocol to the Fraud Convention extended the predicate offences of money laundering to the proceeds of (serious) fraud and of active and passive corruption.⁴³ Having been adopted under the third pillar, which granted the Union express criminal jurisdiction, the Protocol required Member States to take the necessary measures to establish money laundering as a criminal offence.⁴⁴ The treatment of corruption as a money laundering predicate was further “normalised” by the Second Money Laundering Directive⁴⁵ which amended Article 1(e) of the 1991 Directive to include “corruption” in the list of predicates. This wording was retained in the text of the third money laundering Directive, which repealed the two earlier instruments.⁴⁶

It is noteworthy that the Money Laundering Directives refer to “corruption” in general as a predicate offence for money laundering, without referring to the definition of corruption in specific EU law instruments such as the 1997 Corruption Convention or the 2003 Framework Decision on corruption in the private sector. This indicates a broad approach to corruption, covering both the public and the private sectors. It also indicates a disassociation of corruption from fraud against the Union’s financial interests.⁴⁷ While this approach may reflect the willingness of the legislator to create flexibility in the implementation of the Directives and to adopt a broad approach with respect to the criminalisation of the laundering of

⁴² For an analysis see V. MITSILEGAS, *Money Laundering Counter-Measures in the European Union*, Kluwer Law International, 2003.

⁴³ Article 1(e).

⁴⁴ Article 1(2).

⁴⁵ Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 91/308/EEC on Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering, OJ L 344, 28 December 2001, p. 76.

⁴⁶ Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering and Terrorist Financing, OJ L 309, 25 November 2005, p. 15. Now Article 3(5).

⁴⁷ On the legislative history of this provision, see SZAREK-MASON, *op. cit.*, p. 119. She notes that initially two possibilities were examined in negotiations: to take “corruption” as something damaging to EC financial interests, or to refer to corruption as defined in the EU Anti-Corruption Convention and the OECD Convention. Finally, it was decided to take “corruption” in a broad sense covering all forms of corruption, whether or not they are damaging to the financial interests of the EC, and to stress the seriousness of the offence.

proceeds from corruption, the lack of any further definition of corruption in the Money Laundering Directives may create considerable legal uncertainty and significant divergences in their implementation and interpretation. As we shall see, the impact of such uncertainty on judicial cooperation in criminal matters in the EU may be significant.

The introduction of corruption as a money laundering predicate offence reflects the trend towards the extension of the money laundering predicates to all serious crime. This extension is alleged to be necessary in order to enhance the effectiveness of anti-money laundering law – which, at EU level, has been justified largely on the grounds that it protects free movement and the internal market. However, the insertion of anti-corruption considerations into anti-money-laundering law may also be intended to enhance enforcement and the rule of law. These aims are particularly apparent in the fact that the Third Money Laundering Directive requires private companies and professionals covered by the Directive to exercise enhanced due diligence in respect of transactions or business relationships with “politically exposed persons residing in another Member State or in a third country”. This includes taking “adequate measures to establish the source of wealth and source of funds that are involved in the business relationship or transaction”.⁴⁸ The focus on politically exposed persons signifies a shift of money laundering law towards pursuing rule-of-law anti-corruption objectives. This shift is confirmed by the broad definition of politically exposed persons in the Directive: “natural persons who are or have been entrusted with prominent public functions and immediate family members, or persons known to be close associates, of such persons”.⁴⁹

D. Corruption and judicial cooperation in criminal matters

Not only is corruption criminalised in many sectors at EU level, it is also one of the offences meriting enhanced judicial cooperation via mutual recognition among EU Member States. The key instrument in this context is the European Arrest Warrant Framework Decision,⁵⁰ which simplified

48 Article 13(4).

49 Article 3(8).

50 Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between the Member States, OJ L 190, 18 July 2002, p. 1.

surrender proceedings among Member States and further developed the relevant provisions on extradition in the sectoral anti-corruption instruments analysed above. A key element in the European Arrest Warrant Framework Decision is the abolition of the dual criminality requirement for a list of 32 offences if these are punishable by a custodial sentence for a maximum period of at least three years in the issuing State.⁵¹ Corruption is included in the list of the offences for which dual criminality is abolished. However, as with the Money Laundering Directives, the European Arrest Warrant Framework Decision does not define corruption by reference to existing EU law in the field, but rather contains a general reference to “corruption”. This raises the question whether the Framework Decision on the European Arrest Warrant leaves the definition of “corruption” entirely to the national law of Member States – which may cast serious doubt on the legality of European Arrest Warrant requests for conduct which may not be an offence in the executing State. While the Court of Justice has ruled that the principle of legality is to be defined according to the law of the issuing Member State⁵², European Arrest Warrants for corruption may in practice become highly politicised in view of the potential link between corruption allegations and the political process in Member States. Similar considerations apply with regard to the abolition of dual criminality in the European Arrest Warrant Framework Decision for the offence of money laundering – especially since (as we have seen) corruption is not defined as a predicate offence for money laundering in the Third Money Laundering Directive.

III. The fight against corruption in EU external relations

A. *Corruption and EU enlargement : from candidacy to accession*

A key external aspect of EU anti-corruption strategy is the requirement for countries seeking accession to the European Union to comply with Union *acquis* on corruption.⁵³ Compliance with anti-corruption requirements in this context was deemed necessary not only in order to ensure

⁵¹ Article 2(2).

⁵² Case C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*, ECR [2007] I-3633.

⁵³ For a detailed analysis, see SZAREK-MASON, *op. cit.*

the protection of EU financial interests and the internal market, but also in order to achieve institutional stability and to promote the rule of law in candidate countries. Compliance with anti-corruption standards is thus inextricably linked to fulfilment of the Copenhagen criteria which underlie the very start of accession negotiations, in particular the criteria relating to democracy and the rule of law. Compliance with anti-corruption standards and rules can thus be viewed as a *prerequisite* for the assumption by candidate countries of the obligations of EU membership. This applies in particular to the current candidate countries, in the light of the present quantitative and qualitative development of EU *acquis* in areas of law (such as criminal law) which are highly relevant to the protection of fundamental rights and the rule of law.

In the accession process that led to the EU enlargements of 2004 and 2007, candidate countries were required to comply with a series of specific anti-corruption standards, including both the measures analysed earlier in this section relating to internal EU criminal law on corruption and, as we shall see, measures developed outside the EU, in international *fora*. However, as has been noted, pressure to comply with anti-corruption standards decreased after accession, with the former candidate countries no longer being monitored as rigorously as they were during the accession process, leading to claims that “paradoxically, anti-corruption standards actually diminished once the CEE countries acceded to the EU”.⁵⁴ Concerns of this kind in the general field of EU criminal law prompted the insertion in the Accession Act, following the 2004 enlargement, of a “safeguard clause” to cover potential shortcomings in the implementation by newcomers of EU instruments relating to mutual recognition in criminal matters. In case of serious shortcomings, or an imminent risk of such shortcomings, in these matters, the Commission may, after consulting the Member States, introduce safeguards including temporary suspension of the provisions on judicial co-operation in criminal matters.⁵⁵ The safeguard clause could have been invoked for three years after accession, but this never happened and the period has now expired.

⁵⁴ SZAREK-MASON, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁵ Article 39 of the Accession Act. For an overview, see Ch. HILLION, “The European Union is Dead. Long Live the European Union... A Commentary on the Treaty of Accession 2003”, in *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 583-612 at pp. 605-607.

Concerns about the implementation of the EU criminal law *acquis* by new Member States persisted in the context of the sixth EU enlargement which saw Bulgaria and Romania joining the Union in 2007. In its pre-accession monitoring reports, the Commission was consistently critical of progress in the fields of justice and home affairs; more generally, gaps in institutional capacity cast doubt on the feasibility of the 2007 accession date for both countries.⁵⁶ Nearer the accession date, the Commission published a critical monitoring report which pointed out continuing shortcomings in the two countries' judicial systems and anti-corruption measures; Bulgaria was also said to be deficient in measures against organised crime and money laundering.⁵⁷ The Commission recommended a safeguard clause allowing the unilateral suspension of Member States' obligations with regard to judicial co-operation in civil and criminal matters vis-à-vis Bulgaria and Romania, plus the introduction of a mechanism to verify the newcomers' progress after accession. The Commission's recommendations were taken up by Member States: the Act of Accession included a safeguard clause in criminal matters similar to the one used in 2004,⁵⁸ and the Commission adopted, on the legal basis of the Accession Treaty and the safeguard clauses in the Accession Act, two Decisions establishing "a mechanism for co-operation and verification of progress" to check specific benchmarks in the areas of judicial reform and the fight against corruption (in Bulgaria and Romania) and organised crime (Bulgaria only).⁵⁹

The benchmarks themselves are annexed to the Commission Decisions and betray anxieties about the preparedness of Bulgaria and Romania to fully assume their EU obligations in the criminal law field. They focus on compliance with anti-corruption standards and on strengthening the rule of law. Romania is asked to develop a "more transparent and efficient judicial process"; to combat corruption by establishing an integrity agency which will conduct "professional, non-partisan investigations" into allegations of high level corruption; and to take "further measures" to prevent

56 For a background, see A. LAZOWSKI, "And Then They Were Twenty-Seven... A Legal Appraisal of the Sixth Accession Treaty", in *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 401-430.

57 European Commission, *Monitoring Report on the State of Preparedness for EU Membership of Bulgaria and Romania*, COM (2006) 549 final, Brussels, 26 September 2006, pp. 4-5.

58 Articles 37 and 38.

59 OJ L 354, 14 December 2006, p. 56 and p. 58 respectively.

and fight corruption, particularly in local government. This benchmark (which includes corruption at the borders) also applies also to Bulgaria, as do the benchmarks relating to corruption investigations and the development of a more transparent and efficient judicial process. The benchmark list for Bulgaria is somewhat more extensive: it includes the independence of the judiciary (a call to adopt constitutional amendments “removing any ambiguity” regarding the independence and accountability of the judicial system, and to continue the reform of the judiciary), together with a strong recommendation to implement a strategy to fight organised crime, focusing on serious crime, money laundering and confiscation. It is thus evident that the benchmarks are essentially targeted towards broader institutional changes, rather than implementing specific legislation forming part of the EU criminal law *acquis*. Even the benchmarks relating to specific areas of EU action in criminal matters (such as corruption) refer to broader measures aiming to change the culture and practices of the administration and judiciary.

Bulgaria and Romania are required to report once a year to the Commission on progress made in addressing each of these benchmarks.⁶⁰ The Commission may gather and exchange information on the benchmarks and organise expert missions for that purpose.⁶¹ If Bulgaria and Romania fail to address the benchmarks adequately the Commission may apply safeguards based on Articles 37 and 38 of the Accession Act, including the suspension of Member States’ obligation to recognise and execute, under the conditions laid down in Community law, judicial decisions from the two countries “such as European arrest warrants”.⁶² However, the progress verification decisions do not preclude the adoption of safeguards at any time, if the conditions for such measures are fulfilled.⁶³ The Commission has been publishing regular progress reports.⁶⁴ It has stopped short of recommending the suspension of the relevant criminal law *acquis*, but with respect to Bulgaria it has coupled benchmark compliance with the issue of

60 Article 1 first indent of each Decision.

61 Article 1 second indent of each Decision.

62 Preamble, recital 7 in each Decision.

63 Preamble, recital 8 in each Decision.

64 See the recent report *On Progress in Bulgaria under the Co-operation and Verification Mechanism*, COM (2010) 400 final, Brussels, 20 July 2010, and *On Progress in Romania under the Co-operation and Verification Mechanism*, COM (2010) 401 final, Brussels, 20 July 2010.

administration of EU funds and decided to suspend certain funds until the Bulgarian authorities are able to demonstrate that sound financial management structures are in place and operating effectively.⁶⁵

The design of the progress verification process is noteworthy. This is an *ex post* monitoring mechanism which did not come into operation until after the entry of the new Member States into the European Union. This means that, for the time being, Bulgaria and Romania are subject to more detailed evaluation and monitoring in the criminal law sphere than the other 25 EU Member States. One might describe this as applying “double standards” to the two newcomers. On the other hand, one cannot help but notice the *content* of the benchmarks. Not only do they address the implementation of specific EU criminal law standards: they also take us back to the fulfilment of fundamental Copenhagen criteria – the institutional stability which guarantees the rule of law – and concern themselves with the institutional and judicial systems of the assessed states as a whole.

It appears that the perceived lack of preparedness to fulfil the fundamental Copenhagen criteria – or at least those relating to the functioning of criminal law in the “area of freedom, security and justice” – was not deemed sufficient to change the political decision to admit Bulgaria and Romania in the Union in 2007. In the light of the serious shortcomings revealed in assessments of the progress of these 2007 newcomers, the same decision may not be repeated in future EU enlargements. Candidate countries’ compliance with anti-corruption standards will assume growing importance in this context. This seems to be confirmed by the Commission’s strategy in current accession negotiations, whereby compliance with anti-corruption standards is examined (along with the development of measures relating to parliament, government, public administration and the judicial system) in the framework of the chapter on the political criteria for membership, in particular democracy and the rule of law.⁶⁶

65 See in this context the additional Commission report *On the Management of EU Funds in Bulgaria*, COM (2008) 496 final, Brussels, 23 July 2008.

66 See Croatia 2010 Progress Report, Brussels, 9 November 2010, SEC (2010) 1326. Turkey 2010 Progress Report, Brussels, 9 November 2010, SEC (2010) 1327. FYROM 2010 Progress Report, Brussels, 9 November 2010, SEC (2010) 1332. See also the Commission’s Opinions on potential candidates: Commission Opinion on Albania’s application for membership of the European Union, COM (2010) 680, Brussels, 9 November 2010, SEC (2010) 1335. Commission Opinion on Montenegro’s application for membership of the European Union, COM (2010) 670, Brussels, 9 November 2010, SEC (2010) 1334.

B. Corruption and the European Neighbourhood Policy

Similar considerations relating to the use of anti-corruption law to promote democracy and the rule of law apply to relations between the European Union and its neighbours. Although the European Neighbourhood Policy does not carry with it the promise of EU membership, and there is considerable differentiation among the “neighbours”, compliance with anti-corruption standards is central to the EU strategy. This is evident from the recent progress report of the European Commission,⁶⁷ which, under the heading “Improving governance and addressing protracted conflicts”, stresses the importance of tackling corruption, noting that “the need to encourage good governance remains pressing, both as a goal in itself, and because it ultimately underpins political stability and economic growth”, and adding that “progress on political reform will be a core element for the development of enhanced relations with the partners”.⁶⁸ Compliance with anti-corruption standards is central to a number of specific Action Plans drawn up in the framework of the European Neighbourhood Policy: as with current enlargement negotiations, anti-corruption requirements are grouped, along with presidential elections, public administration reform, judicial reform and the rule of law, under the chapter on “Political dialogue and reform: democracy and the rule of law”.⁶⁹

C. International anti-corruption standards and EU member states

In addition to developing standards internally, a key element of the EU anti-corruption strategy has been to put pressure on Member States (and candidate countries) to ratify and implement international standards in this field. Among the ten principles enumerated in the 2003 Commission

⁶⁷ European Commission, *Communication to the European Parliament and the Council. Taking Stock of the European Neighbourhood Policy*, COM (2010) 207, Brussels, 12 May 2010.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁹ See e.g. European Commission, *Implementation of the European Neighbourhood Policy in 2009. Progress Report Ukraine*, SEC (2010) 524, Brussels, 12 May 2010. Compliance with anti-corruption requirements, including the ratification of the Council of Europe and UN Conventions on corruption and more structural requirements such as cooperation with civil society and the establishment of an anti-corruption agency, is also covered in the revised EU-Ukraine Action Plan on Freedom, Security and Justice.

Communication “On a comprehensive EU policy against corruption”⁷⁰ is that “current and future EU Members shall fully align with the EU *acquis* and ratify and implement all main international anti-corruption instruments they are party to (UN, Council of Europe and OECD Conventions)”.⁷¹ The emphasis on the implementation of international standards is particularly relevant in a field where uncertainties persist as to the existence and allocation of jurisdiction with respect to the Community/ Union and where the political will to adopt and enforce of “hard hitting” Union criminal law instruments has sometimes been lacking. In this context, it is no coincidence that the Commission’s Communication also calls upon “those Member States which have not yet ratified the Criminal and/ or Civil Law Convention on Corruption of the Council of Europe or which have not joined GRECO [the evaluation mechanism established at Council of Europe level], to do so without any further delay”.⁷² This reflects a strategy by which Member States can remedy shortcomings in internal Community/ Union law by ratifying international standards (some of which the EU has negotiated) and, perhaps more importantly, undertaking to apply peer review mechanisms established by international *fora*. As we shall see, the willingness of the EU to use international, rather than EU, rules to foster compliance with anti-corruption standards has led to the emergence of the Union as a global actor in the development of such standards. The EU thus helps to shape the international standards which its Member States and candidate countries are required to adopt.

D. *The EU and the development of global anti-corruption standards*

The analysis in part C above shows that another key element of the EU anti-corruption strategy has been to try to shape international anti-corruption standards. The best example of EU action in this context is the negotiation of the 2003 UN Convention against corruption.⁷³ Because negotiations

⁷⁰ COM (2003) 317 final.

⁷¹ Principle 2.

⁷² p. 8.

⁷³ For an overview, see Ph. WEBB, “The United Nations Convention against Corruption. Global Achievement or Missed Opportunity?” in *Journal of International Economic Law*, vol. 8, 2005, pp. 191-229.

took place before the entry into force of the Lisbon Treaty, in the era of the pillars, the broad scope of the Convention's scope led to the Community assuming jurisdiction over some of the areas covered, while others were assigned to Union, third-pillar powers. The Council Decision on the conclusion, on behalf of the European Community, of the United Nations Convention against Corruption⁷⁴ confirms that the Community's accession to the Convention involved a plethora of legal aspects, ranging from provisions on free movement and the internal market to development cooperation and provisions related to the functioning of the EU institutions.⁷⁵ Similarly, the Declaration annexed to the Decision establishes Community competence for a range of issues including the prevention of corruption, the proper functioning of the internal market and development cooperation. This is a wide range of quite disparate fields, where Community action has not necessarily taken the form of legally binding instruments. It reflects the many areas potentially affected by anti-corruption law, and addresses corruption both at an internal, institutional level and externally, as conduct which is detrimental to markets and the economy.⁷⁶

With respect to negotiations for the third pillar/criminal law aspects of the Convention, a series of draft common positions has now been declassified. The first of is draft common position formulated on the initiative of the Belgian EU Presidency.⁷⁷ It contains detailed guidelines on the criminal

⁷⁴ OJ 2008 L 287/1.

⁷⁵ The legal bases of the Decision were: Article 47(2) (free movement/right of establishment), 57(2) (free movement of capital), 95 (internal market), 107(5) (monetary policy, ESCB), 179 (development cooperation), 181a (economic, financial and technical cooperation with third countries), 190(5) (European Parliament), 195(4) (Ombudsman), 199 (European Parliament rules of procedure), 207(3) (Council rules of procedure), 218(2) (Commission rules of procedure), 279 (Council financial regulations), 280 (fraud against EC financial interests) and 283 (staff regulations of officials) TEC.

⁷⁶ For further analysis, see V. MITSILEGAS, "The European Union and the Globalisation of Criminal Law", in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 12, 2009-2010, pp. 337-407, whereupon this part is based.

⁷⁷ Initiative of the Kingdom of Belgium for the Adoption by the Council of a Draft Common Position Defined by the Council on Negotiations within the United Nations to Draw up a United Nations Convention against Corruption, Council doc. 12837/2/01 REV 2, Brussels, 30 October 2003. The draft common position was approved by the Article 36 Committee at its meeting on 12-13 November 2001 and Coreper was invited to recommend its adoption to the Council: Council doc. 14114/01, Brussels, 19 November 2001.

law aspects of corruption to be included in the UN Convention.⁷⁸ It draws a “red line” by stating that the criminal offences and penalties should not call into question the fundamental principles underlying Member States’ legal systems and that “in particular, in the negotiations on ‘illicit enrichment’, the Union should oppose any inclusion in the Convention of criminal offences so defined as to undermine those fundamental principles”.⁷⁹ It called for the Palermo Convention to be taken as the basis for a number of provisions in the new Convention.⁸⁰ Reflecting the growing importance of the fight against corruption in the context of the accession negotiations leading to the 2004 enlargement, candidate countries were invited to support the common position.⁸¹ Member States were called upon to ensure that the provisions of the Convention did not call into question the instruments drawn up between them, “in particular with regard to judicial assistance, extradition, combating corruption and the protection of the Community’s financial interests”.⁸² Last, but not least, the draft common position called upon Member States to “coordinate their positions at the Presidency’s initiative and seek to arrive at common standpoints on all issues which have significant implications for the interests of the European Union”.⁸³

This three-fold approach to mandating substantive negotiating guidelines (including “red lines”, particularly with respect to provisions which might be seen to threaten fundamental legal principles in Member States), safeguarding the internal *acquis* and calling for coordination in negotia-

78 According to Article 2, the Convention should cover inter alia active and passive corruption in the private sector and apply to corruption both of national officials and of foreign officials, and include corruption of international officials; it should also cover the criminalisation of the laundering of proceeds of corruption and seizure/confiscation matters; active and passive corruption in the private sector, trading in influence and accounting offences should also form part of the negotiations.

79 Article 2(3).

80 Particularly for the provisions on laundering, seizure and confiscation of the proceeds of corruption, for the provisions on sanctions, the protection of witnesses, assistance and protection of victims, the liability of legal persons and jurisdiction, and for the provisions designed to improve international cooperation in criminal matters (Article 2(5)). See also the EU Presidency Statement of 21 January 2002 on the UN Convention against corruption, in particular paragraphs 9-12 (www.europa-eu.un.org/articles/en/article_1081_en.htm).

81 Article 4.

82 Article 5.

83 Article 7.

tions was repeated in two subsequent draft common positions now publicly available. The second draft common position⁸⁴ expressed support in principle for the inclusion of anti-money laundering measures in the Convention. However, Member States were asked to ensure that the provisions of the Convention “do not call into question either the instruments drawn up between them, in particular the Council Decision concerning arrangements for cooperation between financial intelligence units of the Member States in respect of exchanging information and other measures taken in the field of money laundering, or other international instruments to which they are party.”⁸⁵ Moreover, as regards provisions on the identification, tracing, seizing, freezing and confiscation of funds, Member States were called to “ensure that the provisions of the Convention concerning compliance with such measures do not call into question their [i.e., the Member States’] fundamental principles, in particular as regards evidence, or their provisions on data protection.”⁸⁶ The third draft common position⁸⁷ focused primarily on substantive guidelines on the criminalisation of corruption by public officials and advocated consistency with relevant standards adopted in the Palermo Convention and the relevant Council of Europe Convention.⁸⁸ The red line here involved the inclusion – which

⁸⁴ Draft Second Common Position, defined by the Council on the basis of Article 34(2) (a) of the Treaty on European Union, on negotiations within the United Nations to draw up a United Nations Convention against Corruption, Council doc. 8897/4/02 REV 4, Brussels, 30 October 2003. The Draft Common Position was approved by the Article 36 Committee at its meeting on 20-21 May 2002 and Coreper was invited to recommend its adoption to the Council: Council doc. 9375/02, Brussels, 29 May 2002.

⁸⁵ Article 5.

⁸⁶ Article 6.

⁸⁷ Initiative of the Kingdom of Denmark concerning the adoption by the Council of a draft third common position, defined by the Council on the basis of Article 34(2)(a) of the Treaty on European Union, on negotiations within the United Nations to draw up a United Nations Convention against Corruption, Council doc. 12215/2/02 REV 2, Brussels, 30 October 2003. The draft Common Position was approved after some amendments by Coreper at its meeting of 25 September 2002 and the Council was invited to adopt it: Council doc. 12329/02, Brussels, 25 September 2002.

⁸⁸ See Articles 2 and 3 respectively. The same approach was followed with regard to criminalisation of money laundering (which, according to Article 8, should be compatible with Article 6 of the Palermo Convention) and corruption in the private sector (which should be compatible with Articles 7 and 8 of the Council of Europe Convention). It is noteworthy that compatibility is requested here with international and not EU standards in the field.

Member States should not support – of offences such as abuse of functions, unlawful enrichment, use of classified or confidential information and improper benefits. If such offences were to be criminalised, Member States were asked to ensure that this did not call into question the fundamental principles underlying their legal systems.⁸⁹

An examination of the final text of the UN Convention against Corruption in the light of the aforementioned documents shows that the EU negotiating objectives with regard to criminal law were largely attained. The Convention requires State Parties to criminalise three types of conduct: bribery of national public officials;⁹⁰ bribery of foreign public officials and officials of public international organisations;⁹¹ and embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official.⁹² The latter is not currently covered by EU criminal law, whereas (as we have seen) the EU has legislated on the criminalisation of corruption of national and Community officials. The criminalisation of bribery of national public officials in the UN Convention is worded in very similar terms to the relevant EU instruments on corruption.⁹³ The UN Convention also criminalises a series of further corruption-related offences (trading in influence,⁹⁴ abuse of functions,⁹⁵ illicit enrichment,⁹⁶ bribery in the private sector,⁹⁷ embezzlement of property⁹⁸); however, criminalisation here is not compulsory for State Parties, which need only *consider* going down that route. This wording seems to address EU concerns about the criminalisation of illicit enrichment – criminalisation which would in any case be subject to the State Parties' constitutions and the fundamental principles of their legal system.⁹⁹ The inclusion in the Convention of the criminalisation of bribery in the private sector represents a partial victory for

⁸⁹ Article 6.

⁹⁰ Article 15.

⁹¹ Article 16.

⁹² Article 17.

⁹³ The EU instruments refer of course to “corruption”, whereas the UN Convention refers to “bribery”.

⁹⁴ Article 18.

⁹⁵ Article 19.

⁹⁶ Article 20.

⁹⁷ Article 21.

⁹⁸ Article 22.

⁹⁹ Similarly, the Convention provisions on judicial co-operation in criminal matters appear to address EU concerns, as they are drafted in very general terms.

the EU. It is reported that extending the Convention to cover the private sector was one of the most contentious issues during the negotiations, with the EU calling for criminalisation and the US resisting it.¹⁰⁰ The result was a compromise, whereby the Convention includes the criminalisation of private sector corruption in very similar terms to the relevant EU 2003 Framework Decision,¹⁰¹ but such criminalisation falls within the discretion of State Parties to the Convention.

The UN Convention against Corruption has introduced a number of corruption-related offences for State Parties to criminalise or to consider criminalising. The framework it puts forward is very comprehensive compared to the EU criminal law on corruption. Unlike money laundering and organised crime, corruption has not been the subject of any EU legislative action since the adoption of the 2003 UN Convention. This may signal that with regard to the criminal law of corruption, the European Union has preferred to pursue its agenda by promoting standards at the global level instead of developing a comprehensive framework in internal Union law.¹⁰²

IV. Conclusion

Although the fight against corruption touches upon a number of areas of EU competence, EU criminal law and policy in the field remains diffuse, fragmented and at times limited. This applies particularly to the criminalisation of corruption in the public sector, which is still regulated by old third-pillar Conventions adopted after the entry into force of the Maastricht Treaty. While the EU has been ambitious as regards the criminalisation of corruption in both the public and private sector, the nature of EU legislation in the field and the apparent lack of political will raise questions as to how far these standards are effectively implemented

¹⁰⁰ WEBB, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹⁰¹ Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, OJ 2003 L 192/54.

¹⁰² It is also noteworthy that the Union is currently pushing for the introduction of evaluation mechanisms to ensure compliance with multilateral conventions such as the 2003 UN Convention Against Corruption. See *The EU wants tougher measures against corruption*, Press Release by the Swedish EU Presidency (www.se2009.eu/en/meetings_news/2009/11/9/the_eu_wants_tougher_measures_against_corruption).

in Member States. This landscape seems at odds with the increasingly proactive anti-corruption policy of the EU at the level of external relations, in the context of both EU enlargement and globalisation of the law on corruption. In the field of criminal law, it appears that the EU has thus far preferred to pursue its anti-corruption agenda by promoting standards externally rather than developing comprehensive legislation internally. This may betray the chameleon nature of the fight against corruption in the EU: it serves different purposes at different levels of EU action. These range from the protection of the Union's financial interests and internal market to the promotion of the rule of law.

The recent entry into force of the Lisbon Treaty has endowed the European Union with further tools to develop its internal criminal law on corruption. Article 83(1) TFEU grants the Union competence to adopt directives on a number of areas of particularly serious crime with a cross-border dimension, expressly including corruption. I would argue that Article 83(2) TFEU also empowers the Union to adopt criminal law directives on corruption insofar as they are essential to ensure the effective implementation of a Union policy in an area which has been subject to harmonisation measures (such as the internal market). However, the adoption of further EU criminal law measures on corruption is not currently a priority: with the recent Commission Communication on EU Internal Security Strategy¹⁰³ merely envisages that in 2011 the Commission will table a proposal on how to monitor and assist *Member States'* anti-corruption efforts¹⁰⁴ – effectively reducing European Union involvement in the field to a supporting role. The absence of proposals for new EU anti-corruption legislative measures post-Lisbon is striking, given the out-datedness of the relevant internal *acquis*; it contrasts starkly with recent EU legislative activity in other areas of criminal law (such as human trafficking). The limited ambition of the EU in terms of legislating on corruption may betray reluctance, among both Member States and EU institutions, to establish further *European Union* mechanisms for monitoring their anti-corruption efforts.

¹⁰³ *The EU Internal Security Strategy in Action: Five Steps Towards a More Secure Europe*, COM (2010) 673 final, Brussels, 22 November 2010.

¹⁰⁴ Action 2, p. 5.

QUELLE COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ?

Maurice Harari *

I. Introduction

A. Généralités

La nécessité de coopérer sur le plan international en matière de lutte contre la corruption est un truisme. En effet, par définition, dans le cadre du processus de corruption qui intervient au-delà des frontières, plus d'un Etat est concerné. A cet effet, que ce soit pour l'obtention de preuves ou dans la phase de la poursuite de l'individu, la coopération entre Etats est indispensable.

La terminologie classique qui distingue l'Etat requérant de l'Etat requis n'est pas ici déterminante. On peut en effet se trouver dans une situation dans laquelle les deux Etats sont "requérants" et "requis". Que l'on songe à la poursuite du corrupteur dans un Etat et du corrompu dans un autre, l'échange de preuves sera indispensable pour pouvoir traduire en justice l'un comme l'autre.

La situation peut devenir encore plus complexe, en cas de corruption internationale, lorsque, comme nous le verrons plus loin, plusieurs Etats ont ouvert des poursuites à raison des mêmes faits; il y a alors une multitude d'Etats requérants.

On doit regretter à cet égard que les instruments internationaux ne règlent pas d'une manière claire et satisfaisante les relations entre Etats découlant de cette situation, en permettant par exemple la désignation d'un Etat "prioritaire".

L'absence de priorité se constate à la lecture des divers instruments internationaux de coopération: on distingue la partie "qui requiert l'information" de celle qui doit la "fournir", sans aucune mention du lieu où la corruption s'est déroulée.

* Avocat, LL.M., chargé de cours à l'Université de Fribourg.

B. Le droit suisse

La présente contribution examine toutes ces questions essentiellement du point de vue helvétique. Dans ce contexte, on sera amené à considérer tantôt la Suisse comme Etat requérant et tantôt comme Etat requis.

Force est de constater à cet égard que la législation helvétique possède un arsenal de droit matériel fort complet. Cela a pour origine la ratification des instruments internationaux évoqués ci-après et auxquels il a déjà été fait allusion dans la contribution d'Ursula Cassani¹.

La Suisse a également développé sur le plan jurisprudentiel, puis doctrinal, la possibilité de poursuivre le corrompu tant pour la corruption elle-même que pour l'acte d'auto-favorisation subséquent relatif au blanchiment du produit de la corruption.

On rappellera à cet égard qu'en droit suisse, les éléments permettant de considérer que l'infraction de corruption est réalisée tiennent à l'existence d'un "pacte de corruption" indépendant de la réalisation de celui-ci.

Au-delà du contenu du droit matériel de la législation suisse, les normes régissant la coopération sont nombreuses et permettent une activité efficace des autorités d'exécution des requêtes d'entraide. Il n'est pas inutile de rappeler que, s'agissant de corruption, une des questions centrales tient à la possibilité de saisir, de rapatrier, voire de confisquer les fonds qui en sont le produit. En raison de son système bancaire et financier très sophistiqué, la Suisse est souvent au centre des mouvements financiers relatifs à la corruption. On le verra plus loin, il n'est pas peu fréquent que des fonds saisis en Suisse soient ensuite transférés à l'étranger.

Enfin, s'agissant de la terminologie, on rappellera que dans le Code de procédure pénale (CPP)² appelé à entrer en vigueur sur tout le territoire suisse dès le 1^{er} janvier 2011, la notion familière de "saisie" est remplacée par celle de "séquestre"³.

1 Cf. CASSANI Ursula, "La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir?", dans le présent ouvrage.

2 Code de procédure pénale suisse (CPP), du 5 octobre 2007, RS 312.0.

3 Voir à cet égard l'art. 263 CPP. La terminologie anglo-saxonne envisage tant les *freezing orders* que les *seizing orders of the proceeds of corruption* (voir en particulier MONTY Raphael, *Blackstone's Guide to the Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, p. 123).

II. Les instruments juridiques à disposition

A. Les instruments

Ces instruments sont connus et cités dans la contribution d'Ursula Cassani. Il suffit de rappeler ici que le droit matériel suisse a été considérablement élargi après la ratification de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (citée: COCDE)⁴, de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe (citée: CPCCE)⁵ et enfin de la Convention des Nations Unies contre la corruption, aussi appelée Convention de Mérida⁶. A l'occasion de l'adoption de ces instruments, (si l'on excepte la Convention de Mérida), le droit matériel suisse a été modifié d'abord en criminalisant la corruption d'un agent public étranger, puis en étendant la punissabilité à l'agent public étranger lui-même, où qu'il ait agi.

Le droit de la coopération suisse a également été enrichi par ces conventions relatives à la corruption, mais surtout par d'autres accords internationaux spécifiques à la coopération. De plus, le droit national, soit la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁷, permet une large coopération. A cet égard, les articles 8 et 85 EIMP assurent, d'une part, la possibilité de coopérer avec un Etat avec lequel la Suisse n'a aucun traité – au moyen de la clause de réciprocité – et, d'autre part, d'accepter de continuer la poursuite pénale à la suite d'un Etat étranger, sur délégation de ce dernier. On rappellera que cette délégation crée une norme indépendante de rattachement au droit suisse⁸.

D'une manière générale, l'EIMP constitue du droit supplétif qui permet, d'une part, comme déjà rappelé, de coopérer avec un Etat avec lequel la Suisse n'a pas d'accord et, d'autre part, lorsqu'un tel accord existe, d'aller au-delà en vertu des principes jurisprudentiels de faveur⁹ ou de l'utilité

4 Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciale internationales, du 17 décembre 1997, RS 0.311.21.

5 Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe, du 27 janvier 1999, RS 0.311.55.

6 Convention des Nations Unies contre la corruption, du 31 octobre 2003, RS 0.311.56.

7 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP), RS 0.351.1.

8 Art. 86 EIMP. Ce critère vient s'ajouter à ceux contenus aux art. 3-8 du Code pénal suisse (CP). Cf. Commentaire romand, Code pénal I, HARARI/LINGER GROS, intro ad art. 3-8 N 15.

9 Soit de trancher en faveur de l'entraide chaque fois que cela est possible.

potentielle¹⁰ afin d'accorder une entraide ou une coopération plus large que celle offerte par les instruments conventionnels.

B. Le cadre général

Le droit international de la coopération (émanant pour l'essentiel du Conseil de l'Europe) a été largement intégré au droit suisse, tant en ce qui concerne les conventions elles-mêmes que la plupart de leurs protocoles.

Quant aux conventions édictées afin de lutter contre la corruption, elles ont toutes été (à ce jour) ratifiées par la Suisse.

C. Les lacunes éventuelles

A l'examen des lacunes pouvant exister dans le cadre décrit, on constatera en premier lieu que l'impact certes important sur le droit matériel national ne permet pas pour autant d'en apprécier l'effet dissuasif sur le plan international. A ce stade, il est difficile de tirer des conclusions, si ce n'est en constatant que les *working groups* veillant à la bonne application des conventions ont eu un effet réel sur la mise en application en Suisse de certaines de ces normes, tant pour la COCDE que pour la CPCCE.

1. La Convention de l'OCDE

Cela étant, les conventions en matière de lutte contre la corruption ne donnent que très peu d'indications spécifiques à la coopération internationale. Ainsi, si l'article 9 COCDE énonce que la condition de la double incrimination doit être considérée comme étant remplie, s'agissant des comportements décrits dans la Convention, il n'y a rien de nouveau, car cela résulte également des articles 1, 4 I et 4 II ainsi que 10 IV de la même convention. On sait par ailleurs que le secret bancaire n'est guère opposable (article 9 III). En matière d'extradition, l'article 10 II COCDE fournit le fondement de la réciprocité pour l'exécution d'une demande d'extradition. Quant à l'article 10 III COCDE, il consacre le principe *aut dedere aut prosequi*.

¹⁰ Soit de considérer que la transmission à l'étranger d'informations ou de moyens de preuve même non requis pourrait contribuer à faire avancer la procédure étrangère.

Sur le plan de l'efficacité des poursuites intentées, la COCDE ne fournit aucune piste concrète sur la possibilité que l'un des Etats concernés puisse se voir confier de manière exclusive la poursuite d'une infraction de corruption. A cet effet, les articles 4 III et 11 COCDE ne prévoient qu'une concertation "afin de décider quelle est celle [la partie] qui est la mieux à même d'exercer les poursuites".

2. La CPCCE

En ce qui concerne la CPCCE, ce sont les articles 25 à 31 qui traitent de la coopération. Si l'article 25 II supplée à l'absence d'un traité en permettant néanmoins la coopération, la norme suivante semble atténuer cet effet (article 26 II) car elle protège les "intérêts fondamentaux, la souveraineté nationale, la sécurité nationale, l'ordre public". L'invocation de l'un de ces critères pourrait donc faire obstacle à la coopération. Dans le contexte procédural, l'article 27 I permet, en matière d'extradition, d'élargir les conventions existantes, et, en l'absence de traité, l'article 27 II fournit aussi une base légale pour l'extradition. Quant à l'article 27 V, il consacre le principe *aut dedere aut prosequi*.

L'article 28 de la CPCCE permet de fournir une information spontanée. On rappellera qu'en droit suisse, l'article 67a EIMP constitue déjà une base légale suffisante à cet égard. Mais, selon la conception suisse, l'information spontanée ne doit porter que sur des renseignements et non sur des moyens de preuve touchant le domaine secret, sous peine d'éluider les normes protégeant la sphère privée¹¹, voire les droits de recours des parties¹².

Pour ce qui est de la concertation entre les autorités de poursuite, celle-ci n'est pas à proprement parler prévue par la CPCCE. On retiendra toutefois que les Etats doivent désigner une autorité administrative centrale (article 29 I), que ces autorités peuvent correspondre directement entre elles (article 30 I), et qu'en cas d'urgence, la communication directe est même possible entre autorités judiciaires (article 30 II).

L'article 31 CPCCE traite par ailleurs de l'obligation faite à l'Etat requis d'informer l'Etat requérant de l'existence de circonstances retardant considérablement l'exécution de l'entraide.

11 Art. 13 de la Constitution fédérale.

12 Art. 67a IV EIMP.

A cet égard, et s'inspirant de la pratique helvétique (qui découle certes d'un droit matériel commun), on ne pourra que constater avec regret que l'on n'envisage pas par analogie la désignation d'un "Etat directeur" dans le cadre de la coopération internationale. On comprend que ce mode de faire heurterait vraisemblablement la souveraineté de l'un ou l'autre des Etats, alors qu'il n'existe pas d'entité supranationale pouvant procéder de la sorte avec autorité. Comme on le verra ci-après (chiffre IV), cela a cependant des conséquences néfastes tant sur l'efficacité de la poursuite pénale entreprise que sur les garanties procédurales que l'on doit fournir à la personne physique ou morale poursuivie¹³.

III. Le point de départ et la nature de l'investigation nationale en cas de corruption à l'étranger

La poursuite dans l'Etat du corrupteur actif résulte souvent de la réception par les autorités de cet Etat d'une commission rogatoire étrangère. L'exécution de cette commission rogatoire permet à l'autorité de poursuite de l'Etat requis de faire le lien entre le transfert de fonds et son donneur d'ordre. En effet, en Suisse en tout cas, l'obligation faite à tout établissement bancaire de connaître l'ayant droit économique d'une relation bancaire entraîne la découverte de son identité à l'occasion de l'examen de la documentation d'ouverture de compte. Dans ce domaine, l'existence de sociétés écrans n'est ainsi d'aucun secours au corrupteur actif; le secret bancaire n'est pas plus un remède, car il n'est pas opposable.

Des poursuites en Suisse sont également possibles du fait d'actes de blanchiment commis par des tiers intermédiaires financiers, ou par le corrompu lui-même en vertu de la jurisprudence permettant de le poursuivre pour des actes de blanchiment en sa propre faveur.

Logiquement, la poursuite pénale devrait s'exercer au départ dans le pays où a agi le corrompu, à l'occasion de la découverte de l'existence du pacte de corruption ou de sa rétribution. Soyons conscients toutefois du

¹³ Que l'on songe aux situations fréquentes dans lesquelles plusieurs Etats sont concernés par la présence d'une *joint venture* entre sociétés de ces Etats. Ces sociétés se lient pour l'exploitation de matières premières se trouvant dans un autre Etat, et lorsque des processus de corruption existent, on constate des poursuites ouvertes dans chacun des Etats où une société ayant activement corrompu avait son siège. L'efficacité de ces enquêtes, voire des poursuites pénales, est ensuite mise en péril par la dispersion des efforts.

fait que, dans plusieurs pays dans lesquels la corruption semble être endémique, l'adhésion à des instruments internationaux réprimant la corruption ne signifie pas, dans les faits, que la répression de ces actes soit réelle. Tel est le cas des Etats dans lesquels la mise en vigueur efficace de ces normes n'est pas réalisée¹⁴. Ce sont souvent des raisons politiques qui empêchent l'ouverture de poursuites pénales à l'encontre de l'agent public corrompu. Cependant, la corruption n'est pas limitée aux hautes sphères du pouvoir. Elle gangrène toute la classe politique ainsi que les décideurs qui sont des agents publics¹⁵. Dans d'autres cas, les autorités de poursuite pénale ont le champ libre, en particulier lorsque la "protection" politique est moindre à l'occasion d'élections ou de renouvellements de charges.

En ce qui concerne la Suisse, celle-ci est souvent dans la situation d'être l'Etat requis; ceci est particulièrement vrai lorsque l'enquête existe dans des pays européens : *mani pulite* (en Italie), le financement illicite de partis (en France), l'affaire BAE System (en Angleterre) ou encore Siemens (en Allemagne). Cela est également vrai pour des pays plus lointains qui ont eu recours à un avocat en Suisse (Marcos, Abacha, Traoré, Salinas, etc.).

IV. La possible multiplication des poursuites fondées sur les mêmes faits

A. Les rattachements multiples

Les conflits de compétence dits "positifs" abondent en raison des législations nationales. On sait en effet qu'en raison de la volonté de respecter la souveraineté de chaque Etat¹⁶, il n'existe guère, ni sur le plan régional, ni sur le plan global, de hiérarchie des critères de rattachement à un droit national. Certes, on pourrait être tenté de désigner comme *primus inter pares* le critère le plus ancien et le plus "proche" de l'infraction, soit celui de la

¹⁴ Par exemple le Nigéria (n° 130 sur la liste de Transparency International) et le Kirghizstan (n° 162 sur cette même liste) furent parmi les premiers Etats à ratifier la Convention de Mérida, permettant son entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Ce n'est qu'après cette date que d'autres Etats plus "actifs" dans la lutte contre la corruption, tels l'Autriche, la Grande-Bretagne, les USA, etc. ont adhéré à cette convention.

¹⁵ Voire des agents privés qui peuvent également être poursuivis ainsi que l'envisagent la CPCCE et, à sa suite, la norme suisse de l'art. 4a de la loi contre la concurrence déloyale (LCD).

¹⁶ Ainsi qu'en atteste clairement l'art. 4 de la Convention de Mérida.

territorialité. Mais cela ne serait guère probant. D'une part, il faut se souvenir qu'en matière de corruption internationale, il y a toujours deux Etats territoriaux, celui où le corrupteur a agi (souvent pour le compte d'une personne morale domiciliée dans cet Etat) et celui dans lequel l'agent public a été corrompu. S'ajoute à cela que le rattachement par la territorialité n'est pas "pur". En effet, le principe de l'ubiquité vient compléter celui de la territorialité en ce sens que, comme on le sait, il suffit que l'action ou le résultat surviennent dans un Etat pour que celui-ci soit territorialement compétent¹⁷. On constate donc que, même en retenant la primauté du critère de la territorialité, on serait confronté à l'application du droit de plus d'un Etat.

Le fait que les conventions internationales – et spécifiquement celles sur la corruption – reconnaissent d'autres critères de rattachement ne simplifie pas la situation. Ainsi, l'article 17 CPCCE qui sous la note marginale "compétence" prévoit alternativement le critère de la territorialité (mâtinée d'ubiquité), celui de la personnalité active, et celui de la personnalité passive. Il en va de même pour la Convention de Mérida qui, à son article 42, adopte comme critères de rattachement la territorialité, le principe du pavillon, la personnalité active et passive, ainsi que la compétence réelle.

Même si l'on part du principe que les compétences autres que celles fondées sur la territorialité, l'ubiquité et le principe du pavillon doivent être considérées comme subsidiaires, force est de constater que l'absence de hiérarchie a pour effet que les Etats sont libres d'engager des poursuites même si celles-ci existent déjà sur le territoire d'un autre Etat. En effet, l'existence d'un critère de rattachement au droit d'un Etat ne souffre pas d'une limitation tirée de l'existence de l'ouverture d'une poursuite pénale dans un autre Etat. C'est un principe bien établi du droit international public, depuis la décision en 1927 de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du Lotus, que la souveraineté d'un Etat emporte pour celui-ci le droit de se déclarer compétent pour la poursuite et la répression d'infractions survenues à l'étranger, pour autant qu'un critère de rattachement existe et qu'il ne soit pas contraire à la pratique internationale.

Cette absence de hiérarchie des critères doit également être comprise en raison du fait qu'il n'existe pas d'instance supranationale qui puisse trancher des différends. On en veut pour preuve le fait que l'article 40 CPCCE renvoie les parties à un règlement amiable ou "pacifique" de leur

¹⁷ Mais cela ne s'applique pas à la Suisse, voir ci-après la lettre B.

différend, en suggérant la piste du Comité européen pour les problèmes criminels, d'un tribunal arbitral, ou encore de la Cour internationale de justice. Ces règlements sont cependant tous subordonnés à la volonté et à l'accord commun des parties de s'y soumettre. En cas d'absence d'un tel accord, le différend ne peut trouver d'autre règlement que dans la coexistence de poursuites pénales parallèles.

B. Le droit suisse

En droit suisse, en ce qui concerne le crime de corruption active, c'est en principe un délit formel, ce qui devrait exclure le rattachement par l'article 8 du Code pénal suisse (CP)¹⁸ et donc via le principe d'ubiquité. *Quid* toutefois de l'application parallèle de l'article 305^{bis} CP qui réprime le blanchiment d'argent en cas d'auto-favorisation ?

C. Les instruments internationaux

La coexistence de ces critères de rattachement est clairement reconnue par les instruments internationaux réprimant la corruption. La multi-compétence en matière de poursuites pénales est en effet traitée par l'article 4 III COCDE ainsi libellé : "Lorsque plusieurs parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente convention, les parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même pour exercer les poursuites."

On aura compris de cette citation qu'il faut, d'une part, que l'une des parties prenne l'initiative de se concerter avec l'autre et, d'autre part, que c'est une condition purement potestative, n'ayant aucun caractère obligatoire. Au surplus, les parties sont simplement invitées à se concerter mais aucune atteinte à leur souveraineté n'est envisagée.

La CPCCE ne contient apparemment aucune norme qui vienne réguler les poursuites multiples issues du même complexe de faits ; quant à la Convention de Mérida, elle envisage à son article 47 le transfert des procédures pénales. C'est ici le transfert entre les Etats parties des procédures existantes qui est envisagé, et selon les termes de cette disposition, "dans les cas où ce transfert est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne

¹⁸ Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

administration de la justice et, en particulier lorsque plusieurs juridictions sont concernées, en vue de centraliser les poursuites”.

Ici encore, c'est dans un but d'efficacité qu'une telle mesure pourrait être prise. Il n'y a aucune obligation faite à un Etat partie à la Convention, le choix du transfert étant laissé à la libre appréciation de l'un ou l'autre des Etats parties.

D. Les poursuites multiples

On comprend dès lors que la multiplicité de ces poursuites n'offre aucune garantie ni protection à la personne physique ou morale qui en serait l'objet. On ne prévoit ni la possibilité ni l'obligation de ne poursuivre la personne qu'à une seule reprise pour l'ensemble des faits, pas plus qu'on n'envisage un procès unique des personnes physiques ou morales qui auraient été actives dans le cadre de la corruption. Ceci permet de rappeler que, contrairement à la protection conférée à une personne physique ou morale par la législation nationale, il n'existe pas sur le plan international d'interdiction de poursuivre ladite personne physique ou morale à plusieurs reprises pour les mêmes faits dans des Etats différents. Le principe *ne bis in idem* ne trouve donc pas d'application sauf s'il est spécifiquement prévu par une convention ou un traité. Tel est le cas par exemple de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 ou encore de l'article 50 du Traité de Lisbonne.

En matière d'extradition, un Etat requis peut refuser d'accorder l'extradition lorsqu'il a définitivement jugé l'individu réclamé¹⁹. Il faut que le jugement porte sur les faits à raison desquels l'extradition est demandée. Le jugement intervenu dans l'Etat requis est alors un obstacle absolu à l'extradition. En revanche, le classement ou le refus d'ouverture d'information contient une clause potestative. La Suisse a largement étendu les effets du principe *ne bis in idem* en considérant que le jugement antérieur faisant obstacle à l'extradition peut aussi émaner d'un Etat tiers, qu'il soit ou non partie à la Convention européenne d'extradition ou à ses protocoles. La seule exigence tient au lien de territorialité entre l'Etat tiers et les faits jugés par ce dernier.

¹⁹ Art. 9 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1) et art. 2 de son protocole additionnel du 15 octobre 1975 (RS 0.353.11).

En matière d'entraide, la législation suisse²⁰ permet de refuser l'entraide pour autant qu'une poursuite pénale ait déjà été ouverte en Suisse à l'encontre d'une personne y résidant. Cet obstacle tombe toutefois si la poursuite existe à l'étranger à l'encontre d'autres personnes également. Comme déjà mentionné, la coexistence de ces poursuites n'est pas un phénomène isolé ou rare dans le cadre des enquêtes actuellement en cours. On pourrait par ailleurs ajouter que la situation n'est pas réservée au corrupteur mais qu'elle peut également viser le corrompu dans la mesure où, en ratifiant la CPCCE, les Etats se sont aussi donné la possibilité de poursuivre l'agent public étranger corrompu. Une poursuite dans l'Etat où la corruption a eu lieu ainsi qu'une autre dans celui où l'agent public étranger a été rémunéré sont donc possibles en concomitance, voire en parallèle. On réservera de plus la possible poursuite pour d'autres faits que la corruption, soit pour le blanchiment d'argent.

Cette situation doit être déplorée, de même que le fait que les instruments internationaux ne permettent pas qu'une personne physique ou morale ne soit poursuivie qu'une seule fois pour les mêmes faits. La désignation d'un organisme permettant de trancher des différends en cas de conflit positif de compétence serait bienvenue. Alternativement, l'on pourrait exiger des Etats signataires qu'ils s'engagent à reconnaître, voire à exécuter, les décisions rendues à l'étranger portant sur des faits faisant l'objet de leur propre poursuite. Une réserve devrait être faite pour éviter les condamnations de complaisance²¹; nous avons déjà signalé ces difficultés dans le cadre de l'application de la COCDE²².

V. L'attitude de l'Etat étranger, siège de la corruption

Nous avons déjà énoncé que l'adhésion par un Etat à l'une des conventions relatives à la corruption ne signifiait pas pour autant la manifestation tangible de sa volonté de coopérer avec un Etat étranger dans la lutte contre

²⁰ Art. 66 EIMP.

²¹ La solution suisse relative au refus d'exécuter des condamnations de complaisance se trouve contenue dans les diverses dispositions énumérant les critères de rattachement. Ainsi à l'art. 3 III CP.

²² HARARI, Maurice/JULEN BERTHOD, Anne-Valérie, ad commentaire des art. 9-11, p. 441, in : PIETH/LOW/CULLEN (édit.), *The OCDE Convention on Bribery: A Commentary*, Cambridge University Press, 2007.

la corruption. La situation politique dans l'Etat où la corruption a eu lieu, ou encore la position du corrompu pourront être des freins très importants à l'enquête menée à l'étranger. Cette enquête pourra viser tant des actes de corruption que de blanchiment d'argent. Il n'est pas peu fréquent à cet égard que la demande présentée par l'Etat étranger se heurte à des obstacles. Dans un certain nombre de cas, le refus de coopérer est explicite; dans d'autres, il est implicite. Enfin, il existe une troisième catégorie de situations dans lesquelles l'exécution de la demande de coopération se heurte à la réglementation en matière de preuve.

A. Le refus explicite de coopérer

Le refus explicite: si l'on prend pour exemple la vaste enquête menée depuis la Suisse sur les conditions dans lesquelles la rénovation de la Cour des comptes avait été conduite en Russie, au travers d'une société suisse comme maître d'œuvre, on constate que cette procédure a abouti à un prononcé pénal à l'encontre de plusieurs intermédiaires suisses et étrangers bien que les demandes d'entraide adressées par l'autorité suisse soient restées sans effet. Ces faits remontent certes aux années 1998-2000, soit avant l'entrée en vigueur, pour la Suisse, de la COCDE. On peut cependant douter que, même si cette convention avait été en vigueur à l'époque, les initiatives helvétiques eussent eu plus de succès. Dans un cas comme celui-ci, le refus de l'Etat étranger de coopérer est explicite: il aboutit à l'affirmation que "tout va bien" sur le plan national et que, dès lors, il n'y a pas lieu à ouverture d'une enquête dans cet Etat. De même, au-delà du refus d'ouvrir une enquête dans le pays de la personne corrompue, la qualité de la coopération fournie s'est avérée insuffisante. Ainsi, face à la nécessité objective d'établir, par exemple, que le prix de la réalisation de travaux était surfait, le juge d'instruction suisse a reçu pour réponse à sa commission rogatoire que le prix payé était parfaitement correct. Ce alors même que l'autorité demandant la coopération était en possession de la documentation permettant d'établir que le prix avait été augmenté sans raison...

Face à un refus explicite de coopération, l'Etat requérant qui souhaite poursuivre les corrupteurs actifs ou les corrompus, voire les intermédiaires, n'a pas d'autre ressource que de se fonder uniquement sur sa propre législation ainsi que sur sa propre capacité à acquérir des preuves. La

coopération de l'Etat étranger requis (bien que signataire d'une convention) est alors inexistante.

B. *Le refus implicite de coopérer*

Le refus de coopérer peut être plus subtil et implicite. Il peut se manifester au travers du constat fait par les autorités de l'Etat requis que la demande d'entraide émanant de l'Etat requérant (qui souhaite poursuivre les faits de corruption) est lacunaire, peu compréhensible ou encore non recevable. Vraisemblablement pour les mêmes raisons que celles indiquées plus haut, le refus de l'Etat de coopérer est manifeste. Il est cependant implicite en ce sens qu'il n'est jamais exprimé de façon abrupte mais plutôt en se fondant sur des motifs d'ordre procédural. On constate cependant la réalité du refus lorsqu'une nouvelle demande de coopération se heurte aux mêmes objections que celles formulées précédemment. Ce type de refus implicite existe lorsque les personnes visées par la demande d'entraide sont proches du pouvoir ou détiennent elles-mêmes le pouvoir.

Ici encore, la coopération internationale n'existe pas réellement et ne permet pas d'éviter l'impunité des corrompus ou des corrupteurs.

C. *L'obtention des preuves*

La demande de coopération à l'étranger, qui vise généralement à l'obtention de preuves, peut se heurter encore à d'autres obstacles. La qualité des preuves fournies, sous forme de photocopies incomplètes, ou encore de fragments de la procédure menée à l'étranger ne permettent quelquefois pas aux autorités de l'Etat requérant d'aboutir. Et lorsque l'enquête porte sur le blanchiment du produit de la corruption dans le (ou les) Etat(s) requérant(s), il est nécessaire d'établir l'existence du crime préalable. L'absence d'une telle preuve peut s'avérer insurmontable à cet égard. L'Etat requis qui ne fournirait pas des preuves de qualité dans ce contexte saboterait purement et simplement l'enquête étrangère. Ce qui vient d'être dit à propos du blanchiment vaut également pour la corruption active. Le paiement par une personne physique ou morale de commissions ou de frais à des consultants à l'étranger ne pourra être vu comme un élément constitutif de la corruption active que pour autant que le pacte de corruption

puisse être établi. Lorsque la personne corrompue est contactée non par l'entreprise ou la personne physique poursuivie mais par un tiers mandataire, l'absence de preuve permettant d'établir le lien entre le mandataire et l'agent public étranger peut purement et simplement amener au constat que les poursuites ne peuvent être continuées et doivent donc être abandonnées dans l'Etat requérant.

Sans vouloir généraliser, il n'est pas rare que les Etats dans lesquels on allègue que la corruption est endémique adoptent une attitude équivalente à un refus de coopérer, ce qui met alors un frein à l'application des normes matérielles en vigueur dans les Etats dans lesquels les corrupteurs actifs se trouvent.

VI. Le cas particulier du transfert des valeurs saisies

S'il est exact que la Convention de Mérida prévoit à ses articles 51 à 59 le mécanisme et les conditions relatives au "recouvrement d'avoirs", la législation suisse contient quant à elle depuis longtemps des normes permettant de procéder à de tels recouvrements, intitulés "remise" dans la législation suisse.

A. Le droit suisse

Depuis la modification de l'EIMP entrée en force en février 1997, la loi nationale prévoit la possibilité de faire droit à une demande de saisie probatoire comme à celle d'une saisie conservatoire. La saisie conservatoire peut quant à elle donner lieu par la suite, en application de l'article 74a EIMP, à une remise à l'Etat étranger en vue de confiscation et de restitution. Les objets et valeurs visés par cette disposition couvrent tout le champ tant du résultat de l'infraction que des avantages destinés à récompenser l'auteur ou à le décider de commettre l'infraction; aux termes de cette disposition, le remploi du produit ou du résultat de l'infraction est également susceptible de remise.

Il va de soi cependant que cette remise n'a de sens que si elle a été précédée d'une saisie. Le droit suisse autorise la saisie à des fins conservatoires, fondée sur l'article 18 EIMP ou sur l'article 63 II lit. b EIMP.

Le blocage (ou le gel, ou la saisie, ou le séquestre selon les différentes terminologies) doit être ordonné de manière urgente afin d'être efficace. Par la suite, le droit suisse limite très fortement les possibilités de remettre en cause les décisions de saisie.

En vertu des principes déjà énoncés de faveur et de l'utilité potentielle (*Günstigkeitsprinzip*), la jurisprudence suisse récente semble permettre la saisie, qu'elle ait ou non fait l'objet d'une requête expresse étrangère²³. Il va de soi cependant, à notre avis, que le séquestre opéré par l'autorité suisse de manière provisionnelle, en anticipation d'une demande étrangère ou sur le vu d'une demande étrangère implicite, devra impérativement trouver ensuite confirmation de la part de l'autorité étrangère.

De ce fait, il a été à juste titre énoncé, tant dans le Message à l'appui de la ratification de la Convention de Mérida²⁴ que dans les commentaires, que cette convention ne nécessitait pas une adaptation du droit interne suisse. Le recouvrement d'avoirs ou la restitution est un "principe fondamental" de la Convention de Mérida²⁵. On notera à cet effet que l'article 54 de cette convention enjoint à chaque Etat partie de créer sa propre compétence tant pour ordonner la confiscation de biens d'origine étrangère dans le cadre d'une procédure pénale nationale que pour prévoir les situations où une procédure ad hoc doit être initiée en raison de l'absence ou du décès de l'auteur d'une infraction de corruption.

B. La Convention de Mérida

L'article 57 de la Convention de Mérida, intitulé "restitution et disposition des avoirs", consacre la pratique helvétique selon laquelle le résultat de l'infraction de corruption, soit l'avantage indu reçu par l'agent public étranger, et qui se trouverait en Suisse, est restitué à l'Etat étranger sans faire au préalable l'objet d'une confiscation en Suisse ; que cela soit dans le cadre d'une poursuite à caractère autonome ou dans le cadre de la poursuite d'intermédiaires financiers ayant blanchi des fonds ou encore des corrupteurs actifs.

23 Cf. à cet effet l'arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.8 du 16.04.2010. Le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas prononcé à ce jour sur le sujet.

24 Message du Conseil fédéral concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption, du 21 septembre 2007, FF 2007 6931.

25 Art. 51 de la Convention de Mérida.

La confiscation des avantages indus reçus par l'auteur de la corruption reste cependant, et logiquement, du ressort de l'Etat dans lequel ce corrupteur a agi et dans lequel l'enquête a été ouverte.

Cette même disposition (article 57 III lit. a) comporte une particularité: l'on vise ici la soustraction de fonds publics et/ou le blanchiment desdits fonds. Il s'agit moins de corruption au sens large du terme que de gestion déloyale des intérêts publics, voire d'abus de confiance. On se souviendra que dans le cas Abacha, qui a amené le Tribunal fédéral à se prononcer à plusieurs reprises²⁶, il a été jugé que l'origine des fonds était "limpide" et que l'on pouvait établir que des prélèvements massifs avaient été faits dans les caisses de l'Etat par une véritable organisation criminelle. Dans un tel cas, il ne fait pas de doute que le dirigeant étranger était corrompu, mais on doit se demander si, en droit suisse, la qualification de ses agissements aurait été celle de corruption. Quoi qu'il en soit, dans ce cas, la Convention de Mérida permet la restitution à l'Etat étranger des fonds saisis alors même que l'agent public étranger a décidé de s'approprier les fonds sans l'intervention d'un corrupteur national ou étranger.

C. *La remise des avoirs*

1. Questions de fond

La restitution des avoirs devrait en principe être opérée en faveur de l'Etat dans lequel la corruption a eu lieu. *Quid* si les gouvernants de cet Etat sont eux-mêmes corrompus? Cette question, qui ne relève pas du paternalisme ou d'un mépris pour les institutions d'un autre Etat, soulève de réels problèmes. Elle a été quelquefois contournée par la remise des avoirs à des organismes internationaux afin de s'assurer de leur utilisation dans l'intérêt de la population de l'Etat dans lequel la corruption avait eu lieu. Lorsque les banques suisses ont été confrontées à cette situation, des voix n'ont pas manqué de stigmatiser le refus de remise des fonds en arguant de l'intérêt de ces banques à assurer la permanence de ces fonds en Suisse. Ce raisonnement a été battu en brèche dans l'affaire Marcos, puisqu'en définitive le Tribunal fédéral a autorisé la remise à l'étranger des sommes détenues par des fondations ou entités apparentées au clan Marcos; et ce alors même

26 Cf. en particulier ATF 129 II 268 et 131 II 169.

que ce dernier était décédé, que la preuve de l'existence d'une procédure pénale à l'étranger n'avait pas été rapportée, et que les procédures autonomes de confiscation initiées à l'étranger n'avaient pas abouti. L'un des motifs invoqués tenait, en résumé, à la volonté de ne pas ternir ultérieurement la réputation de la place financière suisse.

S'inspirant de la position du Tribunal fédéral²⁷, le Message²⁸ du Conseil fédéral à l'appui de la ratification du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Mexique²⁹ reprend ce concept et prévoit à l'article 12 la possibilité spécifique de remettre des avoirs en renonçant à la production par l'Etat requérant d'une décision de confiscation définitive et exécutoire. Le Message fait ensuite référence au fait que la jurisprudence fédérale³⁰ considère qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Suisse d'être un refuge pour des valeurs qui sont le produit du crime.

Si des victimes privées, personnes physiques ou morales, existent, la remise devra avoir pour objet la restitution à ces dernières des biens transférés. L'esprit des conventions internationales et la lettre de la législation suisse permettent d'envisager à tous les stades de la procédure une telle remise, mais en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'Etat requérant. La Convention de Mérida ne semble pas prévoir un autre système puisqu'elle stipule à son article 57 III lit. a que dans le cas de la soustraction de fonds publics, il faut le prononcé d'une confiscation "sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'Etat Partie requérant". L'Etat requis peut toutefois renoncer à cette exigence (comme en droit suisse) et restituer quand même les biens confisqués. Dans les cas de corruption proprement dits³¹, le mécanisme prévu est le même. On semble cependant viser ici le cas dans lequel c'est l'Etat requérant qui est lui-même lésé. En présence de lésés autres que l'Etat étranger, la restitution est alors prioritaire³².

27 ATF 131 II 169 précité.

28 Message du Conseil fédéral concernant le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Suisse et le Mexique, du 25 octobre 2006, FF 2006 8651.

29 Traité du 11 novembre 2005 d'entraide judiciaire en matière pénale entre la Confédération Suisse et les Etats-Unis du Mexique, en vigueur le 15 septembre 2008, RS 0.351.956.3.

30 ATF 131 II 169.

31 Art. 57 III lit. b de la Convention de Mérida.

32 Art. 57 III lit. c de la Convention de Mérida.

2. La procédure

Quant aux garanties procédurales, force est de constater que l'on n'en trouve aucune dans la Convention de Mérida, sinon par référence au droit interne de l'Etat requis. Seule la protection du tiers de bonne foi semble être assurée. En droit suisse, la procédure prévue par l'EIMP prévoit le droit de contester la décision de remise, avec un droit de recours auquel s'attache un effet suspensif tant durant le délai de recours qu'en cas d'exercice de ce droit. Outre l'absence de garanties procédurales spécifiques, on remarquera que le droit de l'Etat ayant procédé à la confiscation d'avoirs ou de biens est réservé. Cela semble résulter de l'article 57 I de la Convention de Mérida, qui prévoit pour l'Etat confisicateur la possibilité d'en disposer "y compris en les restituant" tout en réservant la conformité au droit interne. Cette disposition ne permet pas de résoudre de manière concrète la question suivante: *quid* d'une décision de confiscation étrangère dont on demanderait l'exécution? On pourrait envisager en droit suisse l'application des articles 94 ss EIMP. On connaît la difficulté posée par ce type de disposition figurant déjà aux articles 13 et 15 de la convention relative au blanchiment³³ du Conseil de l'Europe. Retenons que selon la pratique suisse, la confiscation d'avoirs sur lesquels une victime pourrait avoir des droits permettrait l'application de l'article 73 CP, soit l'allocation au lésé. Ce n'est véritablement que dans le cadre des crimes sans victime que la confiscation en Suisse aurait un sens, la restitution ou l'allocation devant toujours avoir la priorité.

On se souviendra en effet que la confiscation n'a pas pour seul résultat de faire en sorte que "le crime ne paie pas", mais d'attribuer également à l'Etat confisicateur la propriété sur les biens litigieux. On conçoit difficilement dans ces circonstances quelles garanties procédurales pourraient être données à la personne physique ou morale contestant l'exécution d'une décision de confiscation prononcée à l'étranger.

³³ Convention du Conseil de l'Europe n° 141, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, du 8 novembre 1990, entrée en vigueur pour la Suisse le 11 septembre 1993, RS 0.311.53.

VII. Conclusion

La manifestation de la volonté des Etats de coopérer dans la lutte contre la corruption ne s'accompagne pas systématiquement de mesures permettant de rendre efficaces ces déclarations d'intention. Sur le plan de la coopération internationale, si l'on demande aux Etats de s'entraider, les instruments pour le faire ne sont fournis que par référence à des conventions ou traités déjà existants, sans progrès ou innovation résultant des accords spécifiques à la lutte contre la corruption. Enfin, si des efforts notables ont été accomplis dans le cadre de la possible restitution des avoirs issus de la corruption, force est de constater que l'on ignore les garanties procédurales et que les mécanismes mis en œuvre d'exécution d'une décision étrangère de confiscation pourraient se heurter à l'affirmation de la souveraineté d'un autre Etat.

Quant à la protection de la personne physique ou morale contre la multiplicité des poursuites, voire des jugements, il faut ici encore déplorer l'absence complète de dispositions conventionnelles à cet égard.

“OIL FOR FOOD” : ENJEUX ET DIFFICULTÉS D’UNE ENQUÊTE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE PAIEMENTS ILLICITES

Mark Pieth *

I. Introduction

Dans cet exposé, nous aborderons le thème de l’enquête internationale en matière de corruption à travers un exemple concret, soit l’enquête qui a porté sur la mise en œuvre du programme de l’ONU “Pétrole contre nourriture”, négocié avec l’Irak dans les années 1990. Notre analyse alternera donc entre réflexions générales sur le sujet de la corruption internationale et description du contexte spécifique de l’enquête “Oil for Food”.

Cette enquête, diligentée par le Secrétaire général de l’ONU, fut particulière à plus d’un titre. Tout d’abord, sur le plan supranational, il s’agissait d’une enquête administrative, c’est-à-dire d’une enquête qui visait un niveau de preuve bien plus bas qu’une enquête pénale nationale (*preponderance of probability*).

Ensuite, le fait que l’enquête fut menée sous l’égide d’une organisation internationale impliquait certaines limites, comme l’absence de mesures de contrainte et l’impossibilité de pouvoir recourir directement à une police nationale. Ce nonobstant, grâce à une Résolution votée par le Conseil de Sécurité, elle bénéficia cependant d’une légitimité assez forte, propre à ouvrir les portes de la coopération sur le plan politique.

D’autres particularités enfin de cette enquête furent le délai très bref dans lequel elle devait être achevée, l’importance considérable des enjeux politiques et le caractère dangereux de la mission, puisque les preuves devaient être rassemblées dans les conditions de guerre civile qui régnaient alors à Bagdad.

* Professeur à l’Université de Bâle, président du Groupe de travail de l’OCDE sur la corruption et président du Basel Institute on Governance.

Dès lors, le récit qui suit évoquera un contexte à la fois très politisé et technique, dans lequel il fut parfois nécessaire de recourir à des méthodes fort peu orthodoxes.

A titre préliminaire, quelques observations à propos de la corruption transnationale et des enjeux de son investigation s'imposent toutefois.

Il a fallu vingt ans d'efforts pour que le sujet commence à s'inscrire dans les préoccupations des procureurs nationaux ainsi que dans celles des services juridiques et de *compliance* des entreprises.

Peut-être ceci est-il partiellement dû au fait que les risques liés à la corruption ont considérablement augmenté durant cette période, entre autres grâce à la pratique du Department of Justice et de la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis, ainsi que de certaines autorités européennes, notamment en Allemagne. Les affaires Siemens, Halliburton, BAE, Metcalf et Eddy ont eu un très grand écho. Cette liste est cependant loin d'être exhaustive puisque, à notre connaissance, 250 affaires sont actuellement en cours dans les pays membres de l'OCDE.

Dans tous les cas de corruption internationale, les enjeux politiques restent substantiels. Le pays dit "victime" est généralement peu enclin à accorder l'entraide judiciaire et tant que le clan des corrompus restera au pouvoir, l'obtention des preuves sera difficile.

Prenons pour exemple l'affaire Anglo Leasing, au Kenya : tous les partis politiques qui se sont succédés au pouvoir, depuis la présidence d'Arap Moi (1978-2002) jusqu'à Kibaki et Odinga, se sont servis de la même construction de sociétés écrans et de structures financières afin de détourner des centaines de millions de dollars des caisses de l'Etat. Le dernier épisode fut l'achat présumé d'un sous-marin espagnol avec l'aide d'un intermédiaire, de compagnies BVI et de comptes bancaires ouverts à Genève. Jusqu'à récemment, un tribunal kényan bloquait l'entraide demandée par la Suisse dans le contexte d'une procédure de blanchiment d'argent. Ce blocage n'a été levé par la Cour suprême du Kenya que depuis peu : manifestement, l'entraide réunit des aspects tant légaux que politiques.

Le risque d'influence politique n'existe cependant pas uniquement dans les pays en voie de développement, mais aussi dans les pays industrialisés. Un exemple en est le refus, par l'Allemagne, d'accorder l'entraide judiciaire aux Philippines dans le cas de l'aéroport de Manille. On peut aussi citer l'exemple de la Grande-Bretagne, où le Premier Ministre a requis de l'Attorney General la clôture d'une procédure contre British

Aerospace (BAE) sous la pression politique du secteur privé et de l'Arabie saoudite¹.

Les aspects politiques n'entrent cependant pas seuls en ligne de compte ; les enjeux légaux des enquêtes internationales en matière de corruption sont également substantiels.

L'affaire Siemens a dévoilé au grand jour le monde des "caisses noires" : Dans ce genre d'affaire, il arrive fréquemment que, même avec l'entière collaboration de la compagnie concernée, on ne puisse pas identifier la destination prévue de fonds occultes qui ont été sortis des comptes officiels et qui sont destinés à la corruption en général. Souvent, ces fonds ne sont pas encore attribués à des contrats spécifiques. Sous l'angle juridique, ces faits pourraient être qualifiés de gestion déloyale ; ils se situent cependant encore très en amont du crime consommé, dans la phase pré-préparatoire qui ne relève pas du Code pénal (CP). Se pose dès lors la question de savoir si la confiscation selon les articles 70 et 71 CP ne présuppose pas un acte réprimé par le Code pénal. L'article 70 alinéa 1 CP mentionne des valeurs patrimoniales "qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction" ; on pourrait donc être tenté d'en déduire qu'il permet une confiscation préventive, en s'appuyant sur la seule lettre de la loi. Cependant, cette interprétation s'éloignerait nettement de la *ratio legis* et se trouverait en conflit radical avec l'historique de la norme. Ce n'est là qu'une des difficultés de droit matériel rencontrées dans ce type d'affaires.

II. Le contexte spécifique de l'enquête "Oil for Food"²

Depuis 1990, l'ONU avait appliqué à l'Irak les sanctions économiques les plus radicales prises à ce jour. Ce fut la population qui en ressentit l'impact

1 Cf. le récit de cette affaire dans la contribution de CASSANI U., "La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir?", point III.C.4., dans le présent ouvrage.

2 VOLCKER P./GOLDSTONE R./PIETH M., *Independent Inquiry Committee into the United Nations Oil-For-Food Programme, Interim Report*, February 3, 2005 ; idem, *Second Interim Report*, March 29, 2005 ; idem, *Third Interim Report*, August 8, 2005 ; idem, *The Management of the United Nations Oil-For-Food Programme*, September 7, 2005, Volumes I-IV ; idem, *Manipulation of the Oil-For-Food Programme by the Iraqi Regime*, October 27, 2005, Report and Tables ; PIETH M., "„Öl für Lebensmittel" – Aufpreis für Aufträge", in : *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Cologne/Munich (Carl Heymanns Verlag) 2008, p. 901 ss.

le plus douloureux : rapidement, la distribution de nourriture devint difficile, et la mortalité infantile augmenta dramatiquement. Il devint vite prévisible que l'embargo n'allait pas pouvoir être maintenu très longtemps, et le chef de l'Etat irakien, Saddam Hussein, espérait forcer l'ONU à l'abandonner. En 1992 déjà, l'ONU proposa cependant à l'Irak l'introduction d'un régime mieux calibré de *smart sanctions*. Saddam Hussein résista, mais finit par comprendre que sa stratégie n'allait pas l'emporter.

Dès 1996, le programme "Pétrole contre nourriture", négocié sous l'égide du Secrétaire général de l'ONU Boutros Boutros-Ghali, devint opérationnel. Le concept était assez simple, mais les dimensions de sa mise en œuvre furent sans précédent. Le programme permit la vente de pétrole, à un prix légèrement inférieur au marché pour favoriser les ventes, et l'affectation des fonds ainsi générés à l'achat des diverses marchandises nécessaires à la survie d'une population tout entière.

Dans ce cadre, Saddam Hussein et son régime pouvaient choisir les cocontractants et déterminer, dans certaines limites, les prix du pétrole et des marchandises importées, sous le contrôle de l'ONU. Toutefois, ce contrôle ne fut pas efficace, et les agences de l'ONU et d'autres organisations d'entraide se révélèrent manifestement inaptes à assurer le maintien de l'organisation d'un Etat entier.

Dans ce contexte, Saddam Hussein et son régime parvinrent à détourner 1,8 milliard de dollars de "surcharges" versées par les centaines de compagnies qui participèrent au programme – soit un montant de 10 à 30% sur chaque contrat –, ainsi que plusieurs milliards de dollars issus de la contrebande, ce qui leur permit de subventionner des amis et alliés et d'acheter des armes.

III. Le déroulement de l'enquête

En raison de ces dysfonctionnements du programme "Pétrole contre nourriture", Kofi Annan (le successeur de Boutros Boutros-Ghali), se trouva exposé à de très fortes pressions, notamment de la part des ultraconservateurs aux Etats-Unis. Il pensa pouvoir s'en libérer en nommant un comité d'enquête composé de trois personnes : Paul Volcker, Richard Goldstone et nous-même, Mark Pieth. Employant 75 enquêteurs et nécessitant plus de 30 millions de dollars durant les deux années qu'elle dura, cette enquête permit de qualifier, dans un rapport de plusieurs milliers de pages, le com-

portement de l'ONU, des pays membres de l'ONU ainsi que des compagnies ayant participé au programme.

Comme déjà mentionné, les enjeux furent immenses, notamment sur le plan politique, à cause de pressions, d'interventions de services secrets et de fuites médiatiques.

En premier lieu, afin d'asseoir son indépendance et de s'assurer la coopération des pays concernés, le comité d'enquête demanda au Conseil de sécurité d'adopter une Résolution³, qui devint la véritable source de légitimation de son travail.

Quels étaient cependant les moyens de travail du comité d'enquête ?

Tout d'abord, le comité eut accès aux archives de l'ONU et put auditionner les employés de l'ONU. S'apercevant que ces derniers poursuivaient la destruction de documents alors que l'enquête avait débuté, le comité demanda immédiatement l'accès aux ordinateurs, non seulement au niveau de la direction du programme "Pétrole contre nourriture", mais également au niveau des dirigeants de l'ONU. A cette documentation s'ajoutèrent les archives et des interviews avec des agences d'audit ainsi qu'avec la banque fiduciaire.

Dans les pays membres de l'ONU, le comité d'enquête se pencha sur les lois nationales et les traités bilatéraux (par exemple, la Suisse et sa loi sur les embargos de 2003⁴, appliquée rétroactivement). Se faisant, il fut fréquemment contraint de demander la coopération directement sur la base de la Résolution du Conseil de Sécurité.

Dans plusieurs pays, le comité d'enquête obtint l'accès aux courriers diplomatiques, notamment en France, en Angleterre, aux Etats-Unis et en Russie. Naturellement, l'aspect le plus délicat fut l'accès aux comptes bancaires. Il faut préciser que le comité d'enquête disposait à cet égard d'un moyen qui n'est habituellement pas à disposition des enquêteurs pénaux, soit l'accès électronique aux données des cinq dernières années du système de clearing en dollars de la Federal Reserve des Etats-Unis. Ce moyen particulièrement efficace rendit inutiles les *fishing expeditions*, puisqu'il permit aux enquêteurs d'exiger très précisément des pays concernés des dossiers bancaires spécifiques. La Suisse contribua ainsi à l'enquête en y

3 Résolution 1538 (2004), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4946^e séance, le 21 avril 2004.

4 Loi fédérale du 22 mars 2002 sur l'application de sanctions internationales (loi sur les embargos, LEmb, RS 946.231), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003.

versant des centaines de dossiers. Le comité obtint aussi la collaboration de la Jordanie, de la Syrie, du Liban, des Emirats arabes unis, du Liechtenstein et de Monaco.

Parfois, l'obtention des documents se révéla un peu plus difficile. Dans ces cas-là, il fallait s'assurer de suivre à la lettre les règles de l'entraide internationale en matière pénale. Généralement, le comité d'enquête envoyait d'abord une délégation plutôt politique, afin d'exposer les besoins et d'obtenir l'accord pour l'envoi sur place des équipes techniques. Selon notre expérience personnelle, un déblocage politique s'avérait parfois nécessaire, avec des interventions écrites ou téléphoniques auprès des gouverneurs des banques centrales, des ministres des finances ou des autorités en charge des poursuites pénales. Il fallait adapter nos arguments pour convaincre ces personnes de la nécessité d'accorder l'entraide dans des délais très brefs. Dans la plupart des cas, cette collaboration fut obtenue dans des délais exceptionnellement courts s'agissant de l'entraide étatique.

En Irak enfin, le comité d'enquête se procura en premier lieu des centaines de *side letters*, soit des promesses écrites de compagnies s'engageant à effectuer des paiements illicites, allant au-delà des contrats officiels. De plus, il fut possible d'interviewer des fonctionnaires ainsi que des ministres de l'ancien régime.

En résumé, cette méthode mixte (technique et politique) permit de mettre à jour un système étendu de compagnies prêtes à faire des paiements illicites afin d'obtenir des contrats, notamment par le biais d'intermédiaires.

Une des principales difficultés dans une enquête impliquant des paiements illicites est souvent de faire la preuve de l'élément subjectif, même en présence d'un *paper trail* parfaitement identifié. Dans le cas de l'enquête "Oil for Food", cette difficulté est illustrée, entre autres, par les affaires impliquant des *traders* en pétrole ou encore l'Australian Wheat Board (AWB), qui fut le plus important acteur illégal, ayant versé à lui seul environ 230 millions de dollars de "surcharges".

Toutefois, dans le contexte d'une enquête administrative comme la nôtre, l'établissement de l'élément subjectif n'était pas nécessaire, car il incombait aux autorités nationales, dans leurs procédures ultérieures, de compléter la démonstration du *paper trail* par une analyse de cet élément.

IV. Questions juridiques de fond

Avant de tirer des conclusions et de comparer cette expérience avec la situation d'enquête habituelle dans les cas de corruption transnationale, il convient de mentionner que les autorités nationales qui se sont penchées sur les dossiers présentés par le comité d'enquête se sont trouvées en difficulté pour qualifier correctement ces "surcharges" au regard du droit matériel.

En effet, même si l'enquête a révélé certains cas dans lesquels des sommes étaient destinées à un fonctionnaire particulier, les fonds étaient dans leur très grande majorité versés dans la caisse officielle, le "divan présidentiel", afin de servir au gouvernement irakien à acquérir des armes et à payer des amis du système pour leurs services: les versements allaient donc à un Etat officiel, même si c'était un Etat "paria".

S'il est vrai que le concept général de la corruption englobe également des paiements à des tiers, il est difficile de parler d'un "abus de pouvoir à des fins de gain privé" lorsque ce tiers est l'Etat présumé victime.

Pour les autorités judiciaires de nombreux pays, il en découlait que les "surcharges" devaient être traitées comme constitutives d'infractions contre le régime des sanctions de l'ONU, infractions généralement réprimées au titre de simples contraventions et soumises à un délai de prescription très bref, rendant illusoire l'application de ces dispositions aux affaires liées à "Oil for Food".

V. Conclusion

Quelles sont, dès lors, les enseignements à tirer de l'enquête "Oil for Food" et, plus largement, des expériences de l'OCDE relatives à des centaines d'enquêtes internationales?

Le premier est sans doute que, tout en respectant les règles de procédure et les principes de l'Etat de droit, il faut user en matière de corruption, lorsqu'elle est le fait des personnes au pouvoir, de tous les moyens mis à disposition par le droit pénal, parmi lesquels la confiscation des gains illicites, la responsabilité des personnes morales et la responsabilité du gérant.

Par ailleurs, ces cas internationaux exigent de recourir à l'entraide judiciaire, laquelle dépend d'une part de normes techniques qu'il faut respecter à la lettre, d'autre part d'un élément politique qu'il y a toujours

lieu de prendre en compte. Ainsi, par exemple, trois pays se sont vu refuser, malgré leurs démarches officielles, l'accès aux données relatives à des comptes bancaires en Jordanie, alors que le comité d'enquête d'"Oil for Food" a pu convaincre les autorités de ce même Etat de coopérer en moins de deux mois.

Un autre exemple permet d'illustrer la manière dont le champ politique peut être utilisé afin de forcer un pays à accorder l'entraide voulue: le "Tour de table" du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption. Lors de chaque réunion plénière trimestrielle, les pays membres discutent de leurs cas spécifiques. Toutes les questions sont alors permises, y compris des questions très concrètes concernant des affaires citées dans les médias. Il est même possible de s'enquérir de la suite donnée à une commission rogatoire, et l'OCDE peut s'engager à aider un Etat membre à obtenir une réponse lors du prochain tour de table. Le pays concerné sera alors publiquement invité à répondre dans un délai de trois mois.

Enfin, il est probable que la Cour pénale internationale soit également amenée à se pencher sur la question du blocage d'avoirs, dans le cas des fonds de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre et d'avoir dépossédé leurs victimes de leurs avoirs.

Citons l'exemple du président soudanais Omar al-Bashir, dont l'argent est vraisemblablement déposé en partie auprès de banques locales dans les places financières de l'est du Soudan. Ces fonds paraissent ainsi soustraits à l'emprise de la Cour pénale internationale. En revanche, il serait possible d'inciter ces banques dépositaires à communiquer l'existence de ces relations d'affaires à la *Financial Intelligence Unit* locale, en lançant une action concertée, sur le plan mondial, pour éliminer les banques en question de la liste des banques correspondantes.

En résumé, il est, certes, nécessaire de respecter les règles de procédure, mais dans le domaine de la grande corruption transnationale, il faut aussi parfois savoir briser l'écran de protection politique en usant de moyens politiques et parfois même activistes.

LA RESTITUTION DES VALEURS ISSUES DE LA CORRUPTION

Bernard Bertossa*

I. Introduction

Il est rare, pour ne pas dire exceptionnel, que des valeurs patrimoniales obtenues par la corruption puissent être revendiquées par des ayants droit déterminés. Ces valeurs ne pouvant dès lors être restituées (au sens de l'art. 70 al. 1 CP¹) ni allouées (au sens de l'art. 73 CP) à des personnes ou à des collectivités lésées (au sens de ces dispositions), la question se pose de leur affectation lorsqu'elles sont confisquées et que les agents corrompus sont étrangers à la Suisse.

Les péripéties liées au sort des avoirs bloqués en Suisse et provenant de l'ancien dictateur haïtien Duvalier ont inspiré au Conseil fédéral le dépôt d'une loi topique² que le Conseil des Etats a adoptée avec de légères modifications, approuvées à son tour par le Conseil national³.

Au-delà de ce que pourrait suggérer son titre, cette loi sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (LRAI) ne se limite pas à la restitution des valeurs concernées, mais s'étend à leur blocage provisoire, puis à leur confiscation.

Le dispositif mis en place se veut subsidiaire aux mécanismes prévus par le droit de l'entraide⁴. Cette subsidiarité s'applique également par rapport aux règles du code pénal régissant la confiscation⁵.

* Procureur général de Genève de 1990 à 2002, juge au Tribunal pénal fédéral de 2003 à 2007.

1 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP).

2 Loi fédérale sur la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées (loi sur la restitution des avoirs illicites, LRAI). Message et projet sont publiés in FF 2010 2995 ss.

3 Les modifications concernent les art. 3 al. 2 (délai porté à 10 ans) et 8 (objectif de la restitution étendu au renforcement de l'état de droit dans le pays d'origine). La loi a été adoptée le 1^{er} octobre 2010; FF 2010 5979 (délai référendaire au 20 janvier 2011).

4 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP), traités bilatéraux et conventions multilatérales.

5 Art. 69 à 73 CP.

II. Les conditions d'application de la LRAI

Le champ d'application de la loi est limité par les conditions cumulatives suivantes (art. 1 et 2) :

- les valeurs sont déjà saisies dans le cadre d'une procédure d'entraide internationale ouverte à la requête de l'Etat dans lequel la personne titulaire du droit de disposition sur ces avoirs a exercé sa fonction publique (Etat d'origine) ;
- ce titulaire est une personne politiquement exposée (PPE) ou un proche de celle-ci⁶ ;
- en raison de la défaillance ou de l'inexistence de son système judiciaire, l'Etat d'origine n'est pas en mesure de satisfaire aux exigences de la procédure d'entraide ;
- la sauvegarde des intérêts de la Suisse exige le blocage des valeurs.

III. La procédure

Le Conseil fédéral décide si un blocage des avoirs doit intervenir ou non. Dans l'affirmative, il l'ordonne (art. 2 al. 1 et art. 11 qui ouvrent une voie de recours au Tribunal administratif fédéral) et charge le Département fédéral des finances d'introduire une action en confiscation auprès de ce même tribunal (art. 5). Si la confiscation est prononcée, les valeurs sont restituées à l'Etat d'origine, selon des modalités décidées par le Conseil fédéral (art. 8 à 10).

Sur ce dernier thème, la loi codifie en quelque sorte une pratique déjà ancienne des autorités suisses qui, dans un domaine où les contingences politiques sont aussi présentes que les exigences juridiques, ont fait œuvre de pionnières.

La restitution a pour objectif d'améliorer les conditions de vie de la population vivant dans l'Etat d'origine ou de renforcer l'Etat de droit dans ce pays. Ses modalités peuvent être négociées avec cet Etat et, notamment,

6 La notion de "personne politiquement exposée" et sa définition s'inspirent du droit en vigueur en matière de blanchiment (voir spécialement l'art. 1 de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 18 décembre 2002 sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs [OBA-FINMA 1: RS 955.022], ainsi que l'art. 2 al. 1 lit. a de la nouvelle OBA-FINMA [RS 955.022] qui entrera en vigueur en 2011).

revêtir la forme de programmes d'intérêt public avec contrôle de leur suivi. Si une restitution "directe" de cette nature n'est pas souhaitable, les valeurs confisquées peuvent être restituées par l'intermédiaire d'organismes internationaux ou nationaux, sous la supervision du Département des affaires étrangères.

IV. La présomption d'origine illicite des valeurs concernées

C'est l'aspect le plus innovateur de la loi. Cette dernière stipule (art. 6) que l'origine illicite des valeurs sur lesquelles une PPE détient un pouvoir de disposition est présumée lorsque ces valeurs se sont accrues de manière exorbitante en rapport avec la fonction publique exercée par cette personne. Il faut en outre que le degré de corruption de la PPE elle-même, ou de son Etat d'origine, ait été notoirement élevé pendant la durée d'exercice de la fonction.

V. Critique de la loi

Il y a de fortes chances pour que la LRAI ne trouve jamais d'application concrète⁷. Sa mise en œuvre est en effet soumise à des conditions contradictoires: elle suppose à la fois que l'Etat d'origine soit capable de transmettre à la Suisse une demande d'entraide recevable (sans quoi une saisie provisoire ne pourrait être ordonnée) et que cet Etat soit incapable de répondre aux exigences de la procédure d'entraide.

Ces conditions excluent en outre toute application de la loi à des PPE qui détiennent encore le pouvoir dans l'Etat d'origine.

Elles instituent, de manière regrettable, une différence de traitement entre un Etat d'origine défaillant (qui pourra bénéficier de la présomption d'origine illicite des valeurs) et un Etat capable de satisfaire aux exigences formelles de l'entraide mais qui ne pourrait toutefois réunir les preuves de cette origine illicite⁸.

⁷ Sauf dans le cas particulier des "fonds Duvalier" à la faveur des dispositions transitoires prévues à l'art. 14. Cette norme pose toutefois problème dans la mesure où elle autoriserait une application rétroactive de la présomption d'origine illicite.

⁸ Il n'est guère difficile, pour les détenteurs d'un pouvoir corrompu, de faire disparaître, pendant l'exercice de leurs fonctions, toute trace de l'origine de leur enrichissement.

La condition liée à la nécessaire sauvegarde des intérêts de la Suisse se prête à toutes les interprétations possibles et ne constitue guère un critère appréciable juridiquement.

La mise en œuvre de la loi est laissée au bon vouloir du pouvoir exécutif. Dans le cas où ce dernier refuse d'agir, il n'existe aucun recours auprès d'une autorité judiciaire.

LA RESTITUTION DES PROFITS ISSUS DE LA CORRUPTION : QUELS MOYENS EN DROIT PRIVÉ ?

Christine Chappuis*

Depuis deux décennies, les projecteurs sont braqués sur la lutte pénale contre la corruption. Par contraste, ils rejettent dans l'ombre les moyens offerts par le droit privé pour lutter contre la corruption, en particulier contre la corruption du secteur privé. Sur le plan international, le seul instrument utilisant les armes du droit privé est une convention du Conseil de l'Europe, la Convention civile sur la corruption de 1999 (Convention n° 174)¹. Cette convention, sœur jumelle et contemporaine de la convention sur la corruption en matière pénale², est entrée en force en 2003. La Suisse, qui a ratifié la convention pénale, n'en a pas fait autant pour la convention civile.

Pour les besoins du présent exposé, nous retiendrons une définition large de la corruption comme un phénomène³ envisagé dans son cadre contractuel, dont la caractéristique est l'octroi d'un avantage secret dans le but d'influencer la volonté d'une partie en faveur de celui qui accorde

* Professeure ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

1 Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe n° 174 (04.11.1999), disponible à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/174.htm> (site consulté le 02.12.2010). Trente-quatre Etats ont ratifié cette Convention qui est entrée en vigueur pour l'Autriche en 2006, pour l'Espagne en 2010, pour la France en 2008, etc. ; la liste des Etats membres peut être consultée à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=174&CM=8&DF=02/12/2010&CL=FRE> (site consulté le 02.12.2010). Voir par ailleurs l'inventaire des textes internationaux par RAESCHKE-KESSLER Hilmar, avec la collaboration de GOTTWALD Dorothee, "Corruption in Foreign Investment – Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents", in *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 1, Feb. 2008, p. 5 ss, 10-11.

2 La Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe n° 173 (27.01.1999) a été ratifiée par quarante-trois Etats dont la Suisse (dernier membre en date : l'Espagne pour une entrée en vigueur le 01.03.2010) ; elle est disponible à l'adresse : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/173.htm> (site consulté le 02.12.2010).

3 Le terme de "phénomène" est emprunté à HÉRITIER Anne, *Les pots-de-vin*, thèse, Genève (Georg) 1981, p. 29 ss.

l'avantage⁴. Ce phénomène met trois parties (au moins) en présence : le corrupteur, qui cherche à obtenir un contrat en fournissant un avantage de nature à influencer la prise de décision en sa faveur ; le corrompu, employé (mandataire, associé, auxiliaire) du tiers partenaire, qui est la personne recevant l'avantage et prenant une décision favorable au corrupteur ; le tiers, qui est le futur partenaire du corrupteur.

Le droit privé appréhende les situations de corruption au moyen des outils contractuels et délictuels classiques : nullité ou annulabilité du contrat, réparation du dommage sur un fondement contractuel ou délictuel (I.). Il dispose également d'un moyen permettant de s'en prendre aux profits illégitimes réalisés dans un contexte de corruption (II.). Ce moyen sera concrétisé sur la base d'un exemple tiré de la jurisprudence (III.).

I. Validité des contrats et indemnisation

La corruption pose deux questions étroitement liées en droit privé, celle de la validité des transactions conclues dans un tel contexte et celle de l'indemnisation de la victime d'un acte de corruption.

A. Les normes internationales

Ces points sont réglés dans la Convention n° 174 dont le but est de contribuer, par le moyen du droit civil, à la lutte contre la corruption en permettant aux personnes qui ont subi un dommage d'obtenir une réparation équitable⁵. Il vaut la peine d'exposer brièvement à titre liminaire quelques règles prévues par cette convention :

- la corruption est définie comme “le fait de solliciter, d'offrir, de donner ou d'accepter, directement ou indirectement, une commission illicite, ou un autre avantage indu ou la promesse d'un tel avantage indu qui affecte l'exercice normal d'une fonction ou le comportement requis du bénéficiaire de la commission illicite, ou de l'avantage indu ou de la promesse d'un tel avantage indu”⁶, une définition dont “la portée re-

4 HÉRITIER (n. 3), p. 19 ; TERCIER Pierre, “La corruption et le droit des contrats”, in SJ 1999 II 225-271, p. 227 ss.

5 Préambule, § 6, de la Convention n° 174.

6 Art. 2 de la Convention n° 174.

lativement large” est soulignée par le Rapport explicatif⁷ et qui couvre tant la corruption active que passive;

- l’art. 4 de la Convention n° 174 précise les conditions auxquelles la responsabilité de la personne recherchée peut être engagée: celle-ci doit avoir “commis ou autorisé l’acte de commission, ou omis de prendre des mesures raisonnables pour prévenir l’acte de corruption” (i.); l’autre partie doit avoir subi un dommage (ii.) en lien de causalité avec l’acte ou l’omission en cause (iii.);
- la convention pose le principe de la nullité du contrat (ou de la clause) “dont l’objet est un acte de corruption” et prévoit la possibilité, pour la partie dont le consentement a été vicié par un acte de corruption, de demander au tribunal l’annulation du contrat et des dommages-intérêts (art. 8 al. 1 et 2 de la Convention n° 174).

L’art. 8 de la Convention n° 174 distingue deux contrats. Le premier contrat, qui a pour objet l’acte de corruption, est souvent désigné par l’appellation “promesse de pot-de-vin”. Le second contrat, dit “subséquent”, est conclu sur la base du consentement vicié de l’une des deux parties. La validité, respectivement l’invalidité, de ces deux actes se détermine selon des règles différentes, qui sont largement reconnues en droit suisse.

B. La validité des contrats en droit suisse

La nullité de la promesse de pot-de-vin sur la base des art. 19 et 20 du Code des obligations (CO), et de l’art. 4 let. b de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) est admise sans difficulté⁸. En effet, la promesse par le corrupteur d’un avantage dans le but d’inciter le corrompu à favoriser le corrupteur en violation des devoirs incombant au corrompu représente un comportement prohibé par une série de règles (dispositions pénales sur la corruption, loi contre la concurrence déloyale). De ce fait, l’objet même du contrat est illicite ou, si les conditions des dispositions en cause ne sont pas réalisées, contraire aux mœurs⁹.

7 Rapport explicatif du Conseil de l’Europe sur la Convention civile sur la corruption (1999) n° 174, N 33 : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/174.htm>.

8 TERCIER (n. 4), p. 243 (voir p. 244 s., sur les controverses relatives à l’art. 4a LCD); HÉRITIER (n. 3), p. 104 ss. En *obiter dictum*, ATF 129 III 320 consid. 5.2, JdT 2003 I 331, SJ 2004 I 33 (*Ville de Zurich*), décision examinée ci-après; ATF 119 II 380 consid. 4b.

9 TERCIER (n. 4), p. 243 ss, 245.

Le contrat subséquent n'est pas affecté dans la même mesure que le contrat de pot-de-vin. Son objet même – fourniture de biens ou de services – n'a généralement rien de répréhensible en tant que tel. La nullité de la promesse de pot-de-vin ne déteint pas automatiquement sur le contrat subséquent. Il demeure que celui-ci a été conclu grâce à des manœuvres illicites. C'est la raison pour laquelle, même s'il n'est pas d'emblée nul, le contrat subséquent peut être attaqué notamment sur la base d'un vice du consentement (art. 23 ss CO), selon la conception partagée par la jurisprudence¹⁰ et la doctrine¹¹.

C. *L'indemnisation du dommage en droit suisse*

En ce qui concerne la réparation du dommage, deux fondements principaux sont envisageables en droit suisse : la responsabilité pour acte illicite (art. 41 ss CO) et la responsabilité pour inexécution (art. 97 ss CO). La partie qui subit le dommage est la partie au contrat subséquent dont le comportement a été vicié (victime). Différents postes de dommage sont envisageables en fonction du choix de la victime de maintenir ou d'invalider le contrat subséquent.

La première hypothèse est celle du maintien du contrat, moins dommageable pour la victime que la fin de celui-ci, par exemple parce que l'exécution en est déjà trop avancée¹². Dans ce cas, le dommage de la victime de la corruption peut consister en un prix trop élevé en raison du pot-de-vin payé par le corrupteur, ou en raison du fait que l'acte de corruption a fait obstacle à une négociation optimale des prestations, qui aurait permis d'obtenir les biens ou services en cause à meilleur compte auprès d'un autre contractant. Lorsque, seconde hypothèse, la victime choisit de mettre fin au contrat, son dommage peut, par exemple, consister dans les frais relatifs

¹⁰ ATF 129 III 320 consid. 5.2, JdT 2003 I 331, SJ 2004 I 33 (*Ville de Zurich*) et note de ROUILLER Nicolas, in SJ 2004 I, p. 44 ss ; ATF 119 II 380 consid. 4b. Voir l'analyse de CHAPPUIS Christine, "Le renoncement à la cause et à la *consideration* dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats", in *Revue de droit uniforme*, vol. XIII/2008-1/2, p. 253 ss, 273-281, relative à l'ATF 129 qui est considéré comme la décision de principe dans le domaine.

¹¹ TERCIER (n. 4), p. 258 ss, qui envisage également un vice de la représentation (p. 255 ss) et la contrariété aux bonnes mœurs (p. 262 ss) ; HÉRITIER (n. 3), p. 143 ss.

¹² L'art. 31 al. 3 CO réserve la prétention en dommages-intérêts de la victime d'un dol, ici d'un acte de corruption, lorsque le contrat est ratifié malgré le vice de consentement.

à la conclusion d'un nouveau contrat pour obtenir une prestation de remplacement ou pour terminer l'exécution des prestations inachevées.

La victime peut envisager de réclamer la réparation d'un tel dommage au corrupteur, d'une part, au corrompu, de l'autre. La victime et le corrupteur sont, en principe, parties au contrat subséquent (contrat de fourniture de biens, contrat de construction clés en main, etc.). Ce contrat, même parfaitement exécuté, a été obtenu par les manœuvres déloyales du corrupteur. Le comportement de ce dernier peut être considéré comme une violation des obligations accessoires fondées sur le contrat entraînant pour le corrupteur l'obligation d'indemniser le partenaire du dommage subi de ce fait (art. 31 al. 3, art. 97 CO).

En l'absence de rapport contractuel, la responsabilité délictuelle du corrupteur est engagée selon l'art. 41 CO qui présuppose, entre autres conditions, l'existence d'un acte illicite. S'agissant d'un dommage purement économique sans atteinte à l'intégrité d'une personne ou à une chose, la jurisprudence exige que soit établie la violation d'une norme de protection destinée à protéger le partenaire contre une atteinte du genre de celle qui s'est produite¹³. Au nombre des normes de protection entrant en considération, l'on compte celles du Code pénal suisse (CP) interdisant notamment la corruption d'agents publics suisses, soit la corruption active et passive (art. 322^{ter} et 322^{quater} CP), l'octroi et l'acceptation d'un avantage (art. 322^{quinquies} et 322^{sexies} CP), de même que la corruption active et passive d'agents étrangers (art. 322^{septies} CP), toutes règles dont il conviendra de vérifier si elles ont pour but de protéger les intérêts privés lésés¹⁴. Il faut y ajouter les règles de la loi contre la concurrence déloyale sur la corruption active et passive dans le secteur privé (art. 4a LCD).

Ces dispositions permettent de considérer comme illicites tant le comportement de celui qui offre un avantage indu (le corrupteur) que le comportement de celui qui accepte un avantage indu (le corrompu). Il s'ensuit que la victime peut rechercher l'un et l'autre en réparation du dommage subi sur la base de la responsabilité aquilienne¹⁵, indépendamment des relations contractuelles existant ou n'existant pas entre les parties. Alors que par le passé, les normes pénales étaient utilisées de manière relativement

¹³ ATF 133 III 323 consid. 5.1 et réf. cit.

¹⁴ Un tel but secondaire de protection est, par exemple, admis en ce qui concerne le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP, art. 41 CO) : ATF 129 IV 322 consid. 2, SJ 2004 I 115.

¹⁵ Art. 41 ss CO, applicables directement ou par renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD.

souple par la jurisprudence en matière de responsabilité civile, davantage de rigueur semble avoir été introduite par la récente décision refusant de retenir l'illicéité d'un acte de blanchiment non intentionnel¹⁶. Il conviendra donc de vérifier soigneusement si le comportement du partenaire (corrupteur) ou du corrompu correspond à la qualification pénale, donc peut être envisagé comme un acte illicite à l'origine d'un dommage à indemniser selon les règles relatives au droit privé de la responsabilité civile.

Dans la mesure où le corrompu est lié par contrat¹⁷ avec la victime de l'acte de corruption, une violation de l'obligation de diligence – convenue ou déduite des règles de la bonne foi comme un devoir accessoire¹⁸ – pourra être retenue à l'encontre du corrompu dont le comportement est dicté par le pot-de-vin attendu ou obtenu, au lieu de l'être par la sauvegarde des intérêts de la victime, partie au contrat.

Les prétentions de la victime supposent toutefois que celle-ci ait effectivement subi un dommage. Or, tel n'est pas nécessairement le cas, par exemple, lorsque le prix du contrat subséquent correspond, dans l'ensemble, au prix du marché. La perte de la possibilité de négocier le contrat à de meilleures conditions pourrait être indemnisée par le biais de la théorie de la perte d'une chance. Toutefois, même si elle était admise par la jurisprudence¹⁹, encore faudrait-il que des chances suffisamment sérieuses de conclure une autre affaire aient été perdues.

II. Restitution des profits illégitimes

Etant admis que la victime d'un acte de corruption ne subit pas nécessairement un dommage du fait de l'acte de corruption ou ne parvient pas toujours à prouver celui-ci, il convient de vérifier si elle peut s'en prendre aux profits réalisés par le corrompu ou le corrupteur. La remise du gain connaît les faveurs du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence de-

¹⁶ ATF 133 III 323 consid. 5.

¹⁷ Il peut s'agir d'un contrat de travail, de mandat, d'entreprise, de société, etc.

¹⁸ Sur les règles de la bonne foi (art. 2 CC) comme source possible de devoirs accessoires incombant aux parties à un contrat, cf. CHAPPUIS Christine, in PICHONNAZ/FÖEX (édit.), Commentaire romand, Code civil I (art. 1-359 CC), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010, CC 2 N 19 et réf. cit. (cité CR CC I-CHAPPUIS).

¹⁹ Ce qui, en l'état, n'est pas le cas : ATF 133 III 462 ; voir aussi TF, 4A_227/2007 du 26 septembre 2007 consid. 5.3.3.

puis les années 1980²⁰. Elle trouve un fondement légal général – quoique inattendu – à l’art. 423 CO²¹. Cette disposition oblige celui qui a réalisé un gain au moyen d’une intervention dans les affaires d’autrui²² à la restitution du gain ainsi réalisé, à condition d’être de mauvaise foi²³.

Une prise de conscience de la possibilité d’accorder à la victime la délivrance du gain, à côté de l’indemnisation des dommages, en cas de violation d’un contrat se manifeste également sur le plan international comme le montrent deux exemples récents.

- L’affaire *Attorney General v Blake* (2000)²⁴ : Blake, membre des services secrets britanniques depuis 1944, avait signé une déclaration de confidentialité au moment de son engagement. Il livra des informations secrètes durant neuf ans à l’Union soviétique, puis fut condamné à la prison en Angleterre. Réfugié à Moscou après une évasion rocambolesque, il publia un livre intitulé *No Other Choice* dans lequel il dévoilait des informations dont il avait eu connaissance en tant qu’espion au service de Sa Majesté, informations couvertes par l’obligation de confidentialité fondée sur le contrat. L’avocat général ouvrit action contre *Blake* et contre son éditeur en paiement d’une partie des honoraires dus à Blake. Il obtint gain de cause devant la House of Lords du Royaume-Uni en 2000, malgré le fait que la Couronne n’avait subi aucun dommage. Cette décision accordant à la victime d’une violation contractuelle pure (sans *tort*) une partie du profit réalisé (*disgorgement of profits*) admet une exception au principe général excluant la

20 CHAPPUIS Christine, “La remise du gain : les temps sont mûrs”, in WERRO, *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne (Stämpfli) 2002, p. 51 ss, 52 ss.

21 BOCK Anne-Florence, *Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung : Eine rechtsvergleichende Untersuchung der vertraglichen Vorteils herausgabe unter Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und englischen Rechts* (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, vol. 99), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010, N 92 ; SCHMID Jörg, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich (Schulthess) 1993 (cité : ZK-SCHMID).

22 HÉRITIER LACHAT ANNE, in THÉVENOZ/WERRO (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I* (art. 1-529 CO), Genève, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2003, CO 423 N. 5 (cité : CR CO I-HÉRITIER LACHAT). ATF 126 III 69 consid. 2b (acte d’usurpation).

23 Cette exigence est largement admise même si elle n’est pas incontestée : TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G./CONUS Damien, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Genève, etc. (Schulthess) 2009, N 6045 et 6046 (pour la controverse). La preuve de la mauvaise foi incombe à la victime (art. 3 CC).

24 *Attorney General v Blake* [2000] 4 All ER 385.

restitution du gain en cas de violation d'un contrat. Elle a été applaudie, mais également critiquée du fait que les cas dans lesquels une telle exception se justifie n'ont pas été clarifiés²⁵.

- Un colloque récent sur le thème de “*Contract Damages*” réserve une place importante à cette question, nouvelle pour les juristes de *common law*, ainsi qu'en témoignent notamment les contributions consacrées aux *restitutionary damages* et *gain-based damages*²⁶. Celles-ci examinent de manière critique comment mettre en œuvre le moyen exceptionnel, “inventé” par la House of Lords au bénéfice de la victime d'une violation contractuelle, tendant à la remise du gain réalisé par l'auteur de la violation.

L'on examinera ci-après les prétentions en remise du gain découlant d'un acte de corruption dont la victime peut se prévaloir contre le corrompu, voire contre le corrupteur.

A. Prétention en remise du gain contre le corrompu

Le corrompu réalise un gain correspondant au pot-de-vin qu'il a perçu. Ce gain est le résultat d'un comportement constitutif de corruption de sa part. Pour que la remise du gain puisse être envisagée sur le fondement général de l'art. 423 CO, ce comportement doit correspondre à un acte de gestion d'affaires au sens de cette disposition. La définition du comportement entraînant l'obligation de restituer le gain est vivement discutée à l'heure actuelle²⁷. Alors que l'on a pu croire que l'atteinte à un droit subjectif absolu suffisait (droits réels, droit de propriété immatérielle, droits

²⁵ Cf. CHAPPUIS Christine, “Violation contractuelle et remise du gain”, in GAUCH/WERRO/PICHONNAZ, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, etc. (Schulthess) 2008, p. 153 ss, 161 s. et réf. cit.

²⁶ Voir l'ouvrage édité par SAIDOV Djakhongir et CUNNINGTON Ralph sous le titre *Contract Damages, Domestic and international perspectives* (Oxford-Portland, Oregon [Hart Publishing] 2008), qui compte en particulier les contributions suivantes : WADDAMS Stephen, “Gains Derived from Breach of Contract : Historical and Conceptual Perspectives” (p. 187 ss) et CUNNINGTON Ralph, “The Measure and Availability of Gain-based Damages for Breach of Contract” (p. 207 ss).

²⁷ Voir les analyses de BÜRGI-WYSS Alexander Christoph, *Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag* (Zürcher Studien zum Privatrecht, vol. 191), Zurich, etc. (Schulthess) 2005, p. 182 ss ; Bock (n. 21), N 100 ss.

de la personnalité²⁸) et hésiter sur l'atteinte à un droit relatif fondé sur un contrat²⁹, la discussion semble davantage se concentrer sur le contenu du droit violé. Seul un droit attribuant à son titulaire une position d'exclusivité (*Zuweisungsgehalt*) entrerait en considération du point de vue de la remise du gain³⁰. Il faut bien entendu réserver les cas où la remise du gain est spécialement prévue, comme en matière de concurrence déloyale (art. 9 al. 3 LCD), dans une situation où la victime n'est pas nécessairement titulaire d'un droit subjectif. L'on parlera alors d'atteinte à une position juridiquement protégée dont peut résulter un gain à restituer selon l'art. 423 al. 1 CO.

Dans la conception plus large (que l'on pourrait qualifier de romande), l'acte d'immixtion ou d'usurpation caractéristique de la gestion "imparfaite" visée à l'art. 423 CO est réalisé aussi bien en cas d'atteinte aux droits subjectifs (absolus ou relatifs) de la victime que d'atteinte à une position juridiquement protégée, lorsque l'auteur retire un profit d'une telle atteinte³¹. Le critère de l'attribution exclusive conférée par le droit ne suffit pas à expliquer pourquoi la remise du gain est admise dans certains cas, refusée dans d'autres, et n'est dès lors pas convainquant. L'auteure des présentes lignes a ainsi suggéré ailleurs que la condition de la causalité entre l'acte d'immixtion et le gain pouvait permettre de tracer la limite entre les cas dans lesquels la restitution du gain est justifiée et ceux dans lesquels elle ne l'est pas³². Quant à la jurisprudence, elle n'a pas pris un parti définitif : certaines décisions suivent la définition large³³, une autre laisse la

28 L'art. 28a al. 3 CC renvoie à la remise du gain selon les règles sur la gestion d'affaires.

29 Par exemple, ZK-SCHMID (n. 21), CO 423 N 13 ss.

30 Récemment, BOCK (n. 21), N 101 ss, dans une analyse essentiellement fondée sur la doctrine allemande ; dans le même sens, notamment WEBER Rolf H., in HONSELL/VOGT/WIEGAND (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-520 CO, 4^e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007 (cité : BSK OR I-WEBER), CO 423 N 6 et réf. cit. Voir aussi l'arrêt non publié du Tribunal fédéral, 4A_310/2007 du 4 décembre 2007, qui sera examiné ci-après (III.).

31 CR CO I-HÉRITIER LACHAT (n. 22), CO 423 N 5 ; TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6030 ss, 6039 ss ; CHAPPUIS (n. 25), p. 155.

32 CHAPPUIS (n. 25), p. 167 ss.

33 ATF 126 III 69 consid. 2a et b : la sous-location conclue en violation d'un contrat de bail est considérée comme une gestion d'affaires imparfaite obligeant le locataire (sous-bailleur) à restituer au bailleur le montant du sous-loyer parce que "ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte (Eingriff) aux droits réels d'autrui (utilisation sans droit de la chose d'autrui) ; il l'est aussi en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (TERCIER, op. cit., n. 4513 et 4516 ; SCHMID, op. cit., n. 41 et 69 ss ad art. 423 CO)" (ATF cité, p. 72) ; cf. aussi ATF 129 III 422 consid. 4 p. 424.

question ouverte³⁴, alors qu'une décision récente non publiée paraît plus restrictive³⁵.

C'est dans ce contexte non encore définitivement établi qu'il faut se demander si le comportement du corrompu, consistant à solliciter ou à accepter un pot-de-vin afin de favoriser le corrupteur contrairement aux intérêts auxquels le corrompu doit veiller, est constitutif d'un acte de gestion d'affaires imparfaite. La doctrine l'admet généralement, sans véritablement chercher à vérifier la réalisation de la définition retenue dans l'hypothèse d'un acte de corruption³⁶. Pour la conception large (romande), l'on peut admettre sans difficulté que le fait de réaliser un gain (le pot-de-vin) par une atteinte à la sphère protégée de l'autre partie, soit en poursuivant son intérêt propre à recevoir un avantage indu au lieu de veiller à ceux de son partenaire, est constitutif d'une immixtion dans les affaires d'autrui, propre à entraîner l'obligation de restituer les profits. Cette conclusion s'impose dans tous les cas lorsque le comportement du corrompu consiste à solliciter, se faire promettre ou accepter, "en sa faveur ou en faveur d'un tiers, un avantage indu pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité professionnelle ou commerciale et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation" (art. 4a al. 1 let. b LCD)³⁷. L'art. 9 al. 3 LCD accorde expressément à la victime d'un tel acte une action en "remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires", et ce quelle que soit la définition donnée à la gestion imparfaite³⁸.

Le comportement du corrompu, illicite vu sa contrariété à la LCD, viole aussi le contrat qui, le plus souvent, lie le corrompu à la victime. La mauvaise foi du corrompu est inhérente à l'état de fait de la corruption. Les conditions de l'art. 423 CO seront donc généralement vérifiées en ce qui concerne le pot-de-vin perçu par le corrompu pour favoriser le corrup-

34 L'ATF 133 III 153 consid. 2.4 p. 157 s. (arrêt *Schnyder*), reconnaît l'existence de la controverse sur la définition de l'acte de gestion, mais ne tranche pas du fait que le renvoi de l'art. 28a al. 3 CC aux règles sur la gestion d'affaires (art. 423 CO) l'en dispense.

35 Tribunal fédéral, 4A_310/2007 du 4 décembre 2007 (voir ci-après III.).

36 Par exemple, *BOCK* (n. 21), N 209 ss; *TERCIER/FAVRE/CONUS* (n. 23), N 6037; *ZK-SCHMID* (n. 21), CO 423 N 84.

37 La corruption passive privée est érigée en infraction pénale par l'art. 23 al. 1 LCD; la pénalisation de la corruption privée a été introduite dans la loi contre la concurrence déloyale afin de mettre en œuvre la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption: RO 2006 2371; FF 2004 6549 (cf. ci-dessus, n. 2).

38 Un raisonnement semblable a été suivi par l'arrêt *Schnyder* (supra, n. 34).

teur en violation des devoirs de celui-là. L'on ajoutera pour terminer que, selon les relations contractuelles existant entre les parties, des dispositions particulières peuvent conduire au même résultat. Ainsi, si les parties sont liées par un contrat de travail, le pot-de-vin doit être restitué sur la base de l'art. 321b CO régissant l'obligation de rendre compte et de restituer du travailleur; si elles le sont par un contrat de mandat, l'art. 400 al. 1 CO fait obligation au mandataire (le corrompu) de restituer tout ce qu'il a reçu du chef du mandat "à quelque titre que ce soit", une formulation large qui englobe assurément le pot-de-vin reçu par le mandataire³⁹.

Il s'ensuit que le corrompu sera tenu à la remise du pot-de-vin perçu en vertu du droit suisse, que ce soit en vertu des règles particulières mentionnées plus haut ou de la norme générale de l'art. 423 CO. Une thèse récente, déjà citée⁴⁰, montre que la remise du gain résultant d'un acte de corruption est également admise par les droits de *common law* sur la base de la théorie du *constructive trust*, ainsi qu'en droit allemand.

B. Prétention en remise du gain contre le corrupteur

Après avoir examiné les prétentions de la victime contre le corrompu, il reste à vérifier quelles sont les prétentions de celle-ci contre le corrupteur. Le corrupteur est celui qui cherche à obtenir un contrat au moyen de l'avantage indu qu'il a offert, promis ou octroyé (corruption active). Si son comportement remplit les conditions de l'art. 4a al. 1 let. a LCD, il est prohibé et donne lieu à la remise du gain sur la base de l'art. 9 al. 3 LCD sans difficultés particulières. Dans les cas non couverts par la LCD, les manœuvres déloyales par lesquelles le corrupteur entre en relation contractuelle avec le partenaire (victime de l'acte de corruption) entachent le processus de conclusion du contrat⁴¹. Par ces manœuvres, le corrupteur viole les devoirs que lui imposent les règles de la bonne foi durant la phase

³⁹ HÉRITIER (n. 3), p. 165; WERRO FRANZ, in THÉVENOZ/WERRO (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO), Genève, etc. (Helbing & Lichtenhahn) 2003, CO 400 N 13 (pour la restitution d'un pot-de-vin fondée sur les règles du mandat, art. 400 al. 1 CO); PORTMANN Wolfgang, in HONSELL/VOGT/WIEGAND (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-520 CO, 4^e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007, CO 321 b N 1 (pour la restitution d'un pot-de-vin fondée sur les règles du contrat de travail, art. 321b al. 1 CO).

⁴⁰ BOCK (n. 21), N 210 ss, 220 et réf. cit.

⁴¹ *Supra*, I.

précontractuelle (art. 2 CC)⁴². Ce faisant, il intervient sans droit dans la sphère juridique protégée du partenaire et commet un acte d'immixtion qui peut donner lieu à la remise du gain en résultant sur le fondement de l'art. 423 CO, du moins selon la définition large soutenue ici⁴³.

La question de savoir quel est le gain réalisé par le corrupteur au moyen des manœuvres déloyales à l'origine du contrat subséquent est délicate. En effet, le corrupteur exécute les prestations promises contre la rémunération prévue par le contrat (subséquent). Celle-ci résulte – en apparence – de sa propre activité, ou de celle de son entreprise. Toutefois, l'activité en question est la conséquence d'un acte de corruption. Si l'on considère que le contrat n'aurait pas été obtenu sans le versement d'un pot-de-vin ou ne l'aurait pas été aux mêmes conditions, l'on peut en conclure que la rémunération du corrupteur trouve, pour partie au moins, son origine dans l'acte d'immixtion (corruption). La condition de la causalité⁴⁴ entre l'acte d'immixtion et le gain permet de distinguer la part de la rémunération correspondant au coût lié à l'exécution du contrat subséquent. La proposition de la présente contribution est de prendre en considération le gain net⁴⁵, soit la marge bénéficiaire du contrat subséquent, comme objet de la prétention en remise du gain en vertu de l'art. 423 CO. Cela signifie que si le corrupteur travaille à perte, il n'aura aucun gain à délivrer à la victime. Sans être impossible, le calcul des profits peut se révéler délicat, en particulier du fait que le débiteur (corrompu ou corrupteur) détient la preuve des coûts de l'exécution à déduire du gain brut. L'application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO est unanimement admise⁴⁶.

Il suit des développements qui précèdent que le gain réalisé par le corrompu (pot-de-vin), tout comme la marge bénéficiaire du corrupteur, sont susceptibles de restitution au partenaire en vertu de l'art. 423 CO interprété de manière large.

42 CR CC I-CHAPPUIS (n. 18), CC 2 N 20 ss et réf. cit.

43 *Supra*, n. 31.

44 *Supra*, n. 32.

45 Selon la doctrine dominante, la restitution est limitée au gain net (par ex., BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 14; TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6056 ss), malgré le fait que ce raisonnement est contraire au traitement séparé de la prétention du maître en remise du gain prévue par l'art. 423 al. 1 CO et de la prétention du gérant en remboursement de ses impenses fondée sur l'art. 423 al. 2 CO (CR CO I-HÉRITIER LACHAT [n. 22], CO 423 N 19).

46 ATF 133 III 153 consid. 3.5 (arrêt *Schnyder*). TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6059; CR CO I-HÉRITIER LACHAT (n. 22), CO 423 N 22; BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 15.

C. Quelques observations

Quelques remarques s'imposent à ce stade. En premier lieu, il convient de se demander quels sont les rapports entre la prétention en remise du gain et les autres prétentions que peut faire valoir la victime de la corruption. Alors que, par le passé, la jurisprudence considérait que la réparation du dommage et la remise du gain s'excluaient mutuellement⁴⁷, il est aujourd'hui largement admis que le créancier peut demander cumulativement l'indemnisation du dommage et la remise du gain pourvu que les deux prétentions visent des valeurs économiques différentes, donc reposent sur des faits différents, et que les conditions de chaque prétention soient par ailleurs réalisées⁴⁸. Dans un contexte de corruption, cela signifie, par exemple, que le partenaire pourra réclamer au corrupteur tant la marge bénéficiaire réalisée par celui-ci (art. 423 CO) que l'indemnisation du dommage causé par une mauvaise exécution du contrat (art. 97 CO).

En second lieu, il convient de s'interroger sur la justification de la remise du gain dans un contexte de corruption. L'objectif de la remise du gain n'est pas de compenser un dommage subi par la partie lésée, mais de retirer au corrupteur ou au corrompu les bénéfices de l'acte de corruption. La maxime voulant que "bien mal acquis ne profite pas" (*das Unrecht soll sich nicht lohnen*) est invoquée comme justification de la remise du gain⁴⁹. La possibilité de retirer au corrupteur comme au corrompu les avantages résultant pour eux de l'acte de corruption est susceptible d'exercer un effet préventif particulièrement intéressant dans ce domaine. L'idée n'est pas de punir celui qui réalise un gain illégitime – le droit pénal s'en charge pour autant qu'une infraction soit réalisée – mais d'éviter que le gain réalisé au moyen d'une immixtion dans la sphère protégée d'une partie ne reste acquis à l'auteur de cette immixtion.

Un but proche – et ce sera le troisième point – est assigné aux règles pénales sur la confiscation qui permettent d'assurer que "le crime ne paye

⁴⁷ ATF 97 II 178.

⁴⁸ TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6064 ss; BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 14. Voir aussi l'ATF 133 III 153 consid. 2.5 (arrêt *Schnyder*), dont le raisonnement est difficile à suivre : TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6067; CHAPPUIS (n. 25), p. 156.

⁴⁹ HOFSTETTER Joseph, "Der Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag", in *Schweizerisches Privatrecht VII/6*, Bâle, etc. (Helbing) 2000, p. 247; ZK-SCHMID (n. 21), CO 423 N 93; CHAPPUIS (n. 25), p. 169.

pas” (art. 70 CP)⁵⁰. Toutefois, ces règles s’effacent devant le droit privé puisque l’art. 70 al. 1 *in fine* CP fait exception à la confiscation si les valeurs confisquées doivent “être restituées au lésé en rétablissement de ses droits”. Celui qui demande la remise des gains n’est pas un “lésé” à proprement parler, puisque la prétention en remise du gain ne s’intéresse pas à la diminution patrimoniale de l’un, mais à l’augmentation injustifiée de l’autre. Toutefois, en vertu de la subsidiarité du droit pénal, la solution privée (remise du gain selon l’art. 423 CO) mériterait de l’emporter sur la confiscation pénale (art. 70 CP)⁵¹.

En dernier lieu, il peut arriver que le partenaire du corrupteur ait connaissance du pot-de-vin versé en vue de la conclusion du contrat au corrompu (son employé, partenaire, agent, etc.). L’on peut alors hésiter sur la question de savoir s’il convient, malgré tout, d’accorder au partenaire la remise du gain réalisé par le corrupteur ou par le corrompu. Une application par analogie de l’art. 44 al. 1 CO qui permet de réduire l’indemnité due au lésé pour faute concomitante pourrait fournir la base d’une solution tenant compte des circonstances et de la situation particulière des parties.

III. Une illustration tirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Du point de vue du droit des contrats, la corruption n’est qu’une partie d’un ensemble plus vaste, celui de la violation de l’obligation de diligence et de fidélité incombant à la partie (corrompue) qui est en position de prendre une décision – ou d’influencer la prise de décision – en faveur du corrupteur. La situation générale est celle d’une trahison des intérêts que l’on est censé promouvoir⁵². L’on examinera, à la faveur d’un arrêt non publié du Tribunal fédéral rendu en 2007⁵³, si la remise du gain est une sanction adé-

50 HURTADO POZO José, *Droit pénal, Partie générale*, Genève, etc. (Schulthess) 2008, p. 528 ; STRATENWERTH Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II : Strafen und Massnahmen*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2006, N 86.

51 SCHMID Niklaus, in SCHMID (édit.), *Kommentar : Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2007, CP 70-72 N 15, 19, semble aller dans ce sens.

52 Voir, HÉRITIER (n. 3), p. 2.

53 Arrêt du TF 4A_310/2007 du 4 décembre 2007 (annexé à la fin de la présente contribution).

quate d'un comportement violant la confiance d'un agent qui profite de sa position au sein d'une entreprise pour conclure des affaires à son propre profit.

A. L'état de fait

Y, employé en qualité de chef de projet par la société X depuis 1997, était chargé de veiller à la réalisation des projets informatiques qui lui étaient confiés. Il pouvait proposer le prestataire de service avec lequel il souhaitait travailler. La décision d'attribuer le mandat incombait à la direction du département concerné. Une clause du contrat stipulait que Y s'engageait à n'exercer aucune activité, lucrative ou non, qui pourrait entrer en conflit avec son activité et ses responsabilités professionnelles sans un accord écrit. En 1999, Y s'engagea à respecter le code éthique de la société X, en particulier à éviter les conflits d'intérêts (interdiction de prendre une participation chez un fournisseur, client ou concurrent; interdiction d'accepter une nomination en qualité d'administrateur, directeur ou autre au sein d'un organisme extérieur sans autorisation préalable; obligation d'annonce d'intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent).

Par la suite, Y devint actionnaire unique de la société Z qu'il avait reprise dans le but de faire accorder à cette dernière des mandats par la société X, son employeur. Un homme de paille de Y assumait la charge d'administrateur. La société X était l'unique cliente de la société Z. Y n'informa pas son employeur de ses intérêts dans la société Z. Les projets informatiques confiés à la société Z furent réalisés pour un montant supérieur à 3,4 millions de francs. L'employeur de Y exprima sa satisfaction au sujet des projets réalisés et accorda à Y un bonus évalué à 85% des projets dont il s'était occupé. Peu après, Y fut inculpé de gestion déloyale et son contrat de travail résilié avec effet immédiat.

B. Le litige et sa solution

L'employeur (société X) réclama à la société Z et à Y un montant correspondant à la différence entre le chiffre d'affaires réalisé par la société Z et les charges estimées de cette dernière. Le Tribunal fédéral confirma l'irrecevabilité de la demande formée devant le Tribunal des prud'hommes

en tant qu'elle concernait la société Z. Concernant la prétention en dommages-intérêts fondée sur l'art. 321e CO, le Tribunal fédéral, tout en admettant que Y avait violé son devoir de fidélité contractuel en taisant ses relations avec la société Z, nia tout dommage du fait de l'absence de toute surfacturation des prestations de Z⁵⁴. Il retint en particulier que le gain réalisé par la société Z ne représentait pas une perte pour la société X. L'arrêt n'est pas critiquable sur ce point.

En revanche, l'arrêt est critiquable dans son considérant sur la remise du gain en vertu de l'art. 423 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral commence par en rappeler les conditions⁵⁵:

Contrairement à la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste), qui est effectuée dans l'intérêt du maître (art. 422 CO), la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée) est entreprise dans l'intérêt du gérant; le maître a le droit de s'approprier les profits qui en résultent (art. 423 al. 1 CO). L'élément qui caractérise la gestion imparfaite est la volonté du gérant de s'immiscer dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire, par un acte d'usurpation. Ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (ATF 126 III 69 consid. 2a p. 72); ainsi, une sous-location non autorisée par le contrat de bail constitue une gestion imparfaite par le locataire des affaires du bailleur (ATF 126 III 69 consid. 2b p. 73). *En cas de violation pure d'un contrat (reine Vertragsverletzung), encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine qui est attribué exclusivement à son cocontractant par l'ordre contractuel* (Schmid, Zürcher Kommentar, n. 77 ad art. 423 CO). Il convient de préciser enfin que l'art. 423 CO ne s'applique que si le gérant est de mauvaise foi (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 425; 126 III 69 consid. 2a p. 72, 382 consid. 4b/aa p. 384).

Lorsqu'il applique ces principes à l'état de fait, le Tribunal fédéral retient ce qui suit⁵⁶:

En l'espèce, *on cherche en vain l'acte de gestion de l'intimé qui aurait porté atteinte à des droits protégés de la recourante*. En proposant de recourir aux services d'une société informatique tierce, l'intimé a agi dans le cadre de son contrat de travail, puisqu'il était chargé de mener à bien des projets avec l'aide d'autres informaticiens et qu'il pouvait

⁵⁴ Arrêt cité, consid. 6.

⁵⁵ Arrêt cité, consid. 7.1 (caractères italiques ajoutés).

⁵⁶ Arrêt cité, consid. 7.2 (caractères italiques ajoutés).

présélectionner l'entreprise avec laquelle il souhaitait travailler. Quant à l'engagement d'informaticiens par Z., il s'agit d'un acte qui est hors de la sphère juridique de la recourante. On ne voit pas comment, en choisissant lesdits informaticiens qui n'étaient liés qu'à sa société, l'intimé aurait empiété sur le patrimoine de la recourante; le prétendu gérant n'a nullement fait usage de droits qui n'appartiennent qu'au prétendu maître. Faute d'immixtion ou d'acte d'usurpation de la part de l'intimé, une gestion d'affaires imparfaite n'entre pas en ligne de compte en l'occurrence, comme la cour cantonale l'a bien vu. En conséquence, le grief tiré de la violation de l'art. 423 al. 1 CO est mal fondé.

C. Une appréciation critique

Sachant que la remise du gain selon l'art. 423 al. 1 CO est soumise à quatre conditions⁵⁷ – à savoir un “acte d'immixtion”, un gain, en lien avec l'acte d'immixtion, la mauvaise foi du gérant – la question est de savoir si un acte d'immixtion peut être reproché au travailleur Y à l'encontre de son employeur, la société X. Cette question centrale est rapidement balayée par les mots mis en évidence ci-dessus: “on cherche en vain l'acte de gestion de l'intimé qui aurait porté atteinte à des droits protégés de la recourante”. En vain? La société X est pourtant titulaire de “droits protégés”, ceux découlant du contrat de travail – dont le code d'éthique accepté par le travailleur fait partie intégrante. Ce contrat interdit les conflits d'intérêts et fait obligation au travailleur d'annoncer les intérêts qu'il détiendrait notamment dans des sociétés de fournisseurs. Y n'avait pas la compétence de décider de l'attribution des contrats, mais celle de faire des propositions acceptées par la direction du département. Confiance lui était faite de rechercher les solutions les meilleures pour la société, en terme de prix et d'adéquation aux besoins de la société. La position de Y comme actionnaire unique et administrateur de la société fournissant les services informatiques jette un soupçon sur les propositions faites par Y, même agréées par la direction. C'est précisément pour éviter de tels doutes que le code de déontologie prévoit l'interdiction de conclure des opérations avec un organisme auquel l'employé est lié de quelque manière que ce soit sans autorisation préalable de l'employeur. Il s'ensuit que les droits de l'employeur X, “protégés” par le contrat de travail, ont été clairement violés par le travailleur Y du fait

⁵⁷ Voir *supra*, n. 22 et 23, et les développements du point II.A.

que celui-ci est devenu actionnaire unique et administrateur d'une société fournissant des services informatiques à l'employeur X, fournisseur dont X était l'unique client.

L'on peut se poser la question de savoir si le comportement contraire au contrat du travailleur Y était également constitutif d'un acte illicite. Dans le présent litige opposant une société privée à son employé, il n'est pas question de corruption d'un agent public; les dispositions du Code pénal sur la corruption sont donc inapplicables. Y, l'employé de X, n'a pas non plus accepté un avantage indu proposé par la société Z pour attribuer à cette dernière les contrats en matière informatique, raison pour laquelle les règles de la LCD sur la corruption active et passive privée (art. 4a LCD) sont, elles aussi, inapplicables. En revanche, Y a bel et bien accompli un acte en relation avec son activité au service de X, en violant les devoirs qui lui incombaient en vertu du contrat de travail. Tenu en vertu de celui-ci de veiller sur la gestion des intérêts pécuniaires de la société X, l'employé Y a adopté un comportement violant ces devoirs et porté atteinte à l'intérêt de X à ce que les mandats informatiques soient confiés à un partenaire extérieur fiable, et non à une société dominée par son employé qui poursuivait son propre intérêt au lieu de celui de son employeur. Une poursuite pénale pour gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP a d'ailleurs été ouverte, dont l'issue n'est pas connue. Par ailleurs, l'existence de justes motifs de résiliation n'a pas été contestée en instance d'appel, ni remise en cause par le Tribunal fédéral. Le comportement de Y peut donc être considéré comme étant à la fois contraire au contrat et illicite – alors même que l'illégalité au sens de l'art. 41 CO n'est pas une condition nécessaire de la remise du gain.

La décision du Tribunal fédéral rejetant les prétentions de l'employeur X a, dès lors, de quoi surprendre. Une lecture attentive révèle qu'elle se fonde sur une restriction (difficilement décelable à l'œil nu) de la définition donnée à la gestion imparfaite, tirée par l'ATF 126⁵⁸. Alors

⁵⁸ ATF 126 III 69, 72 consid. 2a: "Il est généralement admis que l'art. 423 al. 1 CO s'applique à la gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi. La gestion d'affaires est qualifiée d'imparfaite lorsqu'elle est entreprise non dans l'intérêt du maître, mais dans celui du gérant ou d'un tiers. Elle est dite "de mauvaise foi" lorsque son auteur sait ou devrait savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire. Le gérant agit de manière illicite; il commet un acte d'usurpation (*Geschäftsannassung*; cf., parmi d'autres: TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., n. 4510 et 4511; JÖRG SCHMID, *Commentaire zurichois*, n. 13 ss et 36 ad art. 423 CO).

que cette dernière décision fondamentale avait admis qu'une atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui par la violation d'une obligation ou d'une interdiction constituait un acte d'usurpation visé par l'art. 423 CO, le Tribunal fédéral introduit ici une limitation: "En cas de violation pure d'un contrat (*reine Vertragsverletzung*), encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine qui est *attribué exclusivement* à son cocontractant par l'ordre contractuel"⁵⁹. L'on reconnaît la définition restrictive soutenue par une partie de la doctrine⁶⁰. En rupture par rapport à la jurisprudence antérieure, la restriction est de taille. Elle conduit, au considérant 7.2, à considérer que "le prétendu gérant n'a nullement fait usage de droits qui n'appartiennent qu'au prétendu maître". Sans le dire, les juges prennent position dans la controverse relative à la définition de l'acte de gestion (*im-mixtion*) abordée plus haut⁶¹ et rejettent la prétention en remise du gain invoquée par l'employeur X sur cette base.

S'il est indéniable que le choix du fournisseur de prestations informatiques était de la compétence de l'employeur X, la décision était préparée par l'employé Y. Celui-ci, abusant de la position de confiance dont il jouissait auprès de son employeur, proposait les services de la société dont il était actionnaire unique en violation des règles déontologiques auxquelles il avait souscrit. Y tirait un gain (indirect) de l'opération puisque, en tant qu'actionnaire unique de la société à laquelle les mandats informatiques de X étaient confiés, il avait droit aux dividendes de la société. Le gain est défini de manière large comme tout avantage économique tiré de la gestion⁶². Le fait que le gain de Y soit indirect⁶³ ne devrait pas faire obstacle

Ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte (*Eingriff*) aux droits réels d'autrui (utilisation sans droit de la chose d'autrui) ; il l'est aussi en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (TERCIER, *op. cit.*, n. 4513 et 4516 ; SCHMID, *op. cit.*, n. 41 et 69 ss ad art. 423 CO)."

⁵⁹ Arrêt cité, consid. 7.1 *in fine* (caractères italiques ajoutés).

⁶⁰ Voir *supra*, n. 30. Il est piquant de noter que la décision citée omet les références que faisait l'ATF 126 III 69, 72, à la seconde édition de l'ouvrage de P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, N 4513 et 4516, aux passages reflétant une définition large de la gestion imparfaite.

⁶¹ Voir *supra*, II.B.

⁶² Cf. arrêt *Schnyder*, cité *supra* n. 34. BSK OR I-WEBER (n. 30), CO 423 N 14 ; BÜRGI-WYSS (n. 27), p. 226 s.

⁶³ Dans ce sens, TERCIER/FAVRE/CONUS (n. 23), N 6054 ; CR CO I-HÉRITIER LACHAT (n. 22), CO 423 N 18.

à la remise du gain à la société X dont les droits “protégés” par le contrat de travail et le code d’éthique ont été violés de manière claire. La conception étroite suivie par le Tribunal fédéral dans cette décision est critiquable tant par sa définition de l’acte d’usurpation, en rupture avec la jurisprudence antérieure, que par son résultat. Et risquerait de faire obstacle à la remise du gain dans un contexte de corruption, dans les cas où les dispositions de la LCD ne trouveraient pas application.

IV. Conclusion

Ce rapide survol de quelques moyens offerts par le droit privé pour lutter contre la corruption montre un arsenal classique adaptable sans difficulté aux caractéristiques du phénomène: la nullité de la promesse de pot-de-vin, l’annulabilité du contrat subséquent et l’indemnisation du dommage peuvent être fondées sur le droit existant. Les premières dispositions de la Convention n° 174 du Conseil de l’Europe (art. 1 à 8) ne nécessiteraient donc aucune transposition particulière en droit suisse.

Le droit privé suisse, également acquis à l’idée que “bien mal acquis ne profite jamais – *das Unrecht soll sich nicht lohnen*”, permet d’aller plus loin que l’indemnisation des dommages. La remise du gain réalisé grâce à un acte de corruption (active ou passive) est prévue expressément pour les hypothèses de corruption privée tombant sous le coup de la loi contre la concurrence déloyale (art. 4a et 9 al. 3 LCD). La victime d’un acte de corruption réprimé par la LCD n’est donc pas limitée à l’indemnisation des dommages, une solution particulièrement bienvenue lorsqu’elle n’a pas subi de dommage réparable ou ne parvient pas à prouver celui-ci. Pour les situations non visées par cette loi, une définition large de l’acte d’immixtion justifiant la remise du gain permettrait d’exercer le même effet dissuasif dans le cas où une partie réalise un gain en poursuivant ses intérêts personnels au lieu de veiller sur ceux du cocontractant.

ANNEXE

Tribunal fédéral

4A_310/2007

Arrêt du 4 décembre 2007
I^{re} Cour de droit civil

Composition

MM. et M^{me} les Juges Corboz, Président, Klett et Kolly.
Greffière : M^{me} Godat Zimmermann.

Parties

X. _____ SA,
recourante, représentée par M^e Matteo Pedrazzini,

contre

Y. _____,
Z. _____ SA,
intimés, représentés par M^e Mauro Poggia.

Objet

contrat de travail ; obligation de restitution et responsabilité du travailleur ; gestion d'affaires imparfaite,

recours en matière civile contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 14 juin 2007.

Faits :

A.

X. SA (ci-après : X.) a pour but la fourniture de services, notamment en matière

Par contrat du 21 mars 1997, cette société a engagé Y. en qualité de chef de projet à la division Informatique et Télécommunication (IT) à partir du 1^{er} juin 1997. Le dernier salaire annuel brut de l'informaticien s'élevait à 140 088 fr. Une clause du contrat stipulait que le collaborateur s'engageait à n'exercer aucune activité, lucrative ou non, qui pourrait entrer en conflit avec son activité et ses responsabilités professionnelles sans un accord écrit de son chef hiérarchique ou du chef de la division des ressources humaines.

Le 25 octobre 1999, Y. a confirmé par écrit avoir reçu, lu et compris le code d'éthique élaboré en août 1999 par X. et s'est engagé à le respecter. Sous la rubrique "Conflits d'intérêts", ce document prévoyait notamment que "tout salarié s'interdira d'acquiescer, directement ou par l'intermédiaire de parents, d'amis ou d'intermédiaires, une participation chez un fournisseur, un client ou un concurrent d'une société du Groupe (...); qu' "aucun salarié n'acceptera une nomination en qualité d'administrateur, de directeur ou de cadre ou un poste similaire au sein d'un organisme extérieur au Groupe sans y avoir été autorisé au préalable"; que "tout salarié s'interdira d'effectuer une quelconque opération concernant la Société avec un membre de sa famille ou avec un particulier ou un organisme auquel lui-même ou sa famille est lié de quelque manière que ce soit"; enfin, que "l'employé qui posséderait des intérêts chez un client, fournisseur ou concurrent à la date d'entrée en vigueur de ce Code ou qui acquerrait involontairement de tels intérêts (...) sera tenu d'en faire la déclaration au Directeur chargé de la Conformité."

Y. était chargé de veiller à la réalisation des projets informatiques qui lui étaient confiés. Il pouvait proposer le prestataire avec lequel il souhaitait travailler. L'attribution de mandats à une entreprise externe relevait toutefois de la compétence de la direction du département concerné. Y. n'avait pas non plus le pouvoir d'engager financièrement X. En tant que chef de projet, il lui appartenait de s'assurer que la facture correspondait aux prestations fournies. Il transmettait ensuite le document à son supérieur, qui le signait dans les limites de sa compétence, après avoir vérifié que les délais et le budget avaient été respectés. La facture était finalement envoyée au service financier, pour contrôle ultime et règlement.

X., dont le département IT avait subi de nombreuses restructurations, recourait régulièrement à des consultants externes pour la réalisation de projets informatiques. Une telle solution s'imposait en cas de besoins ponctuels pour lesquels les ressources internes étaient insuffisantes. Le recours à des sous-traitants était particulièrement intense au tournant de l'an 2000.

C'est ainsi que, de septembre 1999 à décembre 2000, X. a mandaté Z. SA (ci-après : Z.), dont le but est notamment la fourniture de services et de conseils dans le domaine informatique. Y. a repris cette société en 1999 dans le but qu'elle se fasse octroyer des mandats par X.; il en est l'actionnaire unique. A l'époque des faits litigieux, A. était administrateur de la société; il fonctionnait en réalité comme "homme de paille" pour Y. L'épouse de celui-ci s'occupait de la comptabilité de l'entreprise. La société disposait de locaux propres. Elle avait six salariés en 1999 et une petite dizaine en 2000. Y. en personne a recherché, reçu et engagé les informaticiens. Ceux-ci étaient liés à Z. par un contrat de travail comprenant une clause de non-concurrence de trois ans, qui leur interdisait d'entrer au service d'un client de la société sans l'autorisation expresse de l'employeur. Y. n'a jamais informé X. de ses intérêts dans Z.

Pour l'ensemble des mandats, Z. a facturé à X., qui était son unique cliente, un montant total de 3 472 541 fr., soit 551 529 fr. en 1999 (16 factures) et 2 876 014 fr. en 2000 (98 factures). A l'époque, X. n'a émis aucune contestation à propos des prestations ou de la facturation de Z. Y. a reçu fréquemment des félicitations pour la réalisation de ses projets informatiques.

Le 17 mars 2001, l'employeur a informé Y. que son bonus, basé sur la performance, avait été évalué à 85% pour les projets dont il s'était occupé en 2000.

Le 14 décembre 2000, X. avait déposé une plainte pénale contre B., supérieur de Y., lequel a été inculpé de gestion déloyale. Dans le cadre de cette procédure, le juge d'instruction a également inculpé Y. du même chef d'accusation en mars 2001, puis d'escroquerie en mars 2006. La procédure pénale est toujours pendante.

Le 3 avril 2001, l'employeur a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de l'informaticien. Selon le décompte final établi le même jour, X. devait à Y. un montant de 17 482 fr. à titre de salaire, treizième salaire et solde de vacances. L'employé a contesté son licenciement immédiat, faisant valoir que son activité avait été exclusivement génératrice de profits pour X.

Par déclaration du 26 novembre 2001, Y. a renoncé à se prévaloir de la prescription pour toutes les prétentions que X. pourrait invoquer à son encontre.

Entre février 2002 et septembre 2004, X. a introduit plusieurs poursuites contre Z. pour un montant total de 3 472 541 fr. plus intérêts. La poursuivie a formé opposition à chaque fois.

B.

Par demande du 4 mars 2005 déposée devant la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, X. a assigné Y. et Z., conjointement et solidairement, en paiement de dommages-intérêts pour un montant de 1 389 016 fr. plus intérêts à 5% dès le 14 décembre 2000. Elle a également conclu à la levée de l'opposition formée par Z. au dernier commandement de payer notifié à cette société. La somme réclamée correspond, selon l'employeur, à la marge bénéficiaire dégagée par Z. et Y. sur les affaires réalisées avec X., soit le 40% de 3 472 541 fr.

Y. et Z. ont conclu à l'irrecevabilité de la demande, subsidiairement à son rejet. Ils faisaient valoir notamment que la juridiction des prud'hommes n'était pas compétente pour connaître des prétentions dirigées contre Z., ni pour examiner le grief de X. fondé sur la gestion d'affaires. Y. a également déposé une demande reconventionnelle, tendant à la délivrance d'un certificat de travail ainsi qu'au paiement d'un montant de 527 580 fr. 15 plus intérêts, englobant son salaire jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat de travail, une indemnité pour résiliation abusive, des dommages-intérêts et une indemnité pour tort moral.

X. a conclu au rejet de la demande reconventionnelle. Elle reconnaissait toutefois devoir la somme de 17 482 fr. à Y., mais invoquait compensation avec ses propres prétentions. Par ailleurs, elle a amplifié ses conclusions, réclamant finalement le paiement de 2 497 964 fr. 65, soit la différence entre le chiffre d'affaires réalisé par Z. grâce à X. (3 413 846 fr. 25) et les charges estimées de la société (1 201 563 fr. 50) [sic].

Par jugement du 3 novembre 2006, le Tribunal des prud'hommes a déclaré la demande irrecevable en tant qu'elle visait Z. Sur le fond, il a condamné X. à payer à Y. la somme brute de 17 482 fr. plus intérêts à 5% dès le 30 juin 2001 et à lui faire parvenir dans les quinze jours un certificat de travail détaillé. En substance, le tribunal a jugé que le manquement du travailleur à ses obligations contractuelles n'avait causé aucun dommage à l'employeur de sorte que la responsabilité du défendeur au sens de l'art. 321e CO n'était pas engagée. Par ailleurs, il a considéré le licenciement immédiat comme justifié, de sorte que l'employeur ne restait devoir au travailleur que le montant de 17 482 fr. résultant du décompte d'avril 2001.

Statuant le 14 juin 2007 sur appel de X. et appel incident de Y., la Cour d'appel des prud'hommes a déclaré irrecevable l'appel incident, faute de paiement à temps de l'émolument d'introduction et, pour le surplus, a confirmé le jugement de première instance.

C.

X. interjette un recours en matière civile. A titre principal, elle demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt cantonal, puis de déclarer la demande recevable en tant qu'elle vise Z., de condamner Y. et Z. solidairement à lui payer 2 497 964 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 14 décembre 2000 et de lever définitivement l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° ... ; la recourante conclut également à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle reconnaît devoir à Y. la somme de 17 482 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 juin et à ce qu'il soit dit que cette dette est éteinte par compensation. A titre subsidiaire, elle demande l'annulation de l'arrêt attaqué et le renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

La recourante a également déposé une requête d'effet suspensif. Par ordonnance présidentielle du 27 septembre 2007, l'effet suspensif a été accordé au recours. Dans leur mémoire de réponse commun, Y. et Z. concluent au rejet du recours.

Invitée à prendre position sur le recours, la Cour d'appel des prud'hommes s'est référée aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit :

1.

1.1 Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions en paiement (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre un jugement final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire de droit du travail dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 15 000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

1.2 Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués ; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui. Il ne peut pas entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal si le grief n'a pas été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

1.3 Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). L'auteur du recours ne peut critiquer les faits que si ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 97 al. 1 LTF ; cf. également art. 105 al. 2 LTF) ; de plus, la correction du vice doit être propre à influencer le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). La notion de "manifestement inexacte" correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, in FF 2001, p. 4000 ss, spécialement p. 4135).

La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception à l'art. 105 al. 1 LTF seraient réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (cf. ATF 130 III 138 consid. 1.4 p. 140 ; cf. également ATF 133 III 350 consid. 1.3). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

1.4 Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 99 al. 2 LTF).

2.

A titre liminaire, il convient de cerner le litige opposant les parties. La recourante a ouvert action contre les deux intimés en faisant valoir l'identité économique parfaite entre l'un et l'autre ; à l'appui de ses conclusions à l'égard des deux défendeurs devant la Cour d'appel, elle invoquait des dispositions sur le contrat de travail (art. 321b et 321e CO) ou sur la gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO). Ainsi, la recourante n'a, en particulier, pas recherché Z. séparément en enrichissement illégitime, en se prévalant du dol qui aurait entaché la conclusion des mandats confiés à cette société et d'une éventuelle invalidation desdits contrats (cf. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., p. 343). Ceci posé, il y a lieu d'examiner les critiques formulées dans le recours.

3.

3.1 Selon l'arrêt attaqué, la juridiction des prud'hommes n'est pas compétente pour statuer sur la demande en tant qu'elle est dirigée contre Z., dès lors que cette société n'était pas liée à la recourante par un contrat de travail, mais par des mandats.

Pour la recourante, la cour cantonale a violé le principe de la transparence et fait preuve d'arbitraire dans l'application de l'art. 1 al. 1 de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes (LJP/GE). En effet, Z., dont l'intimé est l'actionnaire unique, n'aurait été qu'une "coquille vide", destinée uniquement à permettre à l'employé de dissimuler à son employeur la véritable identité du consultant informatique mandaté en 1999 et 2000. La recourante est ainsi d'avis que l'attitude de l'intimé constitue un abus de droit et qu'en vertu du principe de la transparence, l'employeur est en droit de diriger ses prétentions à la fois contre l'employé et Z. Au surplus, l'application purement "mécanique" de l'art. 1 al. 1 LJP/GE empêcherait l'employeur victime d'un employé déloyal d'obtenir réparation, ce qui heurterait de manière choquante le sentiment de la justice et serait dès lors arbitraire.

3.2 La Cour d'appel devait examiner si le litige opposant la recourante à Z. relevait de la compétence matérielle de la juridiction des prud'hommes. Pour trancher cette question, elle a fait application du droit cantonal, soit de l'art. 1 al. 1 let. a LJP/GE. Cette disposition attribuée à la juridiction des prud'hommes la compétence de juger les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail. Comme la question litigieuse relève de l'organisation judiciaire cantonale (ATF 122 III 57 consid. 2b in fine), l'auteur du recours peut faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 133 III 462 consid. 2.3 p. 466).

En matière d'interprétation et d'application du droit cantonal, il ne faut pas confondre arbitraire et violation de la loi. Une violation doit être manifeste et reconnue d'emblée pour être considérée comme arbitraire. Le Tribunal fédéral n'a pas

à examiner quelle est l'interprétation correcte que l'autorité cantonale aurait dû donner des dispositions applicables ; il doit uniquement se prononcer sur le caractère défendable de l'application ou de l'interprétation du droit cantonal qui a été faite. Il n'y a pas arbitraire du fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 133 III 465 consid. 4.4.1 p. 470 ; 132 I 13 consid. 5.1 p. 18 ; 131 I 217 consid. 2.1 p. 219).

3.3 En l'espèce, la recourante ne conteste pas avoir confié à Z. des mandats dans le domaine informatique. Les parties n'étaient donc pas liées par un contrat de travail ; elles ne pouvaient du reste pas l'être, Z. étant une personne morale (Tercier, Les contrats spéciaux, 3^e éd., n. 3008, p. 433). Or, en l'absence d'un contrat de travail, la cour cantonale pouvait sans arbitraire nier que la compétence de la juridiction des prud'hommes fût donnée au sens de l'art. 1 al. 1 let. a LJP/GE.

Au nom du principe de la transparence, la recourante voudrait toutefois que le "voile soit levé" sur Z., avec laquelle l'intimé ne ferait qu'un. En droit suisse, la société anonyme à actionnaire unique est tolérée ; malgré leur identité économique, la société et l'actionnaire sont traités en principe comme des sujets de droit distincts, avec des patrimoines séparés. Lorsque la bonne foi en affaires l'exige et qu'il s'agit d'éviter de consacrer un abus de droit, la jurisprudence admet toutefois qu'il soit fait abstraction de l'indépendance formelle de la société dans les rapports de celle-ci avec des tiers (principe de la transparence [Durchgriff], déduit de l'art. 2 CC) (ATF 128 II 329 consid. 2.4 p. 333 et les arrêts cités). La règle de la transparence n'est pas un principe de niveau constitutionnel. Par conséquent, il ne saurait être reproché à la Cour d'appel des prud'hommes, appliquant le droit cantonal de procédure, d'avoir violé la Constitution fédérale en refusant d'emblée d'entrer en matière sur la demande dirigée contre la société intimée, quand bien même celle-ci était entièrement dominée par le travailleur recherché parallèlement. En tant qu'il se fonde sur l'art. 2 CC, le moyen est irrecevable. La solution adoptée par les juges genevois n'apparaît pas non plus arbitraire, dès lors que la recourante aurait pu agir contre l'intimée devant les instances ordinaires.

En conclusion, le grief ne peut être que rejeté dans la mesure où il est recevable.

4.

Invoquant l'art. 97 al. 1 LTF, la recourante se plaint de constatations manifestement inexactes sur deux points. Premièrement, elle reproche à la cour cantonale d'avoir retenu que l'employeur ne voulait pas engager de personnel supplémentaire dans son service informatique. Ce fait serait en contradiction avec les déclarations des témoins C., D. et E. Deuxièmement, la recourante fait grief à la Cour d'appel d'avoir omis de mentionner une déclaration de l'intimé, selon laquelle il admettait avoir lui-même proposé à son employeur la mise à disposition des informaticiens de Z.

4.1 Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; 131 I 57 consid. 2, 217 consid. 2.1 ; 129 I 8 consid. 2.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, l'autorité fait montre d'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un moyen de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur le sens et la portée d'un tel élément, ou encore lorsqu'elle tire des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1 ; 127 I 38 consid. 2a p. 41).

4.2 Selon l'état de fait de l'arrêt attaqué, la recourante a souvent recouru à des consultants externes pour la réalisation de projets informatiques, en particulier pour répondre à des besoins ponctuels ; la mise en œuvre de sous-traitants était spécialement à la mode au tournant de l'an 2000. Plus loin, l'autorité cantonale relève qu'aucun élément du dossier ne permet de "supposer que l'intimé ait fait en sorte que [la recourante] renonce à engager des employés permanents, afin de favoriser sa propre société." Et la Cour d'appel de citer ensuite le témoignage de C., responsable du centre informatique de l'intimée, qui a déclaré qu'il ne voulait pas engager du personnel supplémentaire dans les années 1998 à 2000 parce que les besoins accrus en ressources humaines n'allaient pas perdurer.

On ne voit pas en quoi les déclarations de trois témoins, dont C., selon lesquelles la recourante engageait parfois des consultants comme employés, seraient de nature à faire apparaître comme arbitraires les constatations de l'arrêt attaqué sur le recours fréquent à des sous-traitants dans le service informatique de la recourante ou sur l'absence d'ingérence de l'intimé dans la question du nombre d'informaticiens "maison". Le moyen tiré de l'art. 97 al. 1 LTF est manifestement mal fondé.

4.3 Il n'est pas aisé de comprendre où la recourante veut en venir avec sa seconde critique dirigée contre l'état de fait. En effet, il ressort des constatations cantonales que l'intimé pouvait présélectionner la société avec laquelle il préférerait travailler et qu'il a, de fait, proposé les services de Z., qu'il avait achetée et réactivée dans le cadre des projets qu'il devait mener pour la recourante. Le grief tombe dès lors à faux.

5.

La recourante critique la cour cantonale pour avoir refusé de lui attribuer, sur la base de l'art. 321b CO, le bénéfice réalisé par Z. Elle invoque à cet égard les avis de doctrine et la jurisprudence obligeant le travailleur à remettre à l'employeur les pots-de-vin et les libéralités dépassant les limites usuelles.

5.1 L'art. 321b CO régit l'obligation de rendre compte et de restitution. Le travailleur doit établir un décompte des sommes d'argent qu'il encaisse pour l'employeur et remettre immédiatement à ce dernier tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle (marchandises, documents, etc.) (art. 321b al. 1 CO). En particulier, le travailleur doit restituer à l'employeur les libéralités excédant ce que l'usage autorise, les pots-de-vin ainsi que les ristournes pratiquées par les fournisseurs. Comme la version allemande de l'art. 321b al. 1 CO le précise textuellement, l'obligation à charge du travailleur porte, logiquement, sur l'argent ou les choses reçus de tiers (Streiff/von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., n. 2 et 3 ad art. 321c CO, p. 143/144 et n. 4 ad art. 321a CO, p. 127; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., p. 61). En outre, le travailleur doit remettre à l'employeur tout ce qu'il produit dans le cadre de son travail (art. 321b al. 2 CO), y compris les plans, les calculs et les esquisses; en effet, le droit au résultat de l'activité professionnelle exercée par le travailleur appartient à l'employeur (Streiff/von Kaenel, *op. cit.*, n. 5 ad art. 321b CO, p. 145; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, *op. cit.*, p. 61).

5.2 La situation envisagée en l'espèce n'entre pas dans les prévisions de l'art. 321b CO. Même en admettant qu'il y ait lieu d'assimiler Z. et l'intimé au nom du principe de la transparence rappelé ci-dessus (consid. 3.3), force est de constater que les montants encaissés par la société mandatée ne proviennent pas d'un tiers, mais bien de l'employeur lui-même, qui a payé les services fournis. Le travailleur n'a donc aucune obligation de restitution fondée sur l'art. 321b al. 1 CO. De même, le bénéfice réalisé par Z. grâce aux contrats passés avec la recourante ne saurait être qualifié de production de l'activité professionnelle de l'intimé au sens précis et concret où l'entend l'art. 321b al. 2 CO. Dans ces conditions, la cour cantonale n'a pas méconnu l'art. 321b CO en refusant de faire application de cette disposition dans le cas particulier.

6.

6.1 A lire le recours, la Cour d'appel a violé l'art. 321e CO en niant l'existence du dommage subi par l'employeur à la suite de la déloyauté du travailleur. La recourante s'en prend aux arguments avancés dans l'arrêt attaqué. Ainsi, l'absence de surfacturation des prestations de Z., le fait que les travaux confiés à cette société aient été nécessaires et effectivement réalisés, la qualité des prestations fournies, la mauvaise gestion des ressources humaines par la recourante et le respect des prix du marché seraient des éléments dénués de pertinence pour déterminer si la recourante a subi ou non un préjudice.

En revanche, l'autorité cantonale aurait dû tenir compte du fait que Z. n'apportait aucune valeur ajoutée, se bornant à jouer le rôle d'un placeur de personnel fraîchement qualifié et sans expérience professionnelle significative ; en ce sens, la marge bénéficiaire réalisée par la "société-écran" de l'intimé ne correspondrait à rien. Par ailleurs, si l'intimé avait respecté son obligation de fidélité, la recourante n'aurait pas attribué des mandats à Z. et aurait choisi une solution conforme à ses propres intérêts économiques, n'impliquant pas le versement d'une importante marge bénéficiaire "intercalée" par la société de l'employé ; elle aurait ainsi pu confier des mandats directement aux informaticiens de Z., conclure des contrats de travail à durée déterminée avec les informaticiens en question, voire engager ceux-ci durablement. La recourante ajoute qu'il appartenait à l'intimé de faire observer à la direction le surcoût manifeste lié au recours aux consultants externes.

Dans la foulée, la recourante invoque l'art. 9 Cst. La cour cantonale aurait apprécié les preuves de manière arbitraire en considérant que le bénéfice putatif réalisé par Z. ne correspondait pas au dommage subi par l'employeur.

6.2 Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité du travailleur suppose la réalisation de quatre conditions : un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, un rapport de causalité adéquate entre ladite violation et le dommage ainsi qu'une faute intentionnelle ou par négligence. En l'occurrence, la cour cantonale a reconnu que l'intimé avait violé son devoir de fidélité contractuel en cachant à la recourante ses liens avec Z. Elle a estimé toutefois que l'employeur n'avait pas apporté la preuve d'un dommage, de sorte que la responsabilité du travailleur n'était pas engagée.

Selon la jurisprudence, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (cf., en matière de responsabilité du travailleur, ATF 123 III 257 consid. 5d p. 260/261). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les arrêts cités). Dire s'il y a eu dommage et quelle en est la quotité est une question de fait, que le Tribunal fédéral peut revoir sous l'angle de l'arbitraire. C'est en revanche une question de droit que d'examiner si la notion juridique du dommage a été méconnue par l'autorité précédente (cf. ATF 132 III 359 consid. 4 p. 366 ; 130 III 145 consid. 6.2 p. 167 ; 129 III 18 consid. 2.4 p. 23).

6.3 L'autorité cantonale a cherché à déterminer si le patrimoine de la recourante aurait été plus élevé sans l'événement préjudiciable, soit la violation de l'obligation de fidélité par le travailleur. Ce faisant, elle est partie d'une notion juste du dommage, de sorte qu'aucune violation du droit fédéral ne peut lui être imputée.

Il reste à examiner si la Cour d'appel a versé dans l'arbitraire en niant l'existence d'un préjudice.

Le dommage allégué par la recourante consiste dans le montant qu'elle considère avoir payé en trop à Z., mandatée parce qu'elle ignorait les liens de cette entreprise avec l'intimé ; ce surplus correspond, selon elle, à la marge bénéficiaire réalisée par la société informatique et, donc, par le travailleur.

Au préalable, on peut s'interroger sur le caractère involontaire du préjudice allégué par l'employeur. Il n'est en effet guère contestable que la recourante a payé volontairement les factures présentées par Z., après différents contrôles autres que celui de l'intimé.

Cela étant, le recours au sous-traitant Z. n'était pas en soi de nature à entraîner une diminution du patrimoine de la recourante. Selon les constatations cantonales, ce mode de procéder était fréquent dans le département dont l'intimé dépendait, en particulier à l'époque en cause. Or, il n'est pas contesté que l'intimé ne disposait pas à l'interne du personnel nécessaire pour mener à bien les projets informatiques confiés et qu'il ne pouvait lui-même procéder à des engagements, ni attribuer des mandats à des consultants individuels. L'employé pouvait en revanche proposer le recours à une entreprise donnée, mais n'avait pas la compétence de conclure le contrat avec ladite société. Au surplus, il n'avait aucune obligation d'attirer l'attention de l'employeur sur le coût de cette pratique. D'après l'état de fait cantonal, la recourante a admis elle-même une mauvaise gestion des ressources humaines. Or, le chef de projet informatique n'était pas chargé de la gestion du personnel et n'a du reste pas cherché à empêcher une solution à l'interne.

Par ailleurs, le prix payé par la recourante à Z. représentait la contre-partie des prestations effectuées par les informaticiens employés par cette société dans le cadre des projets confiés à l'intimé. Selon les constatations cantonales, les montants facturés étaient corrects par rapport au marché et l'enveloppe budgétaire attribuée à chaque projet était respectée. A cet égard, les considérations de la recourante à propos de la marge bénéficiaire de Z. ne sont pas déterminantes car, en acceptant de recourir à une entreprise externe, la recourante payait nécessairement un prix comportant une part de bénéfice. Que celui-ci ait été trop important à ses yeux est indifférent dans la mesure où les prix facturés correspondent à ceux pratiqués en moyenne par les autres sociétés de conseil en informatique. En outre, les mandats ont été exécutés à satisfaction de la recourante, qui a du reste félicité à plusieurs reprises le chef de projet et octroyé à ce dernier un bonus de 85% pour l'année 2000.

Contrairement à ce que la recourante soutient, les éléments mis en avant par la cour cantonale sont pertinents pour juger de l'existence ou non d'un dommage. Il en ressort que les liens privilégiés du travailleur avec Z. ne changent rien au fait que

l'intimé avait besoin d'informaticiens pour mener à bien les projets confiés par son employeur et que la recourante n'aurait pas nécessairement payé moins cher si, fidèle à sa pratique, elle avait recouru aux services d'une autre société externe. Le gain réalisé par Z. ne représente pas une perte pour la recourante. A vrai dire, seule une entreprise concurrente de Z. peut avoir manqué un gain en raison de l'attribution des mandats à la société de l'intimé.

En conclusion, les juges genevois pouvaient sans arbitraire retenir qu'un dommage n'était pas prouvé, la recourante n'ayant pas démontré que son patrimoine aurait été supérieur si elle n'avait pas été entraînée à recourir aux services de Z. dans l'ignorance des liens de l'intimé avec cette société.

7.

En dernier lieu, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 423 CO, régissant la gestion d'affaires entreprise dans l'intérêt du gérant. A son sens, l'intimé a géré les affaires de son employeur à deux titres : d'une part, en faisant intervenir Z. dans l'exécution des projets informatiques de la recourante ; d'autre part, en engageant des personnes physiques chargées de travailler sur des lesdits projets alors que cette compétence ne lui appartenait pas en tant qu'employé. Comme la mauvaise foi du gérant serait incontestable, la recourante est d'avis que la cour cantonale aurait dû ordonner la restitution à l'employeur des profits illégitimes réalisés par le travailleur au travers de sa société.

7.1 Contrairement à la gestion d'affaires parfaite (ou altruiste), qui est effectuée dans l'intérêt du maître (art. 422 CO), la gestion d'affaires imparfaite (ou intéressée) est entreprise dans l'intérêt du gérant ; le maître a le droit de s'approprier les profits qui en résultent (art. 423 al. 1 CO). L'élément qui caractérise la gestion imparfaite est la volonté du gérant de s'immiscer dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire, par un acte d'usurpation. Ce genre d'usurpation est reconnu, notamment, en cas d'atteinte aux droits patrimoniaux d'autrui, lorsque l'auteur retire un profit de la violation d'une obligation ou d'une interdiction (ATF 126 III 69 consid. 2a p. 72) ; ainsi, une sous-location non autorisée par le contrat de bail constitue une gestion imparfaite par le locataire des affaires du bailleur (ATF 126 III 69 consid. 2b p. 73). En cas de violation pure d'un contrat (*reine Vertragsverletzung*), encore faut-il que l'auteur réalise un gain dans un domaine qui est attribué exclusivement à son cocontractant par l'ordre contractuel (Schmid, *Zürcher Kommentar*, n. 77 ad art. 423 CO). Il convient de préciser enfin que l'art. 423 CO ne s'applique que si le gérant est de mauvaise foi (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 425 ; 126 III 69 consid. 2a p. 72, 382 consid. 4b/aa p. 384).

7.2 En l'espèce, on cherche en vain l'acte de gestion de l'intimé qui aurait porté atteinte à des droits protégés de la recourante. En proposant de recourir aux services d'une société informatique tierce, l'intimé a agi dans le cadre de son contrat de tra-

vail, puisqu'il était chargé de mener à bien des projets avec l'aide d'autres informaticiens et qu'il pouvait présélectionner l'entreprise avec laquelle il souhaitait travailler. Quant à l'engagement d'informaticiens par Z., il s'agit d'un acte qui est hors de la sphère juridique de la recourante. On ne voit pas comment, en choisissant lesdits informaticiens qui n'étaient liés qu'à sa société, l'intimé aurait empiété sur le patrimoine de la recourante; le prétendu gérant n'a nullement fait usage de droits qui n'appartiennent qu'au prétendu maître. Faute d'immixtion ou d'acte d'usurpation de la part de l'intimé, une gestion d'affaires imparfaite n'entre pas en ligne de compte en l'occurrence, comme la cour cantonale l'a bien vu. En conséquence, le grief tiré de la violation de l'art. 423 al. 1 CO est mal fondé.

8.

Sur le vu de ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	5
Mot du doyen	7
Auteurs	9
Sommaire	13
Corruption – vers un diagnostic systémique	15-31
Paul H. Dembinski	
I. Plus qu'une simple question de définition	15
II. La trahison : le devoir ou la conscience ?	17
III. Incitateur ou incitation ?	23
IV. Les enjeux systémiques de la corruption	26
V. Bibliographie	30
La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir ?	33-61
Ursula Cassani	
I. Introduction : la corruption, une notion à facettes multiples	33
II. Les montants en jeu	34
III. La coopération internationale dans la lutte contre la corruption	35
A. L'internationalisation des enjeux	35
B. La finalité des conventions internationales	37
1. La Convention de l'OCDE	37
2. Les conventions régionales, notamment la Convention pénale du Conseil de l'Europe	38
3. La Convention des Nations Unies	38
C. La mise en œuvre de la solidarité internationale dans la répression	39
1. Les programmes de suivi systématique	39
2. La poursuite et le jugement de la corruption	39
3. Le caractère limité de l'obligation de poursuivre	41
4. ... et la pratique ?	42

IV. La répression de la corruption en droit suisse	45
A. Les statistiques des condamnations et les communications des intermédiaires financiers	45
B. Les obstacles à la détection de la corruption et la mise en œuvre de la répression	47
1. La réticence face aux instruments de justice négociée	47
2. L'absence de mécanismes de contrôle des stratégies de prévention au sein des entreprises	48
3. L'intolérance culturelle au whistleblowing	48
C. Les faiblesses du droit de fond	51
1. La compétence restreinte du juge suisse en cas de participation accessoire à une infraction à l'étranger (art. 3 et 8 CP)	51
2. La faiblesse des dispositions en matière de responsabilité pénale de l'entreprise	52
3. L'impunissabilité de l'octroi et de l'acceptation d'un avantage s'agissant des agents publics étrangers et internationaux	54
4. Le tabou de la corruption privée	55
5. Le no (wo)man's land juridique du financement des partis politiques	60
V. Conclusion : vouloir, c'est pouvoir ou pouvoir, c'est vouloir ?	61

Intermédiaires financiers et corruption **63-81**

Anne Héritier Lachat

I. Remarques préalables : quelques évidences	64
II. Les intermédiaires financiers	66
A. Les intermédiaires financiers	66
B. Règles applicables	67
III. L'intermédiaire financier face à la corruption	67
A. Principe de base	67
B. Les transactions concernées	69
C. Les participants aux transactions	71
1. Les personnes politiquement exposées (PEP)	71
2. Les autres participants aux transactions	74
D. Les mesures d'organisation	75
1. Mesures préventives	75
2. En présence de paiements ou d'actifs douteux	76

3. Découverte/soupçons postérieurs	77
E. Sanctions, mesures et responsabilité	78
1. L'exigence de la garantie de l'activité irréprochable	78
2. Sanctions et mesures	78
3. Responsabilité civile?	79
IV. Que conclure?	80

Corruption and the European Union **83-106**

Valsamis Mitsilegas

I. Introduction	83
II. Corruption and internal Union law	83
A. Criminalising corruption in the public sector	83
B. Criminalising corruption in the private sector	88
C. Corruption as a money laundering predicate offence	91
D. Corruption and judicial cooperation in criminal matters	93
III. The fight against corruption in EU external relations	94
A. Corruption and EU enlargement: from candidacy to accession	94
B. Corruption and the European Neighbourhood Policy	99
C. International anti-corruption standards and EU member states	99
D. The EU and the development of global anti-corruption standards	100
IV. Conclusion	105

Quelle coopération internationale dans la lutte contre la corruption? **107-125**

Maurice Harari

I. Introduction	107
A. Généralités	107
B. Le droit suisse	108
II. Les instruments juridiques à disposition	109
A. Les instruments	109
B. Le cadre général	110
C. Les lacunes éventuelles	110
1. La Convention de l'OCDE	110
2. La CPCCE	111
III. Le point de départ et la nature de l'investigation nationale en cas de corruption à l'étranger	112

IV. La possible multiplication des poursuites fondées sur les mêmes faits	113
A. Les rattachements multiples	113
B. Le droit suisse	115
C. Les instruments internationaux	115
D. Les poursuites multiples	116
V. L'attitude de l'Etat étranger, siège de la corruption	117
A. Le refus explicite de coopérer	118
B. Le refus implicite de coopérer	119
C. L'obtention des preuves	119
VI. Le cas particulier du transfert des valeurs saisies	120
A. Le droit suisse	120
B. La Convention de Mérida	121
C. La remise des avoirs	122
1. Questions de fond	122
2. La procédure	124
VII. Conclusion	125

“Oil for Food” : enjeux et difficultés d’une enquête internationale en matière de paiements illicites **127-134**

Mark Pieth

I. Introduction	127
II. Le contexte spécifique de l'enquête “Oil for Food”	129
III. Le déroulement de l'enquête	130
IV. Questions juridiques de fond	133
V. Conclusion	133

La restitution des valeurs issues de la corruption **135-138**

Bernard Bertossa

I. Introduction	135
II. Les conditions d'application de la LRAI	136
III. La procédure	136
IV. La présomption d'origine illicite des valeurs concernées	137
V. Critique de la loi	137

La restitution des profits issus de la corruption : quels moyens en droit privé ?	139-158
Christine Chappuis	
I. Validité des contrats et indemnisation	140
A. Les normes internationales	140
B. La validité des contrats en droit suisse	141
C. L'indemnisation du dommage en droit suisse	142
II. Restitution des profits illégitimes	144
A. Prétention en remise du gain contre le corrompu	146
B. Prétention en remise du gain contre le corrupteur	149
C. Quelques observations	151
III. Une illustration tirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral	152
A. L'état de fait	153
B. Le litige et sa solution	153
C. Une appréciation critique	155
IV. Conclusion	158
ANNEXE	159



**Publications du Centre de droit bancaire et financier, Genève
parues chez Schulthess Médias Juridiques, Genève · Zurich · Bâle**

URSULA CASSANI & ANNE HÉRITIER LACHAT (éd.) : *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story* (2011). Avec des contributions de Bernard Bertossa, Ursula Cassani, Christine Chappuis, Paul H. Dembinski, Maurice Harari, Anne Héritier Lachat, Valsamis Mitsilegas et Mark Pieth.

DELPHINE PANNATIER KESSLER : *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts* (2011).

SAMANTHA MEREGALLI DO DUC : *Rémunération et conflits d'intérêts dans la distribution des placements collectifs de capitaux* (2010).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2009 de droit bancaire et financier* (2010). Avec des contributions de Rashid Bahar, Yaël Benmenni, Alessandro Bizzozero, Christian Bovet, Anath Guggenheim, Anne Héritier Lachat, Isabelle Lebbe, Xavier Oberson, Alexandre Richa et Luc Thévenoz.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2008 de droit bancaire et financier* (2009). Avec des contributions de Lionel Aeschlimann, Gerhard Auer, Christian Bovet, Ursula Cassani, Benoît Chappuis, Bénédicte Foëx, Lucia Gomez Richa, Nicolas de Gottrau, Anne Héritier Lachat, Philipp M. Hildebrand, Luc Thévenoz et Jean-Baptiste Zufferey.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2007 de droit bancaire et financier* (2008). Avec des contributions de Mark Barmes, Pierre Besson, Christian Bovet, Jacques Iffland, Carlo Lombardini, Samantha Meregalli Do Duc, Aude Peyrot et Luc Thévenoz.

ALEXANDRE RICHAS : *Pensions de titres (repos) et autres cessions temporaires* (2008).

LUC THÉVENOZ & RASHID BAHAR (eds) : *Conflicts of Interest – Corporate Governance and Financial Markets* (2007). Avec des contributions de Sandro Abegglen, Rashid Bahar, Guido Bolliger, Michel Dubois, Pascal Dumontier, Tamar Frankel, Manuel Kast, Marc Kruithof, Karim Maizar, Leo Th. Schrott, Luc Thévenoz, Rolf Watter, Stefan Wieler, Eddy Wymeersch, et Jean-Baptiste Zufferey.

BF 2007 : *Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, placements collectifs, assurance et marchés financiers en Suisse*. Publié par LUC THÉVENOZ & URS ZULAUF (2007).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.): *Journée 2006 de droit bancaire et financier* (2007). Avec des contributions de Christian Bovet, Mario Giovanoli, Nicolas Jeandin, Saverio Lembo, Vincent Martenet, Xavier Oberson, Luc Thévenoz et Urs Zulauf.

BÉNÉDICT FOËX, LUC THÉVENOZ & SPIROS V. BAZINAS (éd.): *Réforme des sûretés mobilières: Les enseignements du Guide législatif de la CNUDCI – Reforming Secured Transactions: The UNCITRAL Legislative Guide as an Inspiration* (2007). Avec des contributions de Lionel Aeschlimann, Georges Affaki, Spiros V. Bazinas, Antoine Eigenmann, Bénédicte Foëx, Nicolas de Gottrau, Nicolas Jeandin, Gerard McCormack et Henricus J. Snijders.

BF Assurance: Réglementation et autoréglementation de l'assurance en Suisse. Publié par LUC THÉVENOZ & URS ZULAUF (2006).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.): *Journée 2005 de droit bancaire et financier* (2006). Avec des contributions de Lionel Aeschlimann, Alessandro Bizzozero, Christian Bovet, Bénédicte Foëx, Anne Héritier Lachat, Syvain Marchand, Jean-Christophe Pernollet, François Rayroux, Alexandre Richa et Luc Thévenoz.

CLAUDE LAPORTE: *La titrisation d'actifs en Suisse – Asset-Backed Securitisation* (2005).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.): *Journée 2004 de droit bancaire et financier* (2005). Avec des contributions de Christian Bovet, Claude Bretton-Chevallier, Ursula Cassani, Jacques Iffland, Romain Marti, Luc Thévenoz et Alexandre Richa.

RASHID BAHAR: *Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions – Une approche systématique* (2004).

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.): *Journée 2003 de droit bancaire et financier* (2004). Avec des contributions de Christian Bovet, Claude Bretton-Chevallier, Jean-Claude Dufournet, Xavier Favre-Bulle, Bénédicte Foëx, Daniel Girsberger, Florence Guillaume, Jacques Iffland et Luc Thévenoz.

BF Blanchiment: Réglementation et autoréglementation de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme en Suisse. Publié par LUC THÉVENOZ & URS ZULAUF (2004).

Publications du Centre d'études juridiques européennes, Genève

parues chez Schulthess Médias Juridiques, Genève · Zurich · Bâle

DANIEL KRAUS : *Les importations parallèles de produits brevetés* (2004).

JULIA XOUDIS : *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence* (2002).

CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER : *Le gérant de fortune indépendant : Rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités* (2002).

LUC THÉVENOZ : *Trusts en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie – Trusts in Switzerland : ratification of the Hague Convention on trusts and codification of fiduciary transfers* (2001).

CHRISTINE CHAPPUIS & BÉNÉDICT WINIGER (éd.) : *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung* (2001). [Journée de la responsabilité civile 2001].

VINCENT JEANNERET (éd.) : *Aspects juridiques du commerce électronique* (2001). [Séminaires de l'Association genevoise de droit des affaires].

CHRISTINE CHAPPUIS, HENRY PETER & ANDREAS VON PLANTA : *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire* (2000). [Séminaires de l'Association genevoise de droit des affaires].

CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Libéralisation des télécommunications : concentrations d'entreprises* (1999). [Journée du droit de la concurrence 1998].

LUC THÉVENOZ & MARCEL FONTAINE (éd.) : *La monnaie unique et les pays tiers – The euro and non-participating countries* (1999). [Colloque international].

VINCENT JEANNERET (éd.) : *Le séquestre selon la nouvelle LP* (1997).

GÉRARD HERTIG (éd.) : *Le fonctionnement des sociétés et le respect des règles (colloque Alain Hirsch) – Die Führung der Gesellschaften und die Einhaltung der Regeln (Kolloquium Alain Hirsch)* (1996).

MARTIN ANDERSON & THIERRY HERTIG : *Institutional investors in Switzerland : their behavior and influence on financial markets and public companies* (1992).

ANNETTE ALTHAUS : *Die Lex Friedrich im Lichte der EG. JULIA XOUDIS : La demeure de débiteur de l'acheteur ayant conclu un contrat de vente internationale* (1992).

GÉRARD HERTIG & MARINA HERTIG-PELLI (éd.) : *L'avant-projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (colloque) – Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Kolloquium)* (1992).

OLIVER GUILLOD (éd.) : *Développements récents du droit de la responsabilité civile (colloque) – Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht (Kolloquium)* (1991).

LUC THÉVENOZ : *Error and fraud in wholesale funds transfers : U.C.C. article 4A and the uncitral harmonization process* (1990).

XAVIER OBERSON : *Issues in the tax treatment of international interest rate and currency swap transactions : an analysis of the tax treatment of interest rate and currency swap transactions in the United States, Switzerland and under the OECD model* (1990).

ANNE-CATHERINE IMHOFF-SCHEIER & PAOLO MICHELE PATOCCHI : *Torts and unjust enrichment in the new Swiss conflict of laws – L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse* (1990).

BERND STAUDER (éd.) : *Liberalization and regulatory reform in the field of banking services in Europe : the Swiss consumer's point of view (symposium) – Libéralisation des services financiers bancaires en Europe : le point de vue du consommateur suisse (colloque)* (1989).

Journées de droit bancaire et financier parues chez Staempfli Editions SA, Berne

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2002 de droit bancaire et financier* (2003). Avec des contributions de Giorgio Behr, Christian Bovet, Nicolas Jeandin, Henry Peter, François Rayroux, Luc Thévenoz et Daniel Zuberbühler.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2001 de droit bancaire et financier* (2002). Avec des contributions de Christian Bovet, Louis Gaillard, Nicolas de Gottrau, Olivier Hermand, Jacques Malherbe, Xavier Oberson, Marc Siegel, Luc Thévenoz et Urs Zulauf.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.) : *Journée 2000 de droit bancaire et financier* (2001). Avec des contributions de Christian Bovet, Jacques Iffland, Catherine Kessedjian, Luc Thévenoz, Gilles Thieffry, Henri Torriane, Rita Trigo Trindade et Jean-Baptiste Zufferey.

LUC THÉVENOZ & CHRISTIAN BOVET (éd.): *Journée 1999 de droit bancaire et financier* (2000). Avec des contributions de Rashid Bahar, Christian Bovet, Claude Bretton-Chevallier, Hans Caspar von der Crone, Daniel Guggenheim, Maurice Harari, Jacques Iffland, Sylvain Matthey, Nicolas Merlino, Peter Nobel, Xavier Oberson et Henry Peter.

LUC THÉVENOZ (éd.): *Journée 1997 de droit bancaire et financier* (1997). Avec des contributions de André Cuendet, Marco Franchetti, Anne Héritier Lachat, Jacques Iffland, Claude-Alain Margelisch, Xavier Oberson, Shelby du Pasquier, Riccardo Sansonetti et Blanche Sousi.

LUC THÉVENOZ (éd.): *Journée 1996 de droit bancaire et financier* (1996). Avec des contributions de Alessandro Bizzozero, Christine Chappuis, Alain Hirsch, Alain B. Lévy, Patrizio Merciai, Andreas von Planta, Luc Thévenoz et Jean-Baptiste Zufferey.

LUC THÉVENOZ (éd.): *Journée 1995 de droit bancaire et financier* (1995). Avec des contributions de Daniel Guggenheim, Alain Hirsch, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Sylvain Matthey, Xavier Oberson, Renate Pfister-Liechti, Bernhard Strauli, Luc Thévenoz et Urs Zulauf.

LUC THÉVENOZ (éd.): *Journée 1994 de droit bancaire et financier* (1994). Avec des contributions de Richard Barbey, Ursula Cassani, Maurice Harari, Xavier Oberson, Urs Philipp Roth, Claudia Spiess et Luc Thévenoz.

