



Chapitre d'actes

2011

Published version

Open Access

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

---

## Intermédiaires financiers et corruption

---

Héritier Lachat, Anne

### How to cite

HÉRITIER LACHAT, Anne. Intermédiaires financiers et corruption. In: Lutte contre la corruption internationale. The never ending story. Cassani, Ursula / Héritier Lachat, Anne (Ed.). Genève : Schulthess, 2011. p. 63–81.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:97975>

# 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 économiques<sup>1</sup> 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”<sup>2</sup>; 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 tiers<sup>3</sup> 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 immatériels<sup>4</sup>, l'argent reste le moyen privilégié de la corruption<sup>5</sup>. 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.

4 L'exemple typique étant l'octroi d'une décoration.

5 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 traditionnel<sup>6</sup>, 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 agents<sup>7</sup>. 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 particulière<sup>8</sup>.

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 privée<sup>9</sup> 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 fortune<sup>10</sup>. 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<sup>er</sup> 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 écrit<sup>11</sup> 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 pratiques<sup>12</sup>. 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'argent<sup>13</sup> (LBA) qui règle non seulement la lutte contre le blanchiment mais aussi la vigilance requise en matière d'opérations financières<sup>14</sup>, 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)<sup>15</sup> – 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)<sup>16</sup>, et enfin les maisons de jeu<sup>17</sup>. Il s'agit là d'intermédiaires surveillés.

La LBA y ajoute encore d'autres intervenants non surveillés, définis non exhaustivement, dont les gérants de fortune<sup>18</sup>. 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<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> du Code pénal suisse (CP)<sup>19</sup>, la matière est principalement régie par la LBA et la nouvelle OBA-FINMA<sup>20</sup> qui la concrétise. Pour les banques, la loi sur les banques (LB)<sup>21</sup> ainsi que la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08)<sup>22</sup> contiennent des règles importantes; la LBVM ainsi que la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)<sup>23</sup> 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)<sup>24</sup>, que complète une circulaire de la FINMA<sup>25</sup>.

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.

<sup>19</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

<sup>20</sup> 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.

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

<sup>22</sup> Disponible sur le site internet de l'Association suisse des banquiers.

<sup>23</sup> 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.

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

<sup>25</sup> 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 inadmissibles<sup>26</sup>.

Cette approche “prudentielle” s’est développée avant l’édiction de la LBA, tant par l’intervention de la Commission fédérale des banques (CFB)<sup>27</sup> que dans le cadre de l’autoréglementation<sup>28</sup>; 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 suisse<sup>29</sup> 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 irréprochable<sup>30</sup>.

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 banques<sup>31</sup>. Elle renvoie aussi par secteur concerné aux diverses règles d’autorégulation reconnues comme standards minimums<sup>32</sup>.

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”<sup>33</sup>; 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”<sup>34</sup>.

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 licites<sup>35</sup>.

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 circonstances<sup>36</sup> 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.

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

<sup>34</sup> *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.

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

<sup>36</sup> Articles 12 ss OBA-FINMA.

On peut citer comme exemple les faits du cas traité en 1980 déjà par la CFB<sup>37</sup>. 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 construction<sup>38</sup> (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 paiements<sup>39</sup>; enfin, l'existence de divergences/variations insolites par rapport aux transactions habituelles du client<sup>40</sup>.

Appliqués à la corruption, ces "lignes directrices", ces divers indices imposent au minimum : la consultation régulière du classement des pays corrompus effectué par certaines organisations<sup>41</sup>, la compréhension de l'activité du client, notamment s'il est actif dans ces pays, la définition d'activités plus risquées<sup>42</sup> (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](http://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 impliqués<sup>43</sup>.

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 consacré<sup>44</sup> 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 proches<sup>45</sup>. Elle vise uniquement les PEP étrangers. Il semble toutefois que la pratique en Suisse y inclut souvent des personnes nationales de rang équivalent<sup>46</sup>; cette non-discrimination est à juste titre conseillée par la Banque mondiale dans son récent rapport sur le sujet<sup>47</sup>.

La question des PEP a occupé la CFB dès les années 80 avec les affaires Marcos et Duvalier puis les enquêtes Abacha<sup>48</sup>. Son rapport de gestion

<sup>43</sup> Articles 12 et 15 OBA-FINMA.

<sup>44</sup> 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.

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

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> Rapport cité en note 5, p. 27.

<sup>48</sup> 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.

1987<sup>49</sup> 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 matière<sup>50</sup>. 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 corrompu<sup>51</sup>. 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 fils<sup>52</sup>, l'ayant droit économique. La banque a été avertie des problèmes de corruption<sup>53</sup> 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<sup>er</sup> CP. Le banquier a été en outre condamné pour blanchiment au sens de 305<sup>bis</sup> 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 clients<sup>54</sup>. 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 crédibles<sup>55</sup>. Il estime aussi que le gestionnaire devait faire signer au client une déclaration sur la source des fonds. Il exige (paraphrasant l'OBA-FINMA<sup>56</sup>) 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"<sup>57</sup>.

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 déclarations<sup>58</sup>. 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 publique<sup>59</sup>. 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."<sup>60</sup>

---

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 principe<sup>61</sup>.

## 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 pénal<sup>62</sup>. 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 CFB<sup>63</sup> a dès l'origine concerné des transactions illicites (cas des fonctionnaires corrompus), mais aussi immorales (corruption privée)<sup>64</sup>. 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 contrôles<sup>65</sup>.

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."<sup>66</sup>

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

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

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

<sup>63</sup> Cf. note 37.

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> Récemment encore : SK 2010.10, cons. 2.6.4, p. 30.

<sup>66</sup> *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 contexte<sup>67</sup>.

##### **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 accrus<sup>68</sup>) que l'organisation d'un service interne de lutte contre le blanchiment<sup>69</sup>.

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 accrus<sup>70</sup> 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 elles<sup>71</sup> 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 membres<sup>72</sup>.

---

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

<sup>68</sup> Article 12 OBA-FINMA.

<sup>69</sup> Article 22 OBA-FINMA.

<sup>70</sup> Au sens de l'article 7 OBA-FINMA.

<sup>71</sup> Qui doit faire l'objet d'une réévaluation annuelle.

<sup>72</sup> Article 17 OBA-FINMA.

Ces exigences ont incité de nombreux établissements à adopter des structures avec des systèmes de comités ad hoc<sup>73</sup>; 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 LBA<sup>74</sup> et la LB<sup>75</sup> 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"<sup>76</sup>. Cette obligation, sanctionnée par une amende<sup>77</sup>, 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 aggravée<sup>78</sup>.

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<sup>ter</sup> 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 immorales<sup>79</sup>, contrevient aux règles sur la garantie d'une activité irréprochable<sup>80</sup>. 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 financier<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Article 158 CP.

<sup>79</sup> Cf. la CFB en 1980, décision citée en note 33.

<sup>80</sup> *Infra* E1.

<sup>81</sup> 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”<sup>82</sup>, doit être maintenue durant toute l'activité et vise aussi d'autres intermédiaires surveillés<sup>83</sup>. 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 exigences<sup>84</sup>. Une organisation inadéquate est aussi incompatible avec cette garantie, qui concerne tant les personnes dirigeantes que la banque elle-même<sup>85</sup>.

### 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*)<sup>86</sup> 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

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

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

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

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> 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 analogue<sup>87</sup>. Enfin, la publication d'éventuelles décisions est envisageable<sup>88</sup>.

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-vin<sup>89</sup>.

### 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 suisse<sup>90</sup>. 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<sup>bis</sup> CP par la banque fonde une responsabilité civile envers les victimes du crime préalable<sup>91</sup>. 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<sup>bis</sup> 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 Museum<sup>92</sup> 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 récentes<sup>93</sup> 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 Systems<sup>94</sup> 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

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

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

<sup>94</sup> 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.