



Robert Amgwerd
 Avocat, lic. en droit,
 secrétaire du groupe,
 Schindler Management SA,
 Ebikon LU

Renforcement des normes pénales anticorruption: risque accru pour les entreprises

Trois bouteilles de Petite Arvine aux collaborateurs spécialisés d'un bureau de génie civil pour les fêtes de Noël, une invitation aux Internationaux de France de tennis pour le responsable achats du client: quels dons et cadeaux sont-ils (encore) légaux ou punissables? Quels risques encourent les chefs d'entreprises en vertu du renforcement des normes pénales anti-corruption?

Extension du fait constitutif de corruption

Le 1^{er} juillet 2006, les normes pénales anti-corruption ont une nouvelle fois été renforcées – après l'avoir été une première fois le 1^{er} mai 2000 – pour correspondre aux accords internationaux (Convention pénale du Conseil de l'Europe contre la corruption) et aux normes de l'OCDE. Les *nouvelles adaptations* sont les suivantes (voir l'aperçu à la page suivante)¹:

- Constitue une nouveauté la corruption *passive*, autrement dit l'attitude qui consiste à se «laisser corrompre», également *punissable dans le cadre de l'économie privée* (Art. 4a, al. 1, lettre b de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, LCD). Le corrompu risque une peine privative de liberté de trois ans et une amende pouvant atteindre 100 000 francs.
- La corruption *active* dans le domaine de l'économie privée était déjà punissable par le passé, selon les termes de la LCD. La définition de cette infraction a été précisée dans la LCD à l'art. 4a, al. 1, lettre a, et adaptée au fait constitutif de corruption de fonction-

naire (*cf. encadré 2*). Le corrupteur risque la même peine que le corrompu.

- Une nouveauté réside aussi dans le fait que la corruption active et passive est également punissable par rapport aux *fonctionnaires étrangers*.

Demeurent impunis, du moins selon le droit suisse, la corruption active ou passive privée à l'étranger, l'octroi d'avantages à des fonctionnaires étrangers (pour «entretenir un climat propice»), ainsi que l'octroi d'avantages au sein de l'économie privée.

«Entretenir un climat propice» auprès de fonctionnaires suisses est en revanche punissable, même si – contrairement à la corruption – cette attitude ne détermine pas une relation de corruption entre l'avantage/cadeau et un acte concret contraire au devoir de fonction de la part du donateur.

Admissibles sont les avantages – matériels ou immatériels – qui ont été expressément *acceptés* par l'entreprise/employeur, ainsi que, bien entendu, l'octroi d'avantages *directs* à une autre entreprise, tels que des rabais, par exemple. La corruption dans le secteur de

l'économie privée n'est poursuivie par les autorités judiciaires *que sur plainte*. Sont en droit d'engager des poursuites tous ceux qui ont été lésés, c'est-à-dire, outre l'entreprise concernée, les fournisseurs qui n'ont pas été pris en compte ou même les concurrents.

Tous les *faits de corruption définis par la loi* sont pareillement structurés. L'encadré à la page 167 donne une liste des éléments de corruption active dans le secteur privé. Chacune des normes pénales est accessible sur le site Internet de l'administration fédérale¹. Une analyse détaillée sort évidemment du cadre de cet article. Eu égard aux diverses notions de liberté d'appréciation utilisées dans la loi – et faute de décisions de justice correspondantes – il existe encore et toujours un flou juridique important que les tribunaux doivent clarifier. L'on relèvera ici *les définitions et problèmes de démarcation suivants*:

- Définition des avantages (légaux) de faible importance, conformes aux usages sociaux octroyés dans l'économie privée. La valeur des cadeaux offerts occasionnellement varie fortement d'une branche à l'autre. La remise de cadeaux est par exemple plus fré-

quente dans le secteur de l'artisanat que dans celui de la finance.

- Délimitation de la corruption punissable de l'octroi de petits avantages (entretien d'un climat propice) dans l'économie privée.

Extension de la responsabilité pénale des entreprises

Si un membre du personnel (p.ex. un vendeur) corrompt un collaborateur d'une entreprise tierce (p.ex. un client) ou un agent public (fonctionnaire), l'entreprise assume la responsabilité pénale de cet acte, *indépendamment* de la punissabilité de l'auteur de l'infraction ou de la sanction qui lui est infligée. En vertu de cette responsabilité primaire, l'entreprise est punie *s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction*, conformément à l'art. 102, al. 2 CP (responsabilité du fait de l'entreprise – organisation fautive).

Il incombe à l'entreprise de *fournir la preuve* que toutes (!) les mesures ont été prises pour éviter la corruption. Une telle infraction est passible d'une amende maximale de 5 millions de francs. L'amende est fixée d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

La responsabilité pénale de l'entreprise et de ses organes (principalement le conseil d'administration et la direction générale) existe indépendamment de la forme d'organisation de l'entreprise. S'agissant d'une société anonyme, le conseil d'administration est tenu, dans

le cadre de ses attributions inaliénables (art. 716a CO), de surveiller la marche des affaires et de veiller en particulier au respect de l'interdiction de corruption.

Prévention au sein de l'entreprise: le cas du groupe Schindler

Voilà plus de dix ans que le conseil d'administration de Schindler a introduit un *Code de conduite* applicable à tous les échelons de l'entreprise. Ces dispositions exigent des quelques 40 000 collaborateurs du groupe qu'ils se conforment aux lois et prescriptions en vigueur (Compliance), et notamment aux dispositions du droit pénal en matière de concurrence et de corruption. Tous les cadres assumant des tâches de direction doivent signer périodiquement une déclaration attestant de leur respect du Code de conduite, dans la forme comme dans le fond.

Corruption passive

Le Code de conduite stipule que tous les membres du personnel de Schindler ont l'interdiction d'accepter des avantages indus, en particulier de l'argent liquide ou des versements en espèces effectués par des clients, des fournisseurs ou toute autre personne. Cela ne signifie pas qu'ils doivent refuser des cadeaux de faible importance conformes aux usages sociaux (p. ex. cadeaux de Noël). Tout collaborateur qui reçoit un cadeau d'une valeur supérieure à 80 francs (règle générale) est tenu d'en informer son supérieur qui décidera si le colla-

borateur peut conserver son cadeau. Il doit en particulier s'assurer que le collaborateur conservera à l'avenir une attitude objective vis-à-vis du donateur.

Corruption active

Agit de façon déloyale celui qui octroie, offre, promet ou autorise des avantages indus (versements en espèces, cadeaux ou autres avantages matériels) à des fonctionnaires (suisse ou étrangers) ou à des employés des secteurs privé ou public pour les inciter à adopter un comportement illégal ou contraire à ses devoirs. En 2001, le *comité de contrôle (Audit Committee)* du groupe Schindler a émis des *directives claires* régissant les relations avec les «intermédiaires clients» (architectes, entrepreneurs généraux, conseillers, ingénieurs, administrateurs d'immeubles, etc.) et avec les «intermédiaires Schindler» (agents indépendants, conseillers, etc.). Tout paiement à un intermédiaire client ou à un intermédiaire Schindler doit impérativement découler d'une prestation licite faisant l'objet d'un contrat écrit entre l'intermédiaire et la société du groupe Schindler concernée. En outre, le montant de la rémunération doit correspondre à la prestation fournie. L'intermédiaire est naturellement tenu de respecter les lois et prescriptions en vigueur et n'est pas autorisé à effectuer des paiements indus.

L'un des facteurs déterminants en matière de paiements à des intermédiaires clients est la *transparence*: le client doit être informé des versements effectués à son intermédiaire (p.ex. architecte). A cet égard, le «test médias»

Aperçu des dispositions sur la corruption (situation au 1^{er} juillet 2006⁽¹⁾)

	CH / active	CH / passive	Etranger / active	Etranger / passive
1. Corruption				
1.1 Agents publics	punissable ⁽²⁾ (CP 322 ^{ter})	punissable (CP 322 ^{quater})	nouvellement punissable ⁽²⁾ (CP 322^{septies} al. 1)	nouvellement punissable (322^{septies} al. 2)
1.2 Personnes privées	punissable ⁽²⁾ (LCD 4a en relation avec l'art. 23, uniquement sur plainte)	nouvellement punissable (LCD 4a en relation avec l'art. 23, uniquement sur plainte)	non punissable	non punissable
2. Octroi d'avantages (entretien d'un climat propice)				
2.1 Agents publics	punissable ⁽²⁾ (322 ^{quinquies})	punissable (322 ^{sexies})	non punissable	non punissable
2.2 Personnes privées	non punissable	non punissable	non punissable	non punissable

¹ Voir www.admin.ch/ch/f/srs/311_0/a322ter.html; www.admin.ch/ch/f/srs/241/a4a.html

² Responsabilité primaire de l'entreprise (organisation fautive), selon l'art. 102 al. 2 CP: amende maximale de 5 millions de francs © Robert Amgwerd

est un bon critère: comment le versement serait-il perçu dans le public si les médias en faisaient état?

Les «*invitations à des manifestations*» font l'objet de directives distinctes de la part de l'Audit Committee, qu'il s'agisse de la visite d'un site de production ou d'une installation de référence organisée par une société du groupe ou de l'invitation à un événement clientèle adressée par un tiers (p. ex. un fournisseur) à un employé de Schindler. Les réponses aux questions suivantes permettent d'établir la recevabilité d'une telle proposition:

- L'employeur des personnes invitées connaît-il le contenu et l'ampleur de la manifestation?
- Le but de la manifestation est-il compatible avec les intérêts commerciaux légitimes des sociétés et de leurs collaborateurs invités et une participation ne nuit-elle pas à l'objectivité des invités vis-à-vis de l'organisateur?

Mise en œuvre du Code de conduite

Toutes les sociétés du groupe sont tenues d'appliquer rigoureusement le Code de conduite, conformément au principe des trois E (*Educate, Examine, Enforce*):

1. Educate

L'attitude du groupe Schindler en matière d'observance des prescriptions ainsi que le Code de conduite et les directives qui en découlent sont réévaluées périodiquement lors des séances internes. Les membres du personnel qui occupent des postes exposés, notamment dans les services d'achat ou de vente, sont sensibilisés aux situations à risque (*Red Flags*) et reçoivent une formation leur permettant d'adopter un comportement intègre en toute circonstance. Ces cours comprennent des présentations vidéo, des formations assistées par ordinateur et des cours en présentiel. La *Compliance Tool Box* disponible sur le réseau Intranet de l'entreprise comprend notamment une bibliothèque de cas, un guide des meilleures pratiques, des présentations standards, un dossier réunissant les questions fréquemment posées (Foire aux questions, FAQ) et même un jeu inspiré du Code de conduite. Cette «boîte à outils» est actualisée et complétée en permanence.

La responsabilité de l'élaboration et de la coordination des instruments et services de vérification incombe au département *Corporate Compliance* rattaché au service juridique du groupe. La mise en œuvre du Code de conduite est décentralisée et incombe à la ligne hiérarchique: chaque société affiliée compte un *Compliance Officer* dans ses rangs. Les Com-

→ Éléments de la corruption privée active selon l'art. 4a LCD:

- Offrir, promettre ou octroyer
- un avantage indu (matériel ou immatériel)
- à un employé, à un associé, à un mandataire ou à un autre auxiliaire d'un tiers du secteur privé,
- en faveur de cette personne ou en faveur d'un tiers,
- 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.

© Robert Amgwerd

pliance Officers locaux, avec les Compliance Officers des quatre zones géographiques, constituent un réseau de Compliance dense et efficace.

Les avocats du service juridique du groupe sont à la disposition des sociétés affiliées en cas de doute ou pour la résolution de questions juridiques complexes.

2. Examine

Les sociétés du groupe doivent surveiller en permanence la mise en œuvre et le respect des dispositions du Code de conduite. Pour sa part, le groupe effectue des contrôles de conformité dans les sociétés affiliées. Le département *Corporate Compliance* veille au respect des directives techniques du Code de conduite, mais aussi – et surtout – des prescriptions du droit de la concurrence et en particulier de l'interdiction de corruption.

3. Enforce

Le groupe Schindler applique une politique de tolérance zéro en ce qui concerne le respect du droit de la concurrence et de l'interdiction de corruption. Toute infraction au Code de conduite est rigoureusement sanctionnée et entraîne, dans les cas les plus graves, le licenciement immédiat de son auteur.

La mise en œuvre du Code de conduite est une tâche permanente et jamais achevée de la direction, ne serait-ce qu'en raison du recrutement permanent de nouveaux collaborateurs et des mutations internes. L'instance suprême chargée de la surveillance de son application est l'Audit Committee, un organe du conseil d'administration.

Dénonciation des infractions contre le Code de conduite (whistleblowing)

Les membres du personnel du groupe Schindler ne sont pas seulement tenus de respecter les règles du Code de conduite dans leur sphère de compétence. On attend également de leur part qu'ils s'engagent en faveur du respect du cadre légal et communiquent à leur supérieur hiérarchique, au service du personnel, au Compliance Officer ou au service juridique les infractions au Code de conduite dont ils pourraient être les témoins. Cette disposition est explicitement stipulée dans le Code de conduite. Le traitement confidentiel de ces informations est bien sûr garanti et les dénonciateurs sont protégés contre une éventuelle discrimination. Ils peuvent également informer le chef du service juridique du groupe par l'intermédiaire d'une boîte aux lettres électronique anonyme.

Les responsables du groupe procèdent actuellement au dépouillement d'un questionnaire diffusé par voie électronique: tous les membres du personnel (env. 18 000 collaborateurs) qui disposent d'un compte de messagerie doivent répondre périodiquement à six questions relatives au respect du Code. Les différentes sociétés du groupe sont tenues de respecter les dispositions et restrictions spécifiques de la législation locale, en ce qui concerne notamment la protection des données et le droit collectif du travail. Voir à ce sujet les normes spécifiques de l'UE².

Résumé

Afin d'éviter toute responsabilité du fait de l'entreprise, chaque société – et donc aussi chaque PME – est tenue de prendre – sur la base d'une analyse des risques spécifiques de l'entreprise – toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher les actes de corruption au sein de son personnel. Par la mise en œuvre systématique de son programme d'observance des prescriptions – au sens des «meilleurs efforts» – Schindler estime prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher la corruption au sein du groupe. Schindler a d'ailleurs signé en 2005 l'Initiative de partenariat contre la corruption (PACI) du Forum économique mondial et de Transparency International (voir www.weforum.org). ■

Source «Employeur Suisse», 4/2007

¹ <http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>

² D'après «Avis 1/2006 (00195/06 – WP 117) du Groupe de travail ARTICLE 29 sur la protection des données» (voir http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_fr.pdf)