

Update

Newsflash Juin 2016

Modification du code pénal visant à renforcer la lutte contre la corruption privée – Obligations accrues pour les sociétés et leurs conseils d'administration.

La nouvelle loi anti-corruption entrera en vigueur le 1er juillet 2016. La révision a pour but d'améliorer le cadre juridique pour lutter contre la corruption dans le secteur des affaires (i.e. le secteur privé). Les personnes physiques et les sociétés pourront désormais être condamnées cumulativement. En vertu de ces nouvelles règles, les sociétés et leurs conseils d'administration doivent adopter des mesures internes destinées à prévenir la corruption.

Aperçu

Depuis des années, la lutte contre la corruption est en constante amélioration, que cela soit en Suisse ou à l'étranger. La révision de l'actuelle loi anti-corruption résulte notamment des scandales de corruption touchant le milieu du sport international, tel celui impliquant la FIFA. La portée de ces nouvelles règles qui entreront en vigueur le 1er juillet 2016 dépasse toutefois le secteur sportif et couvre toutes les entreprises privées.

Les dispositions principales de cette nouvelle loi anti-corruption peuvent être résumées ainsi :

- › Le code pénal (CP) réprimera deux nouvelles infractions relatives à la corruption dans le secteur privé. Premièrement, toute personne qui aura offert, promis ou octroyé un avantage indu à un employé, associé, mandataire ou

autre auxiliaire d'un tiers dans le 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 sera passible de poursuites pénales (défini comme *corruption privée active*). Deuxièmement, toute personne qui se laissera corrompre en sollicitant ou acceptant un avantage indu (dessous-de-table) sera également passible de poursuites pénales (défini comme *corruption privée passive*).

- › Jusqu'à présent, la corruption dans le secteur privé était réprimée par la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). La poursuite d'une telle infraction au titre de la LCD nécessitait que la corruption conduise à une distorsion de la concurrence. Ainsi sous l'actuelle LCD, un fournisseur de pièces

automobiles qui, après la conclusion d'un contrat de fourniture, fournit au moment de la réception des pièces un avantage indu à un employé du client responsable du contrôle qualité afin que celui-ci néglige les pièces déficientes, ne peut pas faire l'objet de poursuites pénales. Selon les nouvelles règles en matière de corruption, ce lien entre corruption dans le secteur privé et concurrence déloyale est supprimé. Dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, la corruption des personnes privées constituera une infraction pénale indépendamment de toute question de concurrence déloyale. Le fournisseur et l'employé du client (voire son employeur ; cf. infra) susmentionnés seront donc passibles de poursuites pénales indépendamment du fait qu'ils soient ou non en concurrence avec d'autres fournisseurs.

- › Les nouvelles infractions de corruption privée seront poursuivies d'office (« *Offizialdelikt* »). Seule la poursuite pénale des « *cas de peu de gravité* » (« *leichte Fälle* ») sera conditionnée au dépôt d'une plainte par la partie lésée. Les nouvelles règles ne définissent pas les « cas de peu de gravité ». Au cours des débats parlementaires, il a néanmoins été mentionné qu'un cas de peu de gravité impliquait un montant de quelques milliers de francs seulement, que la sécurité et la santé ne soient pas menacés, que le délit ne soit pas commis de façon répétitive ou par une organisation criminelle et que l'infraction ne soit pas en lien avec un faux dans les titres. Jusqu'à ce qu'une jurisprudence soit établie, il demeurera toutefois quelques incertitudes sur cette définition.
- › En plus de la personne physique impliquée dans l'acte de corruption, l'entreprise elle-même (quelle que soit sa forme juridique) pourrait faire l'objet de poursuites pénales, dans la mesure où elle n'aurait pas pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires d'un point de vue organisationnel pour prévenir l'infraction.
- › La poursuite pénale de la corruption requiert que l'acte se soit produit totalement ou partiellement en Suisse (e.g., si la promesse, l'offre ou l'acceptation de l'avantage indu est fait en Suisse). Cette condition pourrait ainsi

être établie si le corrupteur se trouvait par exemple en Suisse lors du transfert des valeurs patrimoniales. Par ailleurs et selon les circonstances, l'usage d'un compte bancaire en Suisse pourrait à lui seul suffire à caractériser une infraction punissable en Suisse.

Risque accru de poursuite pénale

Sous l'égide de l'ancienne LCD aucune poursuite relative à la corruption privée n'a été effectuée. La raison principale tient au fait que jusqu'à présent un dépôt de plainte d'une partie lésée constituait un préalable à l'ouverture d'une procédure. Une telle plainte était rarement déposée, les parties affectées préférant le plus souvent une solution amiable à une procédure pénale. En application des nouvelles règles sur la corruption privée (poursuivie d'office), il existera un risque accru que les autorités initient de leur propre chef des poursuites pénales. Selon le message du Conseil fédéral (« *Botschaft* ») relatif à la révision de la loi anti-corruption, une augmentation des poursuites en matière de corruption privée est à attendre.

Implications pour les sociétés opérant en Suisse

Selon les nouvelles règles, en plus des individus recevant ou offrant des avantages indus, l'entreprise elle-même pourra être tenue directement responsable et poursuivie si elle a échoué à prendre toutes les mesures organisationnelles raisonnables et nécessaires pour prévenir la corruption (ou si la personne responsable au sein de l'entreprise n'a pas pu être identifiée). En conséquence, les sociétés elles-mêmes (quelle que soit leur forme juridique) seront exposées à un risque significatif de poursuites pénales. Toutefois, contrairement au *UK Bribery Act* où le fardeau de la preuve est à charge de la société qui devra démontrer qu'elle dispose de procédures et règles appropriées, il appartiendra aux autorités de poursuites pénales de prouver les manquements organisationnels de la société.

En cas de condamnation, une société s'exposera à une amende maximale de 5 millions de francs. Les profits résultant du contrat affecté pourront par ailleurs être saisis. Dans tous les cas, une enquête criminelle relative à des faits de

corruption privée entachera la réputation de la société visée et générera une perte de confiance interne.

Quelle attitude adopter par les sociétés suisses et leurs conseils d'administration ?

Les exigences relatives aux mesures à prendre par les sociétés afin de prévenir la corruption sont élevées. Les autorités pénales ont imposé aux sociétés opérant à l'international des objectifs ambitieux pour leurs programmes de conformité. La simple existence d'un système de contrôle n'est pas suffisante. Il est essentiel non seulement que ce système couvre les opérations quotidiennes, mais encore qu'il fasse l'objet d'un contrôle interne efficace.

Au sein des sociétés, le conseil d'administration (ou son équivalent selon la forme sociale considérée) est responsable de l'administration et de la gestion des affaires. Cette responsabilité ne peut pas être déléguée. Selon le droit des sociétés suisse, le conseil d'administration doit prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les lois applicables et les règles internes soient respectées par l'ensemble des employés de la société.

Plus concrètement, ceci a les implications suivantes:

- › Le conseil d'administration doit conduire une *analyse des risques* qui couvre entre autres, le modèle commercial, les processus commerciaux, les canaux de distribution, les partenaires commerciaux, ainsi que la couverture géographique sur laquelle s'étendent les activités du groupe.
- › A partir de cette analyse des risques, les structures internes du groupe doivent être définies. Les règles, codes de conduite et de gouvernance doivent être développés (ou revus) afin de couvrir non seulement les employés, mais encore les agents commerciaux, représentants et fournisseurs.
- › Par ailleurs, le conseil d'administration doit s'assurer que les employés soient effectivement informés des risques, des règles et des directives et qu'il soient formés en conséquence (*formation des employés*).

› Enfin, des systèmes et mécanismes de contrôle doivent être adaptés aux résultats de l'analyse des risques (cela peut inclure la mise en place d'un dispositif de lanceur d'alerte).

› Si en dépit des systèmes de contrôle et de gouvernance mis en place un manquement survient, le conseil d'administration doit s'assurer que la cause de ce manquement et son étendue sont identifiées rapidement (par le biais d'une enquête interne) et que les mesures nécessaires sont prises (telles des mesures disciplinaires, la révision des règles et procédures internes, etc.). Par ailleurs, les entités ou entreprises réglementées (comme les banques, intermédiaires financiers, sociétés d'assurance ou pharmaceutiques, etc.) peuvent devoir en informer ou impliquer leurs régulateurs.

Qu'elles opèrent à l'international ou non, les petites et moyennes entreprises doivent également prendre des mesures appropriées. Pour celles disposant de filiales à l'étranger, de distributeurs ou de partenaires commerciaux, la difficulté réside dans leur obligation de se conformer non seulement au droit suisse, mais également aux réglementations étrangères (comme le *UK Bribery Act* ou le *US Foreign Corrupt Practices Act*).

Processus continu et actualisation

La configuration et la mise en œuvre d'un programme de conformité adapté à une entreprise opérant à l'international est un processus complexe qui demande un contrôle permanent, des améliorations continues et une adaptation à un environnement changeant.

A chaque développement ou nouvelle orientation de l'activité commerciale, il conviendra d'évaluer si les mesures mises en place doivent être révisées et adaptées.

Certification ISO anti-corruption

La certification des programmes anti-corruption sera bientôt possible selon le prochain standard ISO 37001, qui devrait être publié dans le courant de l'année 2016.

Le standard ISO impose que des mesures anti-corruption soient mises en œuvre de façon raisonnable et proportionnée en prenant en compte la taille, la structure, la localisation et le secteur d'activité dans lequel la société opère.

Les certificateurs prendront en compte l'adoption par la société d'un programme anti-corruption écrit, l'engagement du management, le recrutement de personnels dédiés et qualifiés en matière de conformité anti-corruption, la mise en place de séances de formation, la conduite d'analyses des risques en matière de corruption et de *due diligences* concernant tant les projets que les partenaires commerciaux, l'adoption de plans de contrôles financiers et commerciaux ainsi que la mise en place de procédures de signalement et d'enquêtes.

Si la certification n'est pas une garantie contre le risque de corruption, elle fournit une preuve forte qu'une organisation a pris des mesures appropriées pour s'en prévenir.

La certification peut ainsi constituer un bon moyen de défense contre les allégations de corruption et contribuer à atténuer, sinon à exclure la responsabilité des personnes morales lors de manquements ou d'incidents isolés.

En cas de questions concernant ce sujet (y compris sur l'analyse des risques et/ou le développement d'un plan d'action) n'hésitez pas à nous contacter.

Vos contacts

Zurich

Tino Gaberthüel (Corporate)
tino.gaberthuel@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Harold Frey (Litigation)
harold.frey@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Genève / Lausanne

Miguel Oural (Litigation)
miguel.oural@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Fedor Poskriakov (Investigations)
fedor.poskriakov@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Nos bureaux

Zurich

Lenz & Staehelin
Bleicherweg 58
CH-8027 Zürich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Geneva

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas du conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question spécifique.
