

Philippe Montigny¹

***LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION
INTERNATIONALE :
LA VERTU AU RISQUE DU CHAOS ?***

La signature en 1997 de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales puis sa ratification par l'ensemble des pays de l'OCDE au tournant des années 2000, s'inscrivent dans une démarche louable des démocraties industrialisées en vue de moraliser les échanges internationaux et de contribuer à l'amélioration de la gouvernance dans les pays en développement.

Cependant, si la finalité de cette lutte contre la corruption internationale ne peut être remise en question, il faut reconnaître que sa mise en œuvre suscite des effets pervers qui engendrent l'émergence d'espaces chaotiques. La raison en est simple : la Convention anti-corruption de l'OCDE n'est contraignante que pour les seules entreprises des trente pays signataires¹, qui regroupent les principales démocraties industrialisées, tandis que les entreprises appartenant à des pays émergents peuvent, sans risques, conquérir des marchés en s'appuyant sur des pots-de-vin. Outre la concurrence déloyale qui s'ensuit, et qui est économiquement pénalisante pour nos entreprises de la zone OCDE, assistons-nous au maintien, voire au renforcement de pratiques de mauvaise gouvernance dans certains pays en développement, souvent parmi les plus pauvres. Ainsi nombre de pays, plutôt que d'inscrire leur développement dans une évolution positive, se marginalisent et s'enfoncent dans des régimes politico-économiques chaotiques.

Aux origines n'était pas la corruption internationale...

Sans doute la corruption, dans sa définition² la plus générique, c'est-à-dire comme pratique déviante, est-elle consubstantielle à l'émergence de la loi qu'elle cherche à contourner. Elle est donc aussi vieille que les sociétés humaines organisées. C'est la raison pour laquelle tous les pays, qu'ils

¹ Philippe Montigny dirige ETHIC Intelligence, agence de certification anti-corruption, et président du Groupe de travail sur la prévention de la corruption du Conseil Français des Investisseurs en Afrique. Il est l'auteur de : *L'entreprise face à la corruption internationale*, 771 pages, Ellipses, 2006.

soient démocratiques ou non, industrialisés ou en développement, possèdent dans leur Code pénal des articles visant à poursuivre le délit de corruption d'agent public. Il en va tout autrement pour ce que l'on appelle la corruption d'agents publics étrangers, objet central de cet article, et défini dans la Convention anti-corruption de l'OCDE de la façon suivante : « ... le fait pour toute personne d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu ... à un agent public étranger ... pour qu'il agisse ... en vue d'obtenir ou de conserver un marché ... »³. En effet, au XIX^e puis au début du XX^e siècle ce délit n'existait pas, car il n'était tout simplement pas possible de corrompre un fonctionnaire étranger. Au sein des pays industrialisés, les marchés publics ont longtemps été réservés aux entreprises nationales, excluant du même coup toute possibilité d'un pot-de-vin versé par une société étrangère. Quant à la corruption en direction des pays en développement, la question ne se posait pas non plus puisqu'il n'y avait que des colonies, relevant du droit interne de tel ou tel pays qui en assurait le contrôle.

On le pressent, la question de la corruption d'agent public étranger n'a pu apparaître qu'au moment où, conjointement, la libéralisation des échanges a permis à des entreprises étrangères de concourir à des appels d'offres publics et où d'anciennes colonies ont accédé à l'indépendance. La possibilité de la corruption internationale s'est renforcée du fait que la décolonisation a eu lieu au moment où la guerre froide, figée dans l'hémisphère nord par une menace nucléaire réciproque entre l'Est et l'Ouest, désigne les nouveaux pays du Sud comme un enjeu stratégique : un enjeu économique d'abord car les pays du Sud sont à la fois une source de matières premières autant qu'une promesse de marché d'écoulement ; un enjeu politique ensuite car chacun d'eux représente une voix aux Nations unies. L'Ouest et l'Est se sont donc affrontés pour gagner l'allégeance des pays du Sud. Cette rivalité a souvent donné lieu, par milices interposées, à des conflits armés par l'un ou l'autre bord.

Mais cette rivalité a également pris la forme d'une guerre économique, où coopération, pour la partie visible, et corruption pour la partie moins visible, étaient deux moyens de conduire les pays décolonisés à préférer une option politico-économique plutôt que l'autre. Pour faire court, la coopération permettait de montrer à la population la supériorité d'un système économique par rapport à l'autre, tandis que la corruption, au profit personnel des dirigeants et de leur parti, visait à assurer leur fidélité aux options politico-économiques d'un bloc ou de l'autre. Autrement dit, le couple coopération/corruption était le moyen de gagner la guerre de la décolonisation sans avoir à porter les armes. On ne peut donc comprendre la corruption d'agent public étranger, sans la relier à la période historique de la décolonisation, et sans oublier qu'elle était commune à l'Ouest comme à l'Est, même si la chute du communisme a fait oublier que le régime soviétique la pratiquait dans les mêmes conditions. La corruption internationale ne doit donc pas être considérée, ainsi que certains courants politiques alter-mondialistes aimeraient le faire accroire, comme un avatar du seul capitalisme, c'est un phénomène qui, même s'il perdure aujourd'hui, y compris dans les anciennes économies centralisées, tire son

origine dans une circonstance historique précise : celle de la décolonisation en pleine guerre froide.

Les fondements d'une approche vertueuse du commerce international : la Convention anti-corruption de l'OCDE

Dans les années 1990, la fin de la rivalité Est/Ouest dans les pays en développement a mis la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers à l'ordre du jour de la communauté internationale pour trois raisons principales. Tout d'abord, la corruption internationale entraîne un formidable gâchis de l'aide publique alors que le coût de la reconstruction à l'Est s'annonce considérable. Ensuite, la corruption internationale induit des pratiques de gouvernance non transparentes et anti-démocratiques à un moment où il importe que les pays en développement prennent en charge démocratiquement leur propre destin politique. Enfin la corruption internationale fausse les règles de la concurrence à une époque où l'importance des principes de l'économie de marché, régie par des règles transparentes et organisant une compétition loyale, est acceptée par tous.

Nulle surprise dès lors que l'OCDE, créée en 1960 comme bras économique de l'OTAN en pleine effervescence de décolonisation et d'affrontement Est/Ouest, ne soit choisie au début des années 1990 pour engager les premières discussions visant à combattre la corruption internationale. C'est ainsi que le 17 décembre 1997 fut signée la Convention de l'OCDE pour la lutte contre la corruption d'agent public étranger⁴.

Même si les autorités françaises eussent à l'époque préféré que l'enceinte de négociation d'une telle Convention eut été un Forum Onusien, elles durent convenir que l'OCDE, au milieu de années 1990 relevait d'un choix pragmatique : l'Organisation regroupait en effet les pays où était domiciliée la quasi totalité des entreprises exportatrices de biens et de services, c'est-à-dire les entreprises considérées, du moins potentiellement, comme corruptrices. L'idée simple, et unanimement reconnue à l'époque comme efficace, était que si toutes les entreprises, en concurrence sur les mêmes marchés, étaient sanctionnées des mêmes peines pour un délit de corruption internationale, elles auraient toutes intérêt à cesser en même temps ces pratiques délictueuses, pour se situer sur un pied d'égalité dans la logique d'une compétition saine et loyale.

La vertu comme nécessité, ou la révolution copernicienne des entreprises de l'OCDE

Beaucoup dans l'opinion considèrent que si la corruption internationale a été autrefois utilisée de façon quasi systématique par les entreprises de la zone OCDE, ces cinquante dernières années, elle doit l'être encore aujourd'hui de la même manière, et que le nouvel environnement juridique incriminant la corruption internationale n'a eu comme seul effet que de pousser les entreprises à être plus imaginatives dans leurs montages

financiers pour contourner le Code pénal. C'est mal apprécier la révolution copernicienne que les entreprises ont mise en œuvre en quelques années pour faire face à un risque judiciaire considérable.

Certes, avant la signature de la Convention anti-corruption de l'OCDE, la corruption était un outil commercial largement utilisé et accepté puisque les pots-de-vin sur les marchés étrangers pouvaient être fiscalement déductibles. Il suffisait en effet d'en faire la déclaration au ministère de l'Economie et des Finances, auprès d'un service que les entreprises entre elles appelaient d'ailleurs « le confessionnal », et l'on obtenait un justificatif fiscal officiel pour ce que l'on nommait pudiquement « des frais commerciaux extraordinaires ». La transposition de la Convention OCDE en droit français le 30 septembre 2000 a été à l'origine d'une véritable révolution dans les pratiques commerciales. Qu'on en juge : la même commission payée en marge d'un marché après cette date fatidique, n'est bien sûr plus déductible, mais surtout fait courir au dirigeant de l'entreprise une peine d'emprisonnement de dix ans et une amende de 150 000 €.

Le risque pénal, centré directement sur la personne physique du dirigeant, est tel que celui-ci ne peut que bannir toute forme de corruption et s'assurer qu'aucun montage financier ou juridique, visant à verser malgré tout un pot-de-vin, ne puisse être imaginé. En effet, la Convention anti-corruption permet d'incriminer toute offre ou promesse de versement indu, effectué directement ou indirectement. Ainsi le responsable d'entreprise est-il pénalement responsable, même si le pot-de-vin a été versé à son insu, que se soit par une filiale étrangère, par un intermédiaire, voire par un distributeur.

La transposition de la Convention en droit interne est encore trop récente pour que la justice française ait encore eu le temps de juger des affaires de corruption internationale relevant de la Convention OCDE. Les seuls cas qui ont été jugés récemment l'ont été en vertu de dispositions antérieures et les condamnations n'ont porté que sur des abus de biens sociaux, des versements de rétro-commissions et des évasions fiscales. Cependant il faut noter qu'aujourd'hui une quinzaine d'entreprises françaises font d'ores et déjà l'objet de poursuites au titre de cette Convention anti-corruption.

Pour des raisons historiques, les Etats-Unis⁵ ont mis en œuvre la Convention anti-corruption avant la France et les autorités judiciaires américaines ont eu l'occasion de prononcer récemment des jugements particulièrement sévères. Ainsi ABB, entreprise suisse d'ingénierie électrique cotée à New-York, a été condamnée en 2004 à une amende de 21 millions de dollars parce que deux de ses filiales avaient versé au total 1 million de dollars dans le cadre de contrats au Nigeria, en Angola et au Kazakhstan. Titan Corp., société américaine de télécommunications civile et militaire a été condamnée en mars 2005 à verser une amende de 28,5 millions de dollars parce que son agent béninois avait versé un pot-de-vin de 2 millions de dollars dans le cadre de la campagne présidentielle du Bénin en 2000. Dans ce contexte d'incrimination de la corruption

internationale, la Banque mondiale s'est dotée d'un Comité des sanctions qui permet d'exclure des marchés internationaux les entreprises convaincues d'avoir versé une commission indue. Par exemple Acres, société canadienne d'ingénierie, a été mise sur liste noire en juillet 2004 pour un pot-de-vin de 700 000 dollars canadiens lors d'un contrat financé par la Banque au Lesotho.

Les sanctions judiciaires sont donc lourdes, mais les conséquences extrajudiciaires peuvent être financièrement désastreuses. Ainsi ABB, qui, pour coopérer avec la justice américaine, a dû recourir à plus de cent juristes pour examiner quatre millions de pages de contrats et procéder à des enquêtes d'investigation dans vingt-deux pays. La condamnation de Titan a entraîné la rupture des négociations d'acquisition par Lockheed, occasionnant du même coût l'effondrement du titre boursier de 40 %, soit une perte de capitalisation boursière de 800 millions de dollars. Bannie des appels d'offres publics internationaux, la société centenaire Acres avait perdu une grande partie de son chiffre d'affaires, et a été rachetée en 2005 par une jeune société rivale : l'entreprise Hatch.

L'émergence d'une concurrence déloyale et le développement de zones commerciales chaotiques

Pour s'adapter aux nouvelles exigences de la Convention anti-corruption, les entreprises de la zone OCDE ont pris des mesures structurelles radicales que souvent l'opinion ne soupçonne pas. Des comités d'éthique ont été mis en place pour définir les règles permettant à l'entreprise d'être en conformité avec les principes de la Convention de l'OCDE. Des entreprises multinationales se sont restructurées pour centraliser en une seule entité la gestion des contrats internationaux et s'assurer qu'aucune commission indue n'était versée. Des procédures strictes ont été établies pour garantir la transparence des opérations internationales, et des responsables de la conformité ont été nommés pour en contrôler l'application. Des chartes d'éthique, bannissant la corruption, ont été rédigées à l'intention des employés et, dans certains cas, ces derniers sont invités à la signer. Les règlements du personnel ont été modifiés pour pouvoir sanctionner les employés qui ne se conformeraient pas à cette nouvelle obligation. Des formations spécifiques sur la prévention de la corruption sont dispensées dans les filiales étrangères. De plus en plus, des dispositifs de « déclenchement d'alerte éthique » (*Whistleblowing*) sont mis en place pour permettre aux employés de faire savoir au plus haut niveau de la hiérarchie les faits délictueux dont ils pourraient avoir connaissance.

Et pourtant, au dire de Transparency International et de la Banque mondiale, la corruption internationale n'a pas diminué, voire s'est sans doute accrue dans certains pays. En effet, ce sont désormais les entreprises exportatrices des pays non signataires de la Convention OCDE qui ont recours aux pots-de-vin pour obtenir des marchés dans les pays en développement, puisqu'elles peuvent le faire en toute impunité. Les

conséquences de cette situation sont graves pour trois raisons.

En premier lieu, confrontées à une concurrence déloyale, les entreprises de la zone OCDE ont tendance à délaisser les pays où la gouvernance est faible et où le marché est petit. Comme il est difficile pour une entreprise de remporter loyalement des contrats dans tous les pays où règne la corruption, les petits marchés, moins rentables, sont progressivement abandonnés à des entreprises de pays émergents. Il suffit pour s'en convaincre d'observer la pénétration des entreprises chinoises sur les marchés africains, considérés à la fois comme risqués et petits. Ne pouvant plus lutter à armes égales dans certains pays, les entreprises de la zone OCDE se retirent tout simplement. A cet égard, le rapport conduit par le cabinet d'intelligence économique britannique *Control Risk International* avec le cabinet *Simmond & Simmond* et publié en octobre 2006, est-il particulièrement alarmant lorsqu'il indique « qu'une entreprise française sur trois a, au cours des 12 derniers mois, perdu un contrat international pour avoir refusé de payer un pot-de-vin ».

Deuxièmement, le problème n'est pas seulement celui d'un enjeu économique pour nos entreprises : cela constitue un problème politique pour la communauté internationale. Les filiales des entreprises de la zone OCDE implantées dans n'importe quel pays du monde sont aujourd'hui soumises aux engagements sociaux et environnementaux qu'a pris leur siège. Elles sont soumises aux mêmes obligations en matière de développement durable, de respect des normes de sécurité, de respect des droits du travail, ce qui n'est pas le cas bien évidemment de leurs concurrentes asiatiques qui n'ont pas pris ces engagements. En abandonnant des pays entiers à des entreprises qui peuvent gagner des marchés grâce à des pots-de-vin, nous laissons le champ libre à des pratiques qu'aujourd'hui nous condamnons.

Enfin, troisièmement, nous laissons perdurer, voire encourageons indirectement, des régimes politiques corrompus dont on sait aujourd'hui qu'ils sont le principal obstacle à l'établissement d'un état de droit s'appuyant sur des règles de transparence et d'équité. Il est dès lors schizophrénique de financer des politiques d'aide et de développement, ou de plaider la bonne gouvernance dans les enceintes diplomatiques internationales, alors que dans le même moment les règles du commerce internationales que nous nous sommes imposées condamnent certains pays parmi les plus pauvres à être la proie d'entreprises sans foi ni loi domiciliées dans des pays émergents qui ne reconnaissent pas ces mêmes règles. Autrement dit, en ayant imposé à nos entreprises, et à nos entreprises seulement, des principes de vertu, nous abandonnons des pays entiers au chaos économique et politique. En tolérant que l'incrimination effective de la corruption internationale ne soit pas générale, nous laissons naître un monde bipolaire, où s'opposent une zone régie par des règles de droit de plus en plus rigoureuses et une autre où le non-droit devient la règle. Si l'on considère que la stabilité mondiale est menacée par des zones où terrorisme et mafia peuvent s'organiser en toute impunité, cet état de fait est pour le moins inquiétant.

Renoncer à la vertu ?

Répondre à cette situation en autorisant, dans la zone OCDE, une approche laxiste de la lutte contre la corruption internationale n'est pas une option. Soutenue par les médias, notre opinion publique, c'est-à-dire les consommateurs, les actionnaires mais aussi les collaborateurs de nos entreprises ne voudront jamais abandonner ce qu'ils considèrent comme une avancée vers une économie de marché mondiale plus vertueuse.

La solution est nécessairement une solution globale. Elle passe d'abord par une volonté politique. La Convention des Nations unies contre la corruption a certes été signée en 2003, mais elle est loin d'avoir été ratifiée par un nombre significatif de pays pour être efficace. Politique d'aide, autant qu'accès à l'OMC, devraient être liés à une obligation de ratification et de mise en œuvre rapide et effective de la Convention des Nations unies.

Elle passe ensuite par une action collective et décisive des entreprises de la zone OCDE. Faire de l'obligation d'intégrité, à laquelle elles s'obligent individuellement, une norme internationale et collective est devenu une nécessité. Secteur par secteur, les entreprises commencent à s'organiser pour signer collectivement des codes de bonne conduite, mettant ainsi implicitement au ban de l'opinion les entreprises qui ne veulent pas respecter ces nouvelles règles du jeu. Il est urgent de le faire maintenant, à un moment où les entreprises asiatiques leaders sont encore peu nombreuses et, dans l'ensemble, soucieuses de se faire reconnaître comme actrices du commerce international. Il est à craindre que dans dix ans le rapport de force aura changé : plus nombreuses, elles voudront imposer leurs propres vues sur le commerce international. Poussées par des impératifs de croissance économique engendrés par la taille et le vieillissement des populations de leur pays, la vertu de leurs pratiques commerciales sera, encore moins qu'aujourd'hui, une priorité.

La solution passe enfin par une reconnaissance de la valeur économique d'une entreprise qui s'oblige à un comportement commercial intègre. Faire de l'intégrité un caractère différenciant et valorisant permet de compenser ce que l'entreprise perd en refusant des marchés corrompus, et lui donne plus de moyens pour affronter en position de force des zones de mauvaise gouvernance. L'intégration de critères anti-corruption dans les indices de notations extra-financiers⁶ ou la certification anti-corruption⁷ sont autant de moyens qui permettent à une entreprise d'affirmer la qualité de son capital éthique. Il reste maintenant aux agences d'aide bi- et multilatérales d'imposer systématiquement ces critères d'intégrité dans les appels d'offres qu'elles gèrent. Ainsi mettront-elles en cohérence leur politique d'aide à la bonne gouvernance avec l'action des entreprises les plus soucieuses d'intégrité.

Face au chaos, la vertu peut encore l'emporter à condition de ne pas oublier que valeurs morales et valeurs économiques ne peuvent être disjointes dans le champ du commerce international. En revanche, si nous

ne nous donnons pas les moyens d'imposer sans attendre notre approche morale du commerce international, il est à craindre que nous ne perdions le combat et que des espaces chaotiques ne se multiplient, sapant les fondements fragiles de nos démocraties, tant il est vrai que l'entropie politique est la principale menace des sociétés humaines.

1 Cette Convention s'applique aux trente Etats membres de l'OCDE (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Corée, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Slovaquie, Suède, Suisse, République tchèque et Turquie) ainsi qu'à cinq Etats non membres (Argentine, Bulgarie, Brésil, Chili et Slovaquie). C'est un instrument juridique ouvert à tous les pays indépendamment de leur appartenance à l'OCDE pourvu qu'ils satisfassent à certains critères définis par le Groupe de travail sur la corruption dans les transactions.

2 Voir « De la corruption à l'extorsion, essai de typologie » Philippe Montigny, in « La corruption un risque actuel pour les entreprises ». Hors série de *Secure Finance*, octobre 2006.

3 Article 1, alinéa 1 de la Convention de l'OCDE.

4 Pour un historique des négociations de la Convention anti-corruption au sein de l'OCDE et de ses enjeux diplomatiques, voir le chapitre 1 de *L'entreprise face à la corruption internationale*, Philippe Montigny. Ellipses 2006.

5 Les Etats-Unis ont longtemps été le seul pays incriminant le versement de pots-de-vin à l'étranger par le biais de la loi sur les pratiques de corruption étrangères (FCPA) de 1977, et c'est d'ailleurs ce texte qui a inspiré la Convention de l'OCDE.

6 Voir par exemple : www.ethifinance.com

7 Voir par exemple : www.ethic-intelligence.com