

LES ENTREPRISES FACE AU RISQUE DE LA CORRUPTION

WILLIAM BOURDON*

En l'espace de vingt ans, la lutte contre la corruption et, au-delà, la criminalité financière s'est installée au centre de gravité du débat public non seulement en France, mais aussi en Europe, aux États-Unis, dans les pays émergents et également de plus en plus dans les pays les plus pauvres de la planète¹.

Simultanément, cela en est à la fois la cause et la conséquence, l'opinion exprime une intolérance croissante vis-à-vis de ce phénomène perçu de plus en plus comme un frein au développement, à la croissance et, concomitamment, un ennemi déclaré de la démocratie.

Les chiffres, il est vrai, sont effarants. Selon une estimation de la Banque mondiale de 2007, 20 Md\$ à 40 Md\$ sont détournés par la corruption de l'argent public des pays en développement ou en transition, et ce, chaque année². Cette somme équivaut à 20 % ou 40 % du montant de l'aide publique au développement.

Chacun mesure de plus en plus que la corruption est une source d'instabilité et de destruction des systèmes de légitimation et d'intégration. Elle est aussi une source de désorganisation politique car elle favorise le clientélisme et les systèmes de faveurs (familles, villages...).

De plus, elle affecte gravement l'efficacité gouvernementale. Elle n'est pas sans lien avec la crise de confiance des Français, mais également des Européens vis-à-vis de leurs représentants. Elle n'a jamais été aussi grave en France ; tous les sondages ne cessent de le rappeler inlassablement (sondage TNS Sofres de novembre 2011 selon lequel 72 % des élus et des dirigeants politiques sont estimés comme étant « plutôt corrompus »).

Enfin, il existe une lassitude qui nourrit parfois des populismes de couleurs variées face à ce qui semble être l'inaction, l'impuissance ou l'absence de volonté des dirigeants politiques permettant d'être à la hauteur des promesses faites et

* Avocat associé, Cabinet Bourdon Voituriez & associés.

la signature qu'ils apposent au bas de conventions internationales qui, elles, se multiplient pour tenter d'endiguer ce fléau.

LES ENGAGEMENTS DES ENTREPRISES SONT DES ENGAGEMENTS QUI NE SONT PAS SUFFISAMMENT RESPECTÉS

Les grandes entreprises internationales intègrent de plus en plus ce risque, d'abord pour leur image.

De façon plus ou moins liée à leur engagement en faveur du développement durable, de plus en plus d'acteurs du marché multiplient des engagements en faveur d'une moralisation de leur comportement. En se promenant sur le site Internet des fleurons du CAC 40 ou du Stock Exchange, on est frappé par la qualité des chartes anticorruption.

Paradoxalement, la multiplication de ces engagements des décideurs publics et privés peut être aussi perçue comme une forme d'affichage pour tenter vainement de jeter un voile pudique sur le maintien de pratiques illégales accompagné d'une mutation des outils et des méthodes employés.

Il est vrai que la mondialisation financière permet chaque jour aux agents qui violent la loi internationale et leurs propres lois internes d'identifier de nouvelles trouvailles favorisant une opacification de plus en plus parfaite des flux d'argent sale.

De la même façon se poursuit depuis une décade une grande migration invisible de ces mêmes flux d'argent sale de pays qui, de gré ou de force, veulent améliorer leur image publique ou modifier leurs lois internes sous la contrainte de la législation européenne (Suisse, Luxembourg) vers des cieux plus cléments tels que les pays du Golfe persique, Honk Kong, Singapour et, bien entendu, la Chine.

Les entreprises souffrent de la corruption ; c'est en tous les cas ce qu'elles affirment de plus en plus, avec une sincérité variable, car elle perturberait aussi gravement les règles du jeu d'une compétition commerciale transparente et loyale.

UN BILAN PLUTÔT CONTRASTÉ EN FRANCE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION COMMISE À L'ÉTRANGER

Les articles 113-6 et suivants du Code pénal ont instauré depuis des décennies une règle contestée par les ONG françaises dans la mesure où elles confèrent au procureur de la République un pouvoir d'opportunité – en quelque sorte

un droit de veto – lorsqu’il s’agit, sur la demande d’un État étranger ou d’une victime de mettre en mouvement l’action publique s’agissant d’un délit commis par un Français à l’étranger.

Ce pouvoir d’opportunité ne s’applique que s’agissant des crimes considérés comme les infractions les plus graves. Or certains délits, notamment financiers, commis par des acteurs français à l’étranger devraient exiger, sans réserve et sans filtre, sur dénonciation d’une victime, des investigations immédiates.

Les équipes juridiques de l’association Sherpa ont présenté au début de 2013, dans le cadre de rencontres avec des parlementaires français, différentes propositions pour réformer ce que nous considérons être des dispositions obsolètes du Code pénal et notamment pour obtenir que la loi prévoie que, d’une part, obligation soit faite au parquet de motiver sa décision et que, d’autre part, la victime ait la possibilité d’en interjeter l’appel dans le cadre d’un débat public contradictoire. En effet, nous le savons, parfois des délits sont plus graves ou, en tous les cas, ont des conséquences beaucoup plus lourdes pour certaines populations que certains crimes.

Ce pouvoir d’opportunité, certains membres du parquet de Paris il y a quelques années l’ont défendu bec et ongles au motif que la lutte contre la corruption ne devait pas être instrumentalisée par des entreprises étrangères rivales de nos entreprises françaises, avec l’ambition de les affaiblir.

Cet argument n’est pas recevable car il induit de bien étranges défiances à l’égard des juges d’instruction face à ce qui les menace quotidiennement – et ils le savent bien –, c’est-à-dire les tentatives d’instrumentalisation dont l’autorité judiciaire fait tous les jours l’objet pour des raisons commerciales, politiques, personnelles ou familiales.

Enfin, l’argument, en quelque sorte, du nationalisme économique ne peut pas servir à affaiblir la règle de droit et devient un péril pour l’État de droit lui-même s’il est convoqué pour justifier, et malheureusement c’est ce qui est intervenu à plusieurs reprises, du refus de mener les investigations s’agissant des faits de corruption commis par des entreprises françaises à l’étranger.

C’est ce qui explique le tableau très sombre qui a été fait par le groupe de travail de l’OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) dans son dernier rapport rendu public il y a quelques mois³. C’est ce qui ressort également de différentes statistiques qui montrent que la France, malheureusement, est à la traîne par rapport à de nombreux pays européens. Ce rapport relève que des condamnations n’ont été prononcées en France au titre de l’infraction de corruption d’agents publics étrangers qu’à partir de 2008.

Les condamnations définitives, au nombre de trois, ont toutes sanctionné des personnes physiques. Aucune entreprise n’avait été condamnée en France jusqu’à une date récente puisque la société Safran a fait l’objet d’une condamnation en premier ressort (un appel est en cours). Les trois condamnations définitives ont toutes porté sur des affaires mineures (montant des pots-de-vin, entre 90 000 euros

et 200 000 euros). Elles n'ont pas fait l'objet, relève le rapport, d'enquête approfondie susceptible de révéler des faits plus complexes.

Aux termes des chiffres fournis par la France, 33 procédures ont été initiées, 23 étaient toujours en cours, 16 dans le cadre d'informations judiciaires conduites par des juges d'instruction et 3 étaient en attente d'être jugées, 4 l'étaient dans le cadre d'enquêtes préliminaires sous la direction du Parquet, 2 faisaient l'objet d'un appel d'une décision de relaxe et 1 faisait l'objet d'un appel par la personne morale condamnée en premier ressort par le tribunal correctionnel en date du 5 septembre 2012.

Aussi, concluent les examinateurs de l'OCDE, il est déploré le très faible nombre de condamnations en France, tant au regard du poids économique du pays que de l'exposition de ses entreprises aux risques de la corruption transnationale. Le bilan dans bien d'autres pays européens est plus flatteur, par exemple en Allemagne⁴.

On doit relever à ce stade que les entreprises françaises sont mal préparées à la lutte contre la corruption du fait notamment des dimensions extraterritoriales qui existent dans le dispositif législatif anglais entré en vigueur le 1^{er} juillet 2011 (*UK Bribery Act*).

Cette loi crée quatre nouveaux délits de corruption :

- le délit de corruption active ;
- le délit de corruption passive ;
- le délit de corruption d'un officier public étranger ;
- et, surtout, le délit de défaut de prévention de corruption qui constitue un apport phare, appelant à repenser naturellement le management du risque juridique et la question de la conformité au sein des entreprises.

Ainsi, toute entreprise française associée à une entreprise menant une partie de ses affaires au Royaume-Uni peut dès lors entrer dans le champ d'application de cette mesure et faire l'objet d'une enquête.

C'est également le sens de la loi américaine qui, elle aussi, comporte une dimension extraterritoriale dont se plaignent les entreprises françaises, à notre sens, à tort car il leur appartient, et cela n'est pas toujours le cas, de mettre en œuvre des mécanismes de *compliance*, c'est-à-dire de contrôle et de prévention interne à la hauteur des engagements pris.

Observons que la mise en œuvre de ces dispositions extraterritoriales intervient parfois avec de lourdes arrière-pensées politiques tant le juge américain a pu sembler dans certains cas plus préoccupé de rechercher la responsabilité pénale d'acteurs à l'étranger que d'acteurs économiques américains. Il existe aussi de l'autre côté de l'Atlantique une forme de nationalisme économique qui irrigue les pensées judiciaires.

UN VENT NOUVEAU VA-T-IL SOUFFLER ?

On doit attendre les résultats de la nouvelle circulaire du 9 février 2012 relative à l'évaluation de la France par l'OCDE présentant de nouvelles dispositions pénales en matière de corruption internationale. On sait qu'au début de 2013, conformément aux engagements pris par le nouveau président de la République, l'arsenal juridique français devrait se renforcer.

L'auteur de cet article a récemment fait publier dans *L'Express* n° 3213 (semaine du 30 janvier au 5 février 2013) une lettre ouverte au président de la République, dont en voici un extrait : « Un premier point, cardinal : l'indépendance de la justice, indispensable, dès lors que la recherche de la vérité est susceptible de compromettre des hommes de pouvoir, privés ou publics. Des réformes sont annoncées, des engagements ont été pris, mais les moyens doivent être à la hauteur des ambitions affichées. La loi doit rapidement consacrer le droit de se constituer partie civile pour les grandes associations anticorruption. Elle doit aussi permettre la prévention et la répression des conflits d'intérêts, notamment en matière de santé publique. Aucun retard n'est plus possible s'agissant d'une obligation de transparence du patrimoine des élus. Le Service central de prévention de la corruption (SCPC), créé par la loi Bérégovoy-Sapin du 29 janvier 1993, doit voir ses missions élargies au contrôle des marchés publics, à la surveillance des activités de lobbysme, à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et à la protection des lanceurs d'alerte. Les entreprises ont tout à gagner, elles aussi, à avoir une meilleure efficacité dans la lutte contre la corruption, mais cela suppose que leurs dispositifs de contrôle interne soient effectifs et ne relèvent pas, comme dans certains cas, du pur affichage. La lutte contre la fraude fiscale par l'échange automatique d'informations doit être renforcée : ce que les États-Unis ont fait, l'Europe doit pouvoir le faire. La France doit également amorcer une réflexion pour qu'un parquet européen soit en mesure de coordonner les enquêtes en matière de criminalité transfrontière et d'atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Les fraudes, à l'échelon des Vingt-Sept, sont évaluées à 120 Md€, soit à peu près le montant du budget communautaire ! Enfin, une proposition de loi va être examinée pour créer un statut de lanceur d'alerte dans le secteur sanitaire et environnemental. Il faut aller au-delà et, conformément aux recommandations du Conseil de l'Europe, voter une grande loi-cadre harmonisant ce statut protecteur des agents publics et privés dans ces nouveaux secteurs avec celui de la lutte contre les grandes infractions financières. La République exemplaire est souhaitée par le plus grand nombre. Il est temps d'agir contre la corruption nationale et internationale, qui est aussi l'une des causes du terrorisme, comme les événements au Mali nous le rappellent. »

Il existe de bonnes raisons de penser que des projets ou des propositions de loi pourront notamment être examinés. Nous y travaillons, avec d'autres.

Le président de la République s'est fermement exprimé, et ce, à plusieurs reprises en faveur de la lutte contre la corruption. Il faut souhaiter que la France amorce une réflexion pour qu'un parquet européen soit en mesure de coordonner les enquêtes en matière de criminalité transfrontière et d'atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. Les fraudes, à l'échelon des 27 pays de l'Union européenne sont évaluées à 120 Md€, soit à peu près le montant du budget communautaire.

Il est essentiel également que la France se dote d'un statut de lanceur d'alerte dans le secteur sanitaire et environnemental en harmonie, bien entendu, avec celui déjà accordé aux lanceurs d'alerte dans le domaine de la corruption, dispositions devant protéger tant les agents publics que privés, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Nous pensons également que le SCPC doit voir ses missions élargies au contrôle des marchés publics, à la surveillance des activités de lobbysme, à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et à la protection des lanceurs d'alerte.

Certains se demandent si l'espoir ne peut pas venir, par ailleurs, de la multiplication du « plaider coupable », c'est-à-dire, après une reconnaissance des faits, d'arrangements avec l'administration fiscale judiciaire.

LES ENTREPRISES RESTENT AMBIVALENTES

On le sait, des grands scandales de corruption qui ont éclaboussé des entreprises allemandes de premier rang ont été conclus par le paiement d'amendes substantielles comme d'ailleurs aux États-Unis. Certaines ONG ont souligné à juste titre que si ces amendes avaient le mérite de faire entrer des sommes substantielles dans les caisses du Trésor public (qui en a bien besoin), elles neutralisaient aussi toute possibilité de mises à jour des mécanismes souvent complexes de corruption et pouvaient aussi générer un effet pervers, à savoir de permettre, par une complexification de ces mécanismes, une pérennisation de la corruption.

De grands auditeurs, et notamment les auditeurs français, ont souligné à plusieurs reprises que la prévention de la fraude (euphémisme synonyme de corruption) n'était plus considérée comme un simple équilibre entre les coûts de la conformité aux réglementations et le montant des sanctions financières, les entreprises prenant de plus en plus confiance que les impacts de la fraude dépassaient le seul aspect financier.

On peut ainsi terminer en formant le vœu que la moralisation du capitalisme passe par la multiplication des *global managers* qui percevront et intégreront dans leur stratégie industrielle le fait que l'intransigeance dans la lutte contre la corruption peut être, dans la durée, rentable. En d'autres termes, que la vertu

peut devenir synonyme d'un surcroît de légitimité et de confiance dans la relation avec les consommateurs et le public, c'est la rentabilité de l'entreprise qui à terme s'en trouverait accrue.

La financiarisation de l'économie, la montée des acteurs économiques des pays émergents (Inde, Chine, Brésil) sur lesquels ne pèse le plus souvent aucune obligation éthique, y compris en termes de responsabilité sociale et environnementale, mais aussi la criminalité financière et économique sont autant de freins à la mise en œuvre sincère des engagements de lutte contre la corruption.

L'histoire est faite de cycles et aujourd'hui, sans doute, la période est peu propice pour voir éclore des *global managers* vertueux et donc courageux, mais gageons que la direction prise est irréversible et en tous les cas, c'est celle prise par le droit international. Il reste maintenant à combler le fossé qui se creuse malheureusement entre un droit de plus en plus sophistiqué et les mécanismes dont la complexification accrue permet aux fraudeurs d'avoir trop souvent un coup d'avance sur le législateur.

J'ai rencontré des dirigeants d'entreprises dont la sincérité de l'engagement en faveur de la lutte contre la corruption ne pouvait pas être mise en cause, mais qui, en même temps, soulignaient que face aux nouveaux acteurs venus de Turquie, de Malaisie ou du Brésil, le respect de la morale la plus élémentaire peut se payer en termes de parts de marché ou de chômage partiel.

On est en droit également de penser que les entreprises, à terme, ont tout à gagner à une meilleure efficacité dans la lutte contre la corruption, mais cela suppose que leur dispositif de contrôle interne soit effectif et ne relève pas, comme dans certains cas, d'une pure communication.

Quoi qu'il en soit, la fin de l'attitude ambivalente des entreprises face au risque de la corruption est la condition de l'universalisation des outils juridiques qui permettront une attitude des acteurs du marché plus sincèrement responsables de leurs obligations éthiques.

L'une des tromperies possible aujourd'hui que l'on peut relever tient au fait que certaines entreprises communiquent souvent sur leur responsabilité sociale et environnementale en affichant parfois des bilans tout à fait séduisants, alors que leurs bilans en matière de lutte contre la corruption sont parfois beaucoup plus contrastés.

Mieux protéger l'environnement et mieux respecter le droit du travail ne sauraient évidemment être utilisés pour mieux continuer à corrompre loin des yeux de l'actionnaire, du consommateur et du commissaire aux comptes.

D'aucuns n'hésitent pas à mettre en avant un argument coupable, c'est-à-dire l'absence de consensus à l'échelon des acteurs privés et publics s'agissant de la lutte contre la corruption à travers le monde.

On terminera en disant qu'il est toujours difficile de demander à quelqu'un d'être exemplaire quand son concurrent ne l'est pas et de miser sur le fait qu'en l'étant, il récupérera demain les parts de marché qu'il perd aujourd'hui du fait de sa vertu.

Et pourtant, renoncer à cette invitation, c'est tout simplement renoncer à l'universalisme et, en tous les cas, à cette dynamique visant à ce que le droit se mondialise par le haut et non par le bas.

C'est sans doute l'une des conditions de la formidable mutation du monde en cours et de son adaptation indispensable pour éviter d'être terrassé par les fléaux qui le menacent.

Celui de la corruption – et, au-delà, celui du poids de l'argent sale et des comportements frauduleux – dans l'économie mondiale n'est pas le moindre et même s'il est parfois exagéré, il conserve une dimension psychologique considérable. C'est la raison pour laquelle les entreprises doivent impérativement miser sur la vertu sans attendre d'y être contraintes par un juge car alors, malheureusement, il sera trop tard et viendra une double peine : la perte du marché et la perte de réputation.

NOTES

1. Pour une illustration récente (janvier 2013), voir le discours de Jim Yong Kim, président du groupe de la Banque mondiale sur la lutte anticorruption, sur le site : www.banquemondiale.org/fr/news/speech/2013/01/30/world-bank-group-president-jim-yong-kim-speech-anti-corruption-center-for-strategic-and-international-studies.

2. Source : Banque mondiale, *Star Report*, 2007.

3. Source : *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, octobre 2012 ; disponible sur le site : www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3FR.pdf.

4. Source : *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par l'Allemagne de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, mars 2011 ; disponible sur le site : www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontrelacorrupcion/AllemagnePhase3FR.pdf. Voir également le *Profil statistique par pays : Allemagne 2013*, OCDE ; disponible sur le site : www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/191100092e1t004.pdf?expires=1362654137&id=id&accname=freeContent&checksum=E679291EF56D5E6A7CDAC6D48FC5361A.