

RESPONSES TO THE CONSULTATION PAPER ON THE REVIEW OF THE OECD ANTI-BRIBERY INSTRUMENTS

Réponse de Conseil Français des Investisseurs en Afrique (CIAN) (Anti-Corruption Commission)

Préambule

La Commission anti-corruption du CIAN salue l'opportunité qui lui est donnée par l'OCDE de réagir aux analyses que le Groupe de travail sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales tire dix ans après la signature de la Convention. La Commission anti-corruption du CIAN est en effet convaincue que l'efficacité de la lutte contre la corruption internationale passe par une synergie accrue des efforts mis en œuvre par les organismes internationaux, les autorités publiques nationales et le secteur privé.

QUESTIONS SOUMISES A LA CONSULTATION

Question 1 : Quelles sont vos impressions générales concernant l'efficacité et la mise en œuvre des instruments anti-corruption de l'OCDE au cours des dix dernières années ?

1. La question de l'état de la corruption dans le monde.

La Commission anti-corruption du CIAN considère que l'offre de corruption s'est accrue dans le monde et observe que les montants en jeu sont plus élevés qu'autrefois. Elle observe qu'un certain nombre d'entreprises de la zone OCDE se désengagent, pour cette raison, de pays à faible gouvernance. La Commission anti-corruption constate également une croissance des sollicitations indues, notamment à l'occasion de contrôles fiscaux, de procédures douanières ou d'opérations réglementaires, elle observe de surcroît que ses membres qui cherchent à résister font, dans certains pays, l'objet de représailles lourdes, répétées et parfois violentes : de la saisie de compte bancaire, en passant par la pose de scellés sur les locaux de l'entreprise, la confiscation de passeports, le refus de renouveler des titres de séjour voire des menaces physiques sur les personnes... Dans ce contexte, les entreprises ayant pris le parti de l'intégrité payent un lourd tribut soit en raison des mesures de rétorsion dont elles sont victimes sur place, soit parce qu'elles sont contraintes de quitter des pays ou des secteurs qu'elles estiment dorénavant intenable.

La Commission anti-corruption du CIAN considère que cette situation n'est pas le signe de l'inefficacité de la Convention OCDE en tant que telle mais qu'elle trouve son origine dans l'émergence de nouveaux acteurs économiques provenant de pays hors de la zone OCDE, et par la croissance du nombre de pays à faible gouvernance ou touchés par des troubles civils et/ou militaires.

D'une manière générale, la Commission anti-corruption observe que ses membres se sont fermement engagés dans la lutte contre la corruption et ont entrepris de développer des politiques de prévention adéquates accompagnées des décisions stratégiques qui s'imposent.

Position n°1 : La Commission anti-corruption du CIAN considère que la Convention OCDE n'est pas suffisante pour faire reculer la corruption sur le continent africain, mais qu'en revanche son ambition, loin d'être revue à la baisse devrait être renforcée. La Commission anti-corruption du CIAN considère que l'analyse de l'efficacité de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales ne peut se faire indépendamment des autres Conventions internationales (Conseil de l'Europe, Nations unies). Ces instruments viennent en effet à la fois corriger une lacune – l'absence d'incrimination de la corruption passive - et une limitation - faible nombre des Etats parties - de la Convention OCDE tout en mettant en relief l'originalité de son mécanisme de suivi.

2. La question de l'incrimination de la corruption passive

Si depuis l'origine la Commission anti-corruption du CIAN regrette l'absence d'incrimination de la corruption passive dans les dispositions de la Convention OCDE, elle considère que cette lacune est aujourd'hui moins dommageable car son incrimination est prévue par la Convention pénale du Conseil de l'Europe et la Convention des Nations Unies contre la corruption. Certains pays dont la France peuvent ainsi désormais poursuivre et sanctionner également des agents publics étrangers impliqués dans un pacte de corruption.

L'incrimination de la corruption passive est essentielle à double titre, d'une part parce qu'elle constitue l'un des éléments de résistance aux sollicitations indues auxquelles sont fréquemment confrontées les entreprises dans nombre de pays émergents et d'autre part parce sans cette dimension d'équité il est difficile, au sein des entreprises, de justifier du bien fondé de la lutte contre la corruption si l'un des protagonistes du délit bénéficie d'une impunité de fait tant la justice de certains pays est à ce sujet laxiste.

Position n°2 : La Commission anti-corruption du CIAN considère que l'incrimination de la corruption passive est essentielle pour lutter contre les sollicitations indues auxquelles sont confrontées les entreprises, et que cette lacune de la Convention OCDE est utilement compensée dans les pays qui ont depuis transposé la Convention Pénale du Conseil de l'Europe et la Convention des Nations Unies contre la Corruption.

3. La question de la limitation du nombre des Etats parties à la Convention OCDE

Alors qu'au moment de la signature de la Convention OCDE la quasi-totalité des entreprises exportatrices appartenait à la zone OCDE, dix ans après un grand nombre d'entreprises actives sur les marchés internationaux appartiennent à des pays qui n'ont pas signé la Convention OCDE et peuvent encore, en prenant peu de risque, recourir aux pots-de-vin pour acquérir ou conserver des marchés dans des pays à faible gouvernance. La Commission anti-corruption du CIAN a noté les démarches faites en direction de certains pays exportateurs non signataires et considère qu'amener ces derniers à signer, ratifier et transposer la Convention OCDE doit être une priorité des plus urgentes. Que des entreprises de pays émergents ne puissent être poursuivies pour des pots-de-vin versés en marge de contrat internationaux introduit non seulement de graves distorsions de concurrence pénalisant les entreprises les plus intègres mais surtout empêche le recul effectif de la corruption dans les pays à faible gouvernance.

La Convention des Nations Unies devrait en théorie pallier cette situation mais le nombre de signatures à ce jour masque le peu de ratification effective. De surcroît, l'absence d'un véritable mécanisme de suivi, à l'instar de celui de l'OCDE, atténue considérablement son efficacité. La commission note toutefois avec intérêt les initiatives entreprises par l'OCDE avec des Etats-tiers, telles que le réseau anti-corruption de l'OCDE pour l'Europe orientale et l'Asie centrale, le plan d'action anti-corruption d'Istanbul ou encore le programme de bonne gouvernance à l'appui du développement (MENA).

Position n° 3 : La Commission anti-corruption du CIAN considère que l'absence des grands pays émergents exportateurs au nombre des Etats Parties à la Convention constitue un frein majeur à son efficacité, l'OCDE doit de toute urgence accélérer et étendre ses efforts diplomatiques et techniques à l'intention de ces pays pour pallier cette limitation.

4. La question du mécanisme de suivi de la Convention OCDE

Même si l'efficacité du mécanisme de suivi a montré ses limites dans certains pays de l'OCDE particulièrement réfractaires à une mise en œuvre effective de la Convention, il n'en reste pas moins qu'il

constitue le seul espoir d'une harmonisation progressive des poursuites et sanctions, donc à terme de l'efficacité des instruments de l'OCDE pour lutter contre la corruption tout en évitant les distorsions de concurrence.

Une plus grande médiatisation des résultats des examens par pays devrait permettre à l'OCDE de rechercher auprès des opinions publiques favorables à la lutte contre la corruption le soutien que certains gouvernements lui mesurent.

De surcroît, l'adhésion prochaine de nouveaux Etats Parties à la Convention, extérieurs à l'OCDE et dont les structures administratives ou judiciaires sont parfois fort éloignées de la moyenne des Etats Parties, appelle en tout état de cause un renforcement du mécanisme de suivi.

Enfin, le mécanisme de suivi de l'OCDE faisant figure de pionnier, reste l'exemple dont s'inspirent à juste titre les autres instruments internationaux signés au Conseil de l'Europe et aux Nations Unies. Dans cette perspective, toute amélioration de son efficacité aura un effet d'entraînement pour les autres instances internationales.

Position n° 4 : La Commission anti-corruption du CIAN considère que le mécanisme de suivi est essentiel à l'efficacité de la Convention OCDE et le seul moyen de prévenir les distorsions commerciales liées à la mise en œuvre hétérogène de la Convention. La Commission est d'avis qu'une plus grande médiatisation des évaluations par pays serait de nature à améliorer son efficacité, par ailleurs elle estime que le rôle et les moyens du mécanisme de suivi devraient être renforcés alors que se profile l'adhésion de nouveaux Etats Parties dont les structures administratives et judiciaires sont parfois fort éloignées de la moyenne des Etats Parties.

QUESTIONS SOUMISES A LA CONSULTATION

Question 2 : Quels éclairages supplémentaires auriez vous sur l'une des quelconques questions spécifiques soulevées dans le document de consultation ?

Question 3 : Quelles sont les mesures que vous préconiserez pour traiter l'une des quelconques questions spécifiques soulevées dans le document de consultation ?

Le mécanisme de suivi devrait se pencher sur trois aspects particuliers que sont i) l'harmonisation des modalités de sanctions liées au plaider coupable – au regard des distorsions de concurrence entre sanctions pénales et non pénales - , ii) l'identification des bonnes pratiques internationales mises en œuvre dans les entreprises et leur reconnaissance par les autorités publiques, iii) l'importance d'une approche globale de la lutte contre la corruption impliquant les politiques d'aide au développement et les politiques commerciales.

5. La question de l'harmonisation des modalités de sanctions liées au plaider coupable

La Commission anti-corruption du CIAN observe qu'il existe une grande différence au sein des pays de l'OCDE en matière de mise en œuvre des sanctions. Les autorités judiciaires de certains pays admettent qu'une entreprise puisse « plaider coupable » d'un délit de corruption et obtenir, en échange de la coopération avec la justice et de la mise en œuvre de programmes d'audit et de conformité renforcés une atténuation des sanctions pénales, à tout le moins quant à la responsabilité du dirigeant. D'autres pays, dont la France, ne reconnaissent le plaider coupable que sous la forme d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en le limitant aux délits sanctionnés de moins de cinq ans d'emprisonnement. La conséquence de cette différence est importante en matière de déploiement d'un programme rigoureux de prévention de la corruption :

- Dans un pays où le plaider coupable n'est pas reconnu, le dirigeant qui découvrirait un cas de corruption commis à son insu, n'est pas encouragé à le révéler à la justice, au risque d'engager sa responsabilité pénale. Et s'il décide de procéder à une amélioration de son dispositif de prévention de la corruption, il pourrait être tenté de le faire progressivement pour éviter d'éveiller l'attention ou des soupçons. On notera en particulier que l'absence de plaider coupable dans certains pays ne permet pas de raccourcir la durée des procédures qui se déroulent durant de nombreuses années, ce qui est dommageable à la fois pour l'image de la justice du pays et pour la réputation de l'entreprise. Le plaider coupable devant s'accompagner d'une collaboration avec les autorités judiciaires, contribuerait à raccourcir les délais des procédures judiciaires.
- En revanche, dans un pays où le plaider coupable est admis, un dirigeant qui découvrirait un cas de corruption commis à son insu est encouragé à le révéler à la justice, et à se servir de l'exemple de ce cas et des injonctions de la justice pour déployer un programme rigoureux de prévention de la corruption.

On observera qu'au sein de la zone OCDE, les entreprises confrontées à la justice américaine pour un délit de corruption dans une transaction internationale et qui ont recouru au plaider coupable sont parmi celles qui disposent aujourd'hui des dispositifs de prévention de la corruption les plus rigoureux et les plus exhaustifs.

En outre de façon connexe, le manque d'harmonisation des modalités liées au plaider coupable crée deux problèmes concrets illustrés par deux exemples ci-dessous :

- Dans le cas où le siège d'une entreprise décide, dans une juridiction où il est possible de le faire, de plaider coupable, cela n'est pas sans poser un problème de fond aux responsables de filiales dans les pays où le plaider coupable n'est pas possible. Soit le personnel s'engage dans une révélation volontaire exhaustive en réponse aux injonctions de la juridiction du siège et sa responsabilité pénale peut dès lors se trouver engagée dans la juridiction du pays hôte de la filiale. Soit il refuse de s'engager dans une révélation volontaire et il met en difficulté le siège face à sa propre juridiction, siège qui dès lors est enclin à prendre des mesures disciplinaires à l'égard des personnels non coopératifs.
- Dans le cas où l'une des entreprises d'un consortium déciderait de plaider coupable pour un délit de corruption dans la juridiction de son siège, cette décision mettrait de facto en porte à faux les autres entreprises dont les sièges n'appartiennent pas à un pays qui admet le plaider coupable.

Position n° 5 : La Commission anti-corruption du CIAN considère que le Groupe de travail devrait dans ses évaluations étudier la façon dont les procédures de plaider coupable i) incitent les entreprises à révéler des délits de corruption de façon plus fréquente que dans les pays qui n'en disposent pas, ii) encouragent les entreprises à déployer suite à ces jugements, des programmes rigoureux de prévention de la corruption iii) permettent à la justice de se prononcer plus rapidement, et sans doute de pouvoir traiter dans une même année un plus grand nombre de cas. De façon conséquente, la Commission anti-corruption du CIAN, considère que, dans la mesure où la Convention OCDE traite de délits commis lors de transactions internationales, la question de l'harmonisation internationale des modalités de sanction liées au plaider coupable est essentielle et devrait faire l'objet de davantage d'analyses.

6. La question de l'identification et de la reconnaissance des bonnes pratiques internationales en matière de prévention de la corruption

A plusieurs reprises le rapport insiste sur la responsabilité des entreprises dans la mise en œuvre de dispositifs de prévention de la corruption conformes aux bonnes pratiques internationales. Or à l'exception

d'un nombre limité de pays, les dispositifs de prévention de la corruption sont rarement reconnus par les autorités judiciaires comme éléments disculpant, mettant en évidence la volonté effective de la direction de l'entreprise de bannir la corruption de ses pratiques commerciales. Le déploiement d'un dispositif de prévention de la corruption est un exercice coûteux, tant en terme financier, qu'en raison du temps nécessaire à l'équipe dirigeante pour la réorganisation des procédures de passation des marchés et de contrôle. Comme il est certain qu'un dispositif de prévention n'empêchera pas, comme pour les accidents du travail, qu'une faute puisse, à l'initiative d'un individu isolé, être commise, beaucoup d'entreprises peuvent être tentées de considérer qu'un dispositif *ad minima* est suffisant, car développer des mécanismes plus lourds, pourrait apparaître disproportionné en terme de coût au regard de leur prise en considération par la justice. L'efficacité globale d'un dispositif étant directement liée à la rigueur et à l'exhaustivité de ses moyens, il serait judicieux, qu'à l'instar des Etats-Unis et de l'Italie notamment, l'ensemble des autorités judiciaires des Etats Parties reconnaissent formellement que les entreprises qui se sont dotées de dispositifs rigoureux puissent bénéficier d'une atténuation de la responsabilité pénale de l'équipe dirigeante.

En parallèle, il est frappant de constater que dans les procédures d'appels d'offres des bailleurs de fonds il ne soit pas demandé de façon explicite la nature du dispositif de prévention de la corruption mis en œuvre, alors que par ailleurs il est en général demandé à l'entreprise d'apporter la preuve qu'elle est en règle avec l'administration fiscale et les organismes sociaux de son pays. Ainsi à mesure que l'aide internationale se délie voit-on entrer dans le champ de la concurrence des entreprises de pays non signataires de la Convention OCDE, qui peuvent sans risque pénal dans leur pays verser des pots-de-vin dans le cadre d'appels d'offres lancés par des administrations liées au développement et relevant de pays interdisant ces mêmes commissions indues pour leurs entreprises ressortissantes. Cette obligation de communiquer sur le dispositif de prévention de la corruption, comme condition préalable de présélection à un appel d'offre devrait également s'appliquer à toutes banques multilatérales de développement, dont les pays de la zone OCDE sont, après tout, les principaux actionnaires. La réticence actuelle de ces banques, qui affirment faire de la lutte contre la corruption une priorité, à s'engager dans cette voie est peu compréhensible aux yeux de la Commission anti-corruption du CIAN.

Enfin il est évident que les bonnes pratiques internationales, dont fait souvent état le rapport de l'OCDE, sont parfois difficiles à définir en raison de la diversité des secteurs et des modes d'organisation des entreprises, ainsi la question des différentes modalités de rémunération des intermédiaires est à cet égard significative. Comparativement peu de travaux existent sur ce sujet au niveau international et l'OCDE pourrait jouer un rôle utile en invitant des organes professionnels, comme par exemple la Chambre de Commerce internationale, le BIAC etc..., à lui communiquer des recommandations en ce domaine, voire à organiser des Forum réguliers sur ce sujet afin d'inviter les entreprises à communiquer sur leurs actions de prévention ainsi que sur les difficultés rencontrées.

Position n° 6 : La Commission anti-corruption du CIAN considère qu'en atténuant de façon explicite la responsabilité pénale des dirigeants ayant mis en œuvre des dispositifs rigoureux de prévention de la corruption, les autorités judiciaires des Etats Parties à la Convention contribueraient directement à l'efficacité des politiques de prévention. La Commission suggère que ce point fasse partie des évaluations conduites dans le cadre du mécanisme de suivi. La Commission anti-corruption du CIAN estime également que dans le cadre de ces évaluations devrait être examiné notamment la façon dont les bailleurs de fonds introduisent l'exigence de disposer d'un mécanisme de prévention de la corruption parmi les critères de présélection. Enfin la Commission anti-corruption du CIAN estime que le Groupe de travail pourrait utilement faciliter les échanges sur les bonnes pratiques en matière de prévention de la corruption mises en œuvre par les entreprises.

7. La question de l'approche globale de la lutte contre la corruption

Peu d'instances internationales ont autant de compétence et d'autorité dans l'ensemble de l'action gouvernementale que l'OCDE. Or la lutte contre la corruption appelle une approche globale : elle ne peut être absente des politiques du commerce international, ni des politiques d'aide, ni des politiques de gestion publique. Les travaux que mène l'OCDE sur ces questions sont épars et ne donnent pas l'impression d'être véritablement coordonnés. Ainsi il n'est pas sûr que la lutte contre la corruption ne soit une priorité des politiques d'aide, ce qui aux yeux de la Commission anti-corruption est paradoxal quand on sait que la corruption est un frein à l'investissement international en provenance des pays OCDE dans les pays à faible gouvernance. De même est-il surprenant que la ratification et la transposition effective d'une Convention internationale anti-corruption ne soient pas une condition *sine qua non* de toute négociation bi ou multilatérale de libéralisation des échanges.

Le Groupe de travail de l'OCDE devrait se voir assigner un rôle de leadership sur l'ensemble de l'action gouvernementale liée à la lutte contre la corruption internationale, et ce d'autant plus que, grâce à son mécanisme de suivi, il serait ensuite à même d'en évaluer la mise en œuvre intersectorielle.

Point de vue n° 7 : La Commission anti-corruption du CIAN considère que la lutte contre la corruption appelle une action intergouvernementale globale que l'OCDE est à même de mener et estime que son Groupe de travail devrait, en la matière, assumer un rôle de leadership en raison de son mécanisme de suivi qui lui permet de procéder à des évaluations au sein des Etats-Parties à la Convention.

ANNEXE : LE CONSEIL FRANÇAIS DES INVESTISSEURS EN AFRIQUE (CIAN) ET SA COMMISSION ANTI-CORRUPTION

Le Conseil Français des Investisseurs en Afrique (CIAN) est une association professionnelle, indépendante, regroupant une centaine d'entreprises opérant sur la totalité du continent africain au travers de plus de 1000 filiales

Ses membres sont aussi bien de grandes entreprises françaises, pour lesquelles l'Afrique est un lieu d'investissement parmi d'autres, que des entreprises spécialisées sur le continent africain. Le CIAN offre à ses membres des commissions de travail, géographiques (Afrique de l'Ouest, Centrale...) et thématiques (Développement durable, Santé avec Sida-Entreprises, Anti-corruption...).

Fort d'une trentaine d'années d'existence le CIAN est devenu un lieu d'expertise sur l'Afrique et notamment sur les relations entre le secteur privé et le développement. Le CIAN est régulièrement consulté par les autorités publiques européennes ou africaines.

A titre d'exemple, son président délégué siège au conseil d'administration de l'Agence française de développement (AFD); les autorités britanniques ont consulté le CIAN lors de la préparation du volet africain du Sommet du G-8 de Gleneagles, de nombreux Présidents ou Ministres africains demandent régulièrement à consulter le CIAN lors de leurs venues à Paris. Le CIAN est membre du *European Business Council Africa- Mediterranean (EBCAM)* qui regroupe ses homologues européens.

Le CIAN publie tous les ans un rapport annuel établi à partir d'une enquête auprès de ses membres. Véritable baromètre de la vie économique des pays, le rapport 2008 publie pour la première fois un indice relatif à la corruption en général dans les différents pays et une carte des sollicitations indues dans le domaine fiscal.

La Commission anti-corruption a été créée en 2002 et a pour objet d'offrir à ses membres un lieu d'échanges sur l'actualité juridique liée à la lutte contre la corruption, ainsi que sur les bonnes pratiques internationales et les problèmes de sollicitations indues rencontrées dans certains pays africains. La Commission se fait régulièrement l'expression des préoccupations de ses membres auprès des autorités publiques nationales (françaises) et internationales.

Depuis sa création, la Commission anti-corruption du CIAN est présidée par Philippe Montigny, Président d'ETHIC Intelligence.

Pour plus d'information : www.cian.asso.fr