

La lutte contre la corruption

Changement de paradigme?

Nicolas Giannakopoulos
OCDE - Paris - 24 Mars 2015

Historique

La justice s'arrête là où commence la politique. Certes, la politique définit le Droit et l'arsenal réglementaire et procédural qui le fait fonctionner; c'est également la politique qui adapte les outils légaux afin qu'ils répondent aux exigences exprimées par les réalités que la politique rencontre.

Le Droit ou la Justice sont toutefois des parties intégrantes de nos sociétés, de ces valeurs auxquelles nous aimons tant nous référer en nous adressant au reste du monde, depuis notre Europe Occidentale qui fait tant d'envieux.

Le système est même très bien conçu, tant sur papier que philosophiquement, en intégrant adaptabilité et relativité spatiale et temporelle.

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'arsenal réglementaire des pays d'Europe de l'Ouest s'est beaucoup modifié, d'une part par une adaptation continue et ses nécessaires révisions, et d'autre part par un empilement réglementaire.

On assiste non seulement à une augmentation du nombre de lois votées (que l'on peut

chiffrer), de la longueur des textes de lois eux-mêmes (que l'on peut mesurer à la longueur des recueils officiels) qui témoigne de leurs complexités, mais également à la multiplication des sources de Droit. Même si en France le nombre de lois votées reste à peu près stable sur plus de 10 ans (1998-2008), la longueur de ces dernières fait passer le Recueil des lois de l'Assemblée Nationale de 433 pages en 1973 à 3'721 pages en 2004. Aux Etats-Unis, le Registre Fédéral est passé de 2'599 pages en 1936 à 36'487 pages en 1978.

Les sources de Droit se sont multipliées au fil du temps du fait de la mondialisation, des regroupements d'entités supranationales comme l'ONU et l'Union Européenne, et des traités internationaux multi- ou bilatéraux. D'un autre côté, la pression s'est également faite par la base, avec une multiplication des échelons locaux, eux-mêmes sources de législations et de droits.

Malheureusement, beaucoup de ces lois restent inappliquées lorsqu'elles ne sont pas inapplicables et entraînent des risques accrus de conflits légaux entre textes de lois et règlements d'applications.



Tous les domaines sont concernés. Il en est toutefois un où ce phénomène inflationniste s'est exprimé dans toutes ces dimensions durant un laps de temps relativement court: depuis l'introduction du FCPA dans les années 1970 aux Etats-Unis suite à ladite "affaire Lockheed", le nombre de réglementations nationales, locales, supra-nationales et internationales concernant la corruption n'a cessé d'enfler. Inflation à laquelle il faut ajouter les recommandations supranationales, comme les 40 Recommandations du GAFI, le UNCAC, les recommandations du Conseil de l'Europe et les innombrables règlements, lois, décrets, ordonnances d'application nationales et locales ainsi que les Best Practices. Ce domaine en constante évolution a fait passer les réglementations anti-corruption de l'âge de la pierre au XXIème siècle en seulement 25 ans.

Depuis l'introduction du FCPA dans les années 1970 aux Etats-Unis, le nombre de réglementations nationales, locales, supranationales et internationales concernant la corruption n'a cessé d'enfler.

Après l'exception américaine, le mouvement s'est accéléré vers la fin des années

1980 avec le développement du mouvement concernant le crime organisé, principalement focalisé sur le trafic de stupéfiants. Les réglementations italiennes et américaines ont joué un rôle moteur dans les définitions et l'inclusion de notions différenciées du corrompu et du corrupteur, pour voir encore s'ajouter des catégories externes comme la "concussione" (en italien dans le texte) et la participation externe à des actes de corruption. C'est également durant cette période que la notion de "blanchiment d'argent" s'est imposée dans la législation des pays d'Europe Occidentale. Avec l'opération Mani Pulite en Italie, au début des années 1990, la corruption ayant (partiellement) révélé ses méandres et son ampleur, sont nées les législations en termes de contrôle des liens d'argent et de faveurs entre entreprises et pouvoirs politiques, et cela a également marqué l'essor des législations relatives aux devoirs de diligence en matière financière ainsi qu'une refonte des réglementations relatives aux attributions de marchés publics, qui se sont ensuite disséminées dans toute l'Europe. La crise financière due à l'éclatement de la bulle Internet des années 1990 et les faillites retentissantes d'Enron, de World-Com et de nombreuses start-ups factices ont



provoqué le développement des législations portant sur les devoirs de diligence et de reporting des entreprises, au travers du Sarbanes Oxley Act aux Etats-Unis ou des 40 Recommandations du GAFI, par exemple. Le 11 septembre 2001 a consacré non seulement une plus grande pression législative sur l'organisation des Etats et des entreprises, mais également l'extraterritorialité du Droit, qui n'a cessé de se développer depuis, avec une mention spéciale au Patriot Act, qui sera ensuite rejoint par le Dodd Frank Act et les innombrables législations douanières, financières, bancaires et industrielles qui l'accompagneront dans son application quotidienne. Ces législations consacrent également l'introduction dans les normes anti-corruption et anti-blanchiment des activités de terrorisme.

Depuis les années 2005, l'extraterritorialité des normes américaines et européennes s'est étoffée, complexifiée; elles se sont étendues tant au niveau des domaines impactés que de la complexité et des coûts internes. On rappellera que dès les années

Depuis les années 2005, les normes américaines et européennes se sont étendues tant au niveau des domaines impactés que de la complexité et des coûts internes.



1980, le Président Mitterrand et la Première Ministre Margareth Thatcher s'étaient opposés aux velléités d'extraterritorialisation du droit américain, initiées par le Président Reagan notamment dans l'affaire du contrat gazier entre l'Europe et l'Union Soviétique.

Aujourd'hui, face aux crises multiples qui font ressortir une corruption toujours plus généralisée et plus étendue dans un monde globalisé, ces efforts sont-ils véritablement efficaces ?

Nous sommes en droit de nous le demander, puisque les cas de corruption sont toujours aussi nombreux, étendus tant dans l'espace que dans le temps et dans leurs volumes, et qu'ils sont rarement conclus judiciairement. Pourtant, jamais société n'a dépensé autant d'énergie et de moyens pour lutter contre un phénomène. Si ce n'est peut-être dans le domaine des stupéfiants. Or, voici quelques années, nous avons "célébré" le triste anniversaire des "100 ans de lutte contre la drogue" sur un constat d'échec: malgré les centaines de milliards investis dans des moyens militaires, policiers, technologiques, législatifs, judiciaires, éducatifs et sanitaires, la production de stupéfiants dans le monde n'a

cessé d'augmenter. Pire, la consommation a également augmenté, elle s'est diversifiée, elle s'est multipliée dans toutes les zones de la planète sous diverses formes et substances.

Comme dans le cas des stupéfiants, la corruption est devenue internationale tout autant que locale, complexe tout autant que simple, institutionnelle tout autant qu'individuelle. Dans le rapport annuel 2014 de la fondation qui porte son nom (et celui de son épouse), Bill Gates se réfère à la corruption comme à "une taxe cachée de laquelle il est nécessaire de s'acquitter". Au-delà d'une rhétorique que certains trouveront choquante ou simpliste, cette petite remarque renvoie au concept même de corruption, qui est loin d'être uniforme, même au sein des Etats de l'Union Européenne. Elle se réfère également à notre propre histoire occidentale, à un temps où la distinction entre ce qui était public et privé n'existait pas encore. Elle renvoie aux systèmes de fonctionariat en France sous Louis XIV par exemple, en Allemagne, en Russie (la Russie de Catherine La Grande) ou encore sous l'Empire Ottoman, où les fonctionnaires tiraient leurs revenus du droit de faire imposer les normes du souverain et



de capter l'impôt, par la force si nécessaire.

La corruption est devenue internationale tout autant que locale, complexe tout autant que simple, institutionnelle tout autant qu'individuelle.

Cette mention évoque une différence fondamentale de conception, certains diront de parcours historique, entre les ordres normatifs et juridiques dans un monde globalisé, de plus en plus uniforme dans l'organisation de ses besoins et de son interdépendance, mais toujours composé d'autant d'éléments différents au niveau culturel.

Ainsi, il y a pléthore de pays dans le monde qui souffrent de corruption. Il suffit de jeter un oeil sur la liste relative éditée depuis plus de 10 ans par Transparency International. Le Directeur de l'UNODC déclarait en 2014 que le fait qu'une ONG offre le seul "standard" comparatif international sur la corruption était un vrai problème en même temps qu'une chance.

Les entreprises internationales sont particulièrement impactées, tant par la corruption elle-même que par l'inflation réglementaire et législative. Cela est bien naturel, puisque ce sont à la fois les entités qui évoluent dans cette complexité législative, réglementaire mais également culturelle, et qui sont les moteurs de l'internationalisation et de ses problématiques, appelant du coup lois et règlements, extraterritorialité et organisations internes spécifiques.

Les entreprises internationales sont particulièrement impactées, tant par la corruption elle-même que par l'inflation réglementaire et législative.



Situation

Dans quelle situation les entreprises internationales sont-elles aujourd'hui positionnées vis-à-vis de la corruption? Les législations occidentales sont toujours plus contraignantes et invasives. Elles sont également extraterritoriales pour certaines. Les Etats adoptent des réglementations se basant soit sur des postures morales, soit sur des intérêts stratégiques pragmatiques (parfois camouflés derrière des postures morales). D'un autre côté, les sollicitations sont la plupart du temps devenues systémiques dans nombre de marchés émergents et la misère économique, la brutalité politique, les guerres et les crises économiques créent des sources de sollicitation toujours plus nombreuses, même dans nos pays. Le grand écart entre la pratique et la Loi devient toujours plus acrobatique avec deux effets bien concrets: d'une part, une affirmation de la primauté du politique sur le Droit, de l'intérêt économique "supérieur" sur la justice, faisant que de plus en plus de cas de corruption ne finissent jamais devant les tribunaux ni avec un jugement en bonne et due forme, mais en négociations politico-judiciaires; d'autre part,

afin de faire face à ces sollicitations et à leurs propres besoins de réduire les incertitudes qui pèsent sur des investissements de longue durée, les entreprises sont "poussées au crime" en étant "forcées" de répondre aux sollicitations de toutes sortes, et pour ce faire de créer des systèmes extralégaux, extra-comptables et extra-organisationnels. Elles créent ainsi des "ventres mous" qui sont exploités comme autant de leviers que des organismes, qu'ils soient institutionnels, privés ou criminels, ne se gênent pas d'actionner lorsque le besoin s'en fait sentir.

Cette primauté des intérêts politiques ainsi que l'extraterritorialité des investissements et des actions juridiques entraînent aujourd'hui le développement d'un "droit international" encore bien mal défini. Un exemple flagrant est celui représenté par les sanctions internationales. Une sanction sous l'angle de l'art. 41 de la Convention des Nations Unies est à peu près "cadrée" juridiquement, car elle porte en elle un certain fondement de légitimité qui lui est conféré par la Charte des Nations Unies et



par la Charte des Nations Unies sur les Droits de l'Homme. Mais il existe aujourd'hui pléthore de cas qui sont définis hors de ce cadre international et revêtent un aspect unilatéral, basé sur la force d'une part, et sur des postures morales difficilement justifiables de l'autre. Dans l'ensemble des réglementations américaines, françaises, européennes, anglaises ou même suisses, le recours aux instruments de sanctions unilatérales est défini comme un acte normatif exceptionnel et à durée limitée, qui revêt un caractère uniquement politique. Un certain Droit, légitimé par les organes décisionnels d'un pays, émerge donc de ce cafouillage. Il accroît l'incertitude et détruit la légitimité d'un ordre normatif, tout en allant à l'encontre du premier principe du Droit international, qui est que chaque Etat est souverain sur son propre territoire. Aujourd'hui, ce principe semble devenu caduc tant les interdépendances économiques, politiques et informationnelles sont devenues grandes.

Alors que nos technologies évoluent toujours plus vite, que les besoins augmentent de manière exponentielle sur l'ensemble de la planète et que les interdépendances sont de plus en plus profondes et touffues, les institutions dirigeantes, dans quelque pays

que ce soit, fonctionnent avec des principes établis au mieux au XVIIIème siècle.

Le casse-tête quotidien laisse le Droit de côté et remet la marchandisation au centre des relations économiques. On dira que c'est un effet logique d'un monde en crise, mais c'est surtout une perte du tiers garant qui ne profite qu'à un tout petit nombre et est fondamentalement contraire à un quelconque ordre démocratique, cette démocratie que nous chérissons tant, tellement que nous portons la guerre et nos enfants afin de l'imposer à des contrées lointaines. C'est oublier que la démocratie, l'Etat de Droit, ne s'impose pas. Il se vit. Il se développe petit à petit. Il est une masse en mouvement qui peut aller dans une direction ou son opposé.

C'est pour cette raison qu'il serait temps de réfléchir à reconquérir cet espace, à réduire ce grand écart et, dans le même temps, à repenser un nouveau paradigme pour la lutte anti-corruption.

Un paradigme qui remettrait le Droit au centre des solutions et le pragmatisme en position de concept directeur.



Les initiatives allant dans ce sens existent déjà et vont toutes dans celui d'une plus grande transparence: le système du "Publish What You Pay", d'abord focalisé sur les industries extractives, s'étend aujourd'hui à d'autres secteurs, comme la pharma et la chimie.

Ces initiatives se basent sur le nécessaire besoin de transparence. Cette transparence apporte de l'information, nécessaire pour réduire les incertitudes et améliorer leur gestion.

Les crises fiscales européennes vont dans le même sens. Il ne s'agit pas de faire payer plus d'impôts, mais de savoir ce qui se passe au sein d'une économie. De même qu'il paraît difficile de gérer une entreprise dont tous les bilans et PP sont faux ou tronqués, de même il paraît illusoire de générer les politiques pertinentes sur la base de 40 ou 50% d'une économie déclarée, sans même un quelconque essai d'extrapolation. Depuis des années, la part de l'économie cachée a augmenté, faisant tomber à côté ou en contre-productivité des politiques monétaires, économiques, d'emploi, de santé ou d'éducation, etc.

L'Europe entière, et la France en particulier, s'est scandalisée dans les années 1990 lorsqu'elle a découvert que le droit suisse permettait aux entreprises de déduire de leurs impôts les "paiements de facilitation"; en gros, la corruption. Cet élément avait pourtant l'avantage de favoriser la transparence pour les entreprises et de générer de l'information qui n'a malheureusement jamais été correctement utilisée. L'entreprise indiquant sans risques combien, où et comment elle paie ces facilitations crée une richesse, une information qui permet de lever un voile sur cet élément qui est aujourd'hui caché. Cette information permet de réaliser les coûts réels, véritables, de tel ou tel marché. En étant accessible à tous, elle permet aux Etats de concentrer leurs actions éducatives, de développement et leurs actions légales sur tels pays ou tels secteurs. Elle permet également aux Etats dans lesquels de tels paiements se déroulent, de savoir qui paie, combien et surtout pour quoi.



Le fait de n'être pas poursuivies permet aux entreprises de "résorber" ces ventres mous et ces vulnérabilités que par pratique elles créent et la déductibilité fiscale les encourage à fournir ces informations de la manière la plus correcte qui soit.

Une telle information permettrait donc autant aux pays d'origine de ces sociétés de cibler leurs actions et leurs politiques, et ainsi leurs moyens, qu'aux entreprises d'éviter de se jeter à bras tendus dans des réseaux et des agissements à fort potentiel criminel et de gagner en compréhension de leurs propres actions et coûts. Les actionnaires seraient également gagnants, ayant sous les yeux des situations finan-

cières correspondant mieux à la réalité et évitant des pourrissements et des chutes brutales et fracassantes.

L'extraterritorialité du Droit serait ainsi remise en question non pas parce qu'elle ne s'appliquerait plus, mais parce qu'elle pourrait se développer sur un mode partagé, conforme aux Droits nationaux et favorisant le développement de systèmes inter-légaux sur la base d'informations valides et non uniquement sur des critères politiques ou des intérêts particularistes qui coûtent de plus en plus cher à nos sociétés et participent à son appauvrissement intellectuel, à la réduction de sa capacité d'innovation.



Qui sommes-nous?

Swiss Made.

Global Risk Profile (GRP) est la première société suisse spécialisée dans l'Investigative Due Diligence. Nous offrons nos services à de grands groupes suisses et européens, comme à de plus petites structures, sécurisant leurs relations d'affaires partout dans le monde en leur fournissant des informations précieuses et indépendantes, et leur assurant proximité, réactivité et confidentialité.

Un large panel d'informations publiques et confidentielles.

Nos recherches sont effectuées sur toutes les sources d'information publiques disponibles, ainsi qu'au travers de nos archives conséquentes, regroupant des milliers de sources d'information spécialisées, dont celles collectées par le réseau de l'Observatoire du Crime Organisé. Nous recueillons également de l'information directement sur le terrain, partout dans le monde.

Chaque rapport est produit par un spécialiste qualifié qui recueille, analyse et expose l'information dans un document qui répond aux plus hautes normes de conformité internationales, dans un cadre confidentiel sécurisé.

Nos rapports bénéficient de tarifs fixes et sont délivrés en ligne en 10 jours ouvrables.

Pour de plus amples informations sur notre équipe, nos produits ou nos prix:

www.globalriskprofile.com

Joël PASTRE

M. Pastre a passé quatre ans et demi en tant qu'analyste, gestionnaire de portefeuille et responsable de département dans une entreprise suisse de gestion de fortune réputée.

Précédemment, M. Pastre a passé deux ans en tant qu'analyste dans le département Hegde Fund Research et deux ans dans celui d'Analyse Quantitative. Il a également travaillé pour un programme de recherche de trois ans financé par la Confédération Suisse intitulé "Corruption Suisse et Crime Organisé".

M. Pastre est co-fondateur et trésorier de OCO, l'Observatoire du Crime Organisé.

Nicolas GIANNAKOPOULOS

M. Giannakopoulos a piloté le programme de recherche de trois ans "Corruption suisse et Crime Organisé", financé par la Confédération. Par le passé, il a été actif dans de nombreux autres programmes et effectué des analyses pour de grandes institutions. Gratifié de la médaille du mérite des autorités judiciaires brésiliennes, il a étroitement collaboré avec les autorités de police et judiciaires de divers pays. M. Giannakopoulos est l'auteur de nombreuses publications concernant les différentes facettes des organisations criminelles modernes. Il est également Président et co-fondateur de OCO, l'Observatoire du Crime Organisé et Directeur d'Inside.CO S.A., entreprise d'investigation criminelle basée à Genève.

