

CHAPITRE 1

LA CONVENTION ANTI-CORRUPTION DE L'OCDE

Révolution au Château de la Muette¹

Ceux qui connaissent la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales sont peu nombreux, sans doute parce que le sujet est technique et ne concerne que les entreprises opérant à l'international, mais encore moins nombreux sont ceux qui ont pris conscience de la révolution Copernicienne qu'elle entraîne.

A première vue cette Convention est un texte international relativement ordinaire, semblable dans sa forme à de nombreux autres textes conçus et négociés dans les enceintes internationales. Il est pourtant remarquable à plus d'un titre car, ratifié par la France, il conduit à faire appel au droit pénal français à l'encontre d'entreprises ou de ressortissants français, pour des actes de corruption commis à l'étranger, dans des pays où ces mêmes actes bénéficient souvent de la plus grande impunité par les plus hauts dirigeants locaux. Voici résumée en une phrase en quoi consiste cette révolution Copernicienne opérée dans le paysage juridique français, pendant la nuit du 29 au 30 septembre 2000, lors de l'entrée en vigueur de la Convention OCDE.

¹ Au Château de la Muette, Paris XVI, se trouve le siège social de l'OCDE.

Pour comprendre comment une telle révolution Copernicienne a été possible, il est important de s'arrêter un instant sur l'institution qui a été le creuset de ce texte : l'Organisation de coopération et de développement économiques. En étudiant le rôle prépondérant qu'y jouent les Etats-Unis nous verrons comment un texte qui paraît contraire aux habitudes et pratiques du droit positif français peut s'appliquer sur notre territoire.

Nous étudierons ensuite les cinq principes, que l'on peut qualifier de révolutionnaires, qui structurent ce texte : traitement de la corruption à l'extérieur comme à l'intérieur de nos frontières ; l'élargissement de la notion de pot-de-vin ; l'élargissement de la notion de faute de l'agent public ; l'élargissement de la notion d'agent public ; l'élargissement de la notion de responsabilité.

Nous verrons enfin comment cette Convention contient des modalités de mise en application à la fois innovantes et contraignantes. En retenant le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les droits des différents pays de la zone OCDE, cette Convention a été mise en œuvre extrêmement rapidement, moins de trois ans après sa signature. Par ailleurs son mécanisme de surveillance, aussi bien de l'adaptation du cadre légal national des pays parties à la Convention que de sa mise en œuvre en matière de poursuite et d'incrimination de la corruption, en font un texte redoutablement efficace, particulièrement contraignant pour les entreprises françaises.

Les coulisses de la négociation de la Convention anti-corruption de l'OCDE

Le fait que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a été choisie pour négocier et adopter une Convention internationale sur la lutte contre la corruption de fonctionnaires étrangers est surprenant à deux titres.

Tout d'abord, à l'époque où ont débuté les négociations, l'OCDE ne regroupait que vingt-quatre pays¹, et c'est pourtant ce forum international qui a décidé de préparer et de signer un texte dont la portée est mondiale. Ensuite, l'OCDE est une organisation internationale connue et reconnue pour ses analyses macro-économiques et ses recommandations adressées aux gouvernements des pays qui en sont membres. Ce n'est pas une Organisation qui a l'habitude d'être un lieu de négociation de Conventions internationales. Plus précisément, avant cette Convention, le secrétariat de l'Organisation n'avait préparé aucune Convention internationale.

Le choix de l'Organisation est tout sauf fortuit : il porte en lui les conditions de l'efficacité de l'application de cette Convention contre la corruption. Pour le comprendre, arrêtons-nous sur cette institution, ses buts et son mode de fonctionnement.

L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE)

Les origines de l'OCDE

Fille du Plan Marshall conçue pour relancer l'économie européenne, l'OCDE est une institution issue de la seconde guerre mondiale, laquelle avait laissé l'Europe exsangue. Le 16 avril 1948, la signature de la Convention de coopération économique européenne instituait l'OECE², dont les objectifs étaient de stimuler la coopération entre ses membres. Elle avait pour but d'aider ceux-ci à s'acquitter de leurs engagements internationaux ainsi qu'à réaliser leurs programmes nationaux de développement, ainsi que de prêter son concours au gouvernement américain pour la mise en œuvre de son programme d'aide à l'Europe.

¹ A l'époque, les vingt-quatre pays membres de l'Organisation étaient les suivants : Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Islande, Irlande, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie. Elle en compte six de plus aujourd'hui : Corée, Hongrie, Mexique, Pologne, République tchèque et Slovaquie.

² Organisation Européenne de Coopération Economique.

Si des raisons essentiellement économiques ont présidé à la naissance de l'OECE, ce sont des raisons politiques qui ont porté l'OCDE sur les fonds baptismaux en juillet 1960¹. L'offensive économique de l'Union Soviétique dans le tiers monde a surpris l'OTAN qui, dès 1957, appelle ses Etats membres à resserrer leurs liens. L'hypothèse d'un organe économique au sein de l'OTAN se dessine mais la question algérienne vient perturber la cohésion de ses membres. Sous la présidence d'Eisenhower, les Etats-Unis proposent une Organisation qui tout à la fois canaliserait les rivalités des pays européens, faciliterait leurs relations pan-atlantiques et mobiliserait des ressources pour les pays en développement.

Avec l'OCDE, la référence européenne du sigle OECE n'a plus de raison d'être et est abandonnée. Elle est remplacée par le terme de développement, ce qui étend la volonté de coopération de l'OCDE, par delà ses pays membres, pour impliquer les nations moins avancées lesquelles, accédant à l'indépendance de façon souvent chaotique, représentent un enjeu géopolitique majeur, notamment pour les Etats-Unis. Ainsi, dès l'origine, l'OCDE est une organisation que les Etats-Unis utilisent pour sensibiliser, et rallier, leurs partenaires à leurs options économiques et politiques. On verra plus loin qu'il n'est donc pas étonnant qu'ils aient été les premiers à aborder les questions de corruption sur les marchés étrangers dans cette enceinte.

Les pays membres de l'OCDE

Complément économique indispensable du Traité de l'Atlantique Nord, la toute jeune OCDE avait comme objectifs politiques la coopération et le développement économiques des pays qui s'opposaient à la zone d'influence soviétique. Les frontières extérieures de l'Organisation correspondaient à cette logique et ses membres étaient donc les mêmes que ceux de l'OTAN. C'est ce qui explique pourquoi la Turquie et la Grèce faisaient partie des pays fondateurs alors que d'autres, pourtant à l'époque plus industrialisés, comme la Hongrie, la Pologne et la Tchécoslovaquie, en étaient exclus. On comprend également pourquoi la

¹ Le texte fondateur de l'OCDE sera signé par les Etats membres le 30 septembre 1961.

Yougoslavie, pays communiste mais non-aligné, fut invitée, dès octobre 1961, à participer aux travaux de l'Organisation comme pays associé.

Répondant à cette logique, d'autres pays rejoignirent l'Organisation : le Japon d'abord en 1964, dont l'économie, relancée avec le soutien des Etats-Unis, s'internationalisait fortement. La Finlande en 1969 qui, bien que politiquement neutre entre l'Est et l'Ouest, avait opté sans conteste pour l'économie de marché et qui après l'intervention soviétique à Prague recherchait une certaine forme de soutien du côté de l'alliance transatlantique. Par la suite, l'Australie en 1971 et la Nouvelle-Zélande en 1973 devinrent membres de l'Organisation, bien sûr parce que leurs économies relevaient bel et bien d'une dynamique de marché, mais aussi parce que face à l'emprise croissante du communisme en Asie-Pacifique, il apparaissait important que l'OCDE témoigne de sa présence dans cette région.

Quand la menace Soviétique disparut en 1989, d'autres pays furent invités à rejoindre l'Organisation : Corée, Hongrie, Mexique, Pologne, Slovaquie et République Tchèque. Ces pays furent choisis plus en raison du jeu d'influence des grandes puissances au sein de l'Organisation que de réels critères économiques ou politiques. Ils portent néanmoins à trente le nombre des pays membres et renforcent à l'évidence le poids de l'Organisation dans l'économie mondiale en confortant son surnom de « club des pays riches ».

On comprend mieux dès lors qu'au début des années 90 la zone OCDE soit apparue comme le lieu où la très grande majorité des entreprises exportatrices ou investies dans les pays en développement – et donc concernées par les problèmes de corruption dans les transactions internationales – avaient leur siège.

Les missions et le mode de fonctionnement de l'OCDE

De 1961 à 1989, les travaux de l'OCDE s'inscrivent dans une dimension de bloc et d'opposition par rapport aux économies planifiées. Ils portent d'une part sur les politiques menées par les pays de la zone dite « OCDE » et d'autre part sur les pays en développement qui viennent d'accéder à l'indépendance et qu'il faut convaincre de préférer l'aide en provenance de l'Ouest à l'assistance technique offerte par l'Est. Dans le

contexte de la guerre froide, l'économie était une arme stratégique aussi importante que l'atome. L'OCDE était un lieu privilégié de concertation du monde libre qui devait, dans d'autres *fora* diplomatiques, affronter le monde communiste et définir sa position par rapport à un tiers monde oscillant entre l'Est et l'Ouest.

De l'époque du Plan Marshall, l'OCDE a gardé son mode de fonctionnement. Les décisions y sont prises au consensus, seul moyen de garantir une logique de bloc dans un contexte géopolitique où les occasions de fissures ne manquent pas. C'est aussi de cette période que date la fameuse « évaluation par les pairs » des politiques nationales. Afin de s'assurer que les politiques menées nationalement soient bien cohérentes avec les principes et les évolutions de l'économie de marché, les politiques économiques de chaque pays sont examinées régulièrement selon une méthode originale qui a fait ses preuves. Sur la base d'un appareil statistique aussi large qu'approfondi, le Secrétariat de l'Organisation prépare un rapport sur un pays, rapport qui sert de base à une mission conduite par des experts issus de l'administration de deux autres pays. Le rapport de base et le rapport des experts sont ensuite présentés devant l'ensemble des pays membres. Le pays examiné est invité à réagir aux critiques qui lui sont faites. Le ton est toujours diplomatique, chaque pays étant tour et à tour examiné et examinateur, il n'en est pas moins franc, voire vigoureux.

On verra plus loin que c'est précisément cette méthode qui a été retenue et approfondie, pour évaluer l'application de la Convention anti-corruption par les pays signataires et qu'elle en fait un instrument redoutablement efficace.

La Convention OCDE : une victoire américaine

Négociations, péripéties et coup de théâtre

Lorsqu'un beau jour de l'année 1990 le représentant permanent des Etats-Unis près l'OCDE évoque devant le Conseil de l'Organisation l'idée d'un texte commun condamnant la corruption, il est certainement loin d'imaginer que ce texte prendra la forme d'une Convention. Ce qu'il vise, c'est une simple déclaration.

Les déclarations font partie des outils habituels de l'OCDE. Elles n'ont rien de coercitif pour les signataires et sont un exercice de style auquel les pays membres de l'OCDE s'adonnent régulièrement. Dans une logique de guerre froide, les déclarations obligeaient les pays membres de l'OCDE à définir et afficher une position commune. Elles sont particulièrement utiles lorsque des divergences commencent à se dessiner : elles permettent aux représentants permanents, ou aux délégués des Comités, voire aux ministres qui se réunissent au printemps de chaque année, de colmater des fissures avant qu'elles ne soient irréparables. Principes directeurs, lignes de conduite, bonnes pratiques sont autant de moyens qui permettent aux pays membres de l'Organisation de vérifier la solidité de leurs liens dans un monde aux évolutions rapides. C'est ensuite le moyen de présenter à l'extérieur, et tout particulièrement aux Nations unies ou au Gatt¹ de l'époque, un front uni. Un certain nombre de déclarations de l'OCDE ont ainsi permis d'initier dans ces enceintes internationales des travaux à portée mondiale dans des domaines comme le commerce international, l'environnement ou les investissements internationaux.

Si l'ambassadeur des Etats-Unis n'imagine pas que sa requête donnera naissance à une Convention, il n'imagine pas non plus qu'en appuyant sur le bouton vert de son micro de la salle du Conseil il va déclencher une véritable levée de bouclier au Château de la Muette².

La délégation française, et derrière elle plusieurs pays, s'opposent fortement à ce projet de Déclaration. Plusieurs raisons président à ce refus. Certaines sont dicibles du point de vue diplomatique. D'autres le sont moins, nous les analyserons plus loin.

Du point de vue officiel, la délégation française approuve bien sûr l'idée de condamner la corruption d'agents publics étrangers, mais fait observer qu'une condamnation par l'OCDE ne peut être qu'un vœu pieux : ni le Secrétariat de l'Organisation, ni les pays membres n'ont les moyens de rendre cette condamnation effective. Une telle Déclaration

¹ *General Agreement on Trade and Tariffs*, qui évoluera par la suite en Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

² Siège de l'Organisation, à Paris dans le XVIème arrondissement.

affecterait gravement la crédibilité de l'institution. De surcroît, si une Déclaration condamnant la corruption devait voir le jour, c'est au niveau des Nations unies qu'il faudrait la préparer. C'est d'ailleurs une question que l'on commence à évoquer dans les couloirs du Palais de verre à New York : le sujet figure déjà dans les résolutions de l'Assemblée générale de décembre 1990 et de 1991, lesquelles conduiront logiquement à l'adoption de la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 12 décembre 1996 sur la corruption¹. Pour la délégation française, il n'est donc pas utile que l'OCDE consacre des moyens à la préparation d'une Déclaration contre la corruption.

Mais il en faut plus pour faire baisser le drapeau américain. Les Etats-Unis tiennent fermement à ce que les pays membres de l'OCDE prennent position contre la corruption de fonctionnaires étrangers. Entre temps, le thème de la corruption dans les pays en développement devient un sujet dont les médias s'emparent volontiers. La question émeut l'opinion publique. C'est à cette époque que *Transparency International*, première organisation non-gouvernementale dont la mission est de lutter contre la corruption, voit le jour. La position française devient de plus en plus difficile.

Forte d'un soutien public favorable, la délégation américaine revient à la charge en proposant non plus une Déclaration, simple pétition de principe, mais l'adoption d'une Recommandation contre la corruption. La délégation française, bien que réticente pour des raisons que nous verrons plus loin à l'idée d'une Recommandation, ne pouvait purement et simplement refuser de signer un texte contre la corruption. Cette position de rejet aurait été irrecevable aux yeux des citoyens français qui commençaient à découvrir avec une certaine stupeur que les pots-de-vin versés par des entreprises françaises sur les marchés étrangers pouvaient être fiscalement déductibles. Cette déductibilité fiscale n'était d'ailleurs pas le propre de la France. La plupart des entreprises des pays de l'OCDE pouvaient déduire ces commissions, à l'exception notable des Etats-Unis dont le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)² incriminait la

¹ Par la suite les Nations unies ont adopté le 29 septembre 2003 une Convention contre la criminalité organisée, puis le 11 décembre 2003 à Mérida une Convention contre la corruption.

² Loi sur les pratiques de corruption à l'étranger.