

Les règles de la Chambre de Commerce Internationale pour combattre la corruption; un guide pratique pour les investisseurs

Dr Marc Henzelin, LLM



LALIVE

Historique et contexte juridique

- Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA)
- Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, 1997, entrée en force en 1999; les 34 pays de l'OCDE sont parties, ainsi que 6 Etats non-membres (Argentine, Brésil, Bulgarie, Chili, Russie et Afrique du Sud)
- Convention pénale et Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption, 1999
- Convention des Nations Unies contre la corruption, conclue à New York en 2003; 154 Etats parties (novembre 2011)
- Suisse est Partie à toutes ces Conventions; art. 322 ter-322octies CP
- Règles de conduite de la CCI contre la corruption (1977, 1996, 1999, 2005, 2011)

Remarques introductives: les règles de conduite

- Les règles de conduite ne remplacent pas les traités internationaux et les lois nationales mais en font une synthèse orientée vers la pratique
- Règles de conduite = méthode auto-disciplinaire des entreprises
- S'appliquent nonobstant l'Etat d'origine de l'entreprise ou l'Etat ou les biens ou services sont fournis
- Faciles à promouvoir et à mettre en œuvre dans le cadre d'une entreprise

Article 1: Pratiques prohibées (1)

Les Entreprises interdiront les pratiques visées dans leurs relations avec:

- un agent public, à l'échelon international, national ou local,
- un parti politique, un responsable de parti politique ou un candidat à une fonction politique, ou avec
- un dirigeant, cadre ou employé d'une Entreprise, La corruption (voir version 2005)

Article 1: Pratiques prohibées (2)

- On entend par **corruption** l'offre, la promesse, l'octroi, l'autorisation ou l'acceptation de tout avantage indu, pécuniaire ou autre, à l'intention, par ou pour toute personne visée ci-dessus ou toute autre personne en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou tout autre avantage impropre se rapportant par exemple à la passation de marchés publics ou privés, à des autorisations réglementaires, à la fiscalité, aux douanes ou à des procédures judiciaires ou législatives.
- La Corruption inclut souvent (i) l'octroi d'une rétro commission d'une partie du prix contractuel à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du cocontractant ou à leur famille ou amis proches ou Partenaires Commerciaux, ou (ii) le recours à des intermédiaires tels qu'agents, sous-traitants, consultants ou autres Tierces Parties afin d'effectuer des paiements à des agents publics ou à des responsables de parti politique ou à des employés du co-contractant ou à leur famille ou, amis proches ou Partenaires commerciaux.

Article 1: Pratiques prohibées (3)

- On entend par **extorsion ou sollicitation** une demande de pot-de-vin, qu'elle soit accompagnée ou non d'une menace en cas de refus. Les Entreprises s'opposeront à toute tentative d'extorsion ou de sollicitation et sont encouragées à signaler ces tentatives par le biais des mécanismes de signalement officiels ou informels disponibles, à moins qu'un tel signalement soit jugé contre-productif au vu des circonstances.

Article 1: Pratiques prohibées (4)

NOUVEAUX:

- **Le trafic d'influence (version 2011) est prohibé**, soit l'offre ou la sollicitation d'un avantage indu afin que soit exercée une influence réelle ou supposée en vue d'obtenir d'un agent public un avantage indu pour l'instigateur initial de l'acte ou pour toute autre personne (à comparer avec art. 322 quinquies CP qui ne punit que l'avantage indu d'un agent public suisse)
- **Le blanchiment du produit de pratiques corruptrices (version 2011) est prohibé**, soit la dissimulation ou le déguisement de l'origine illicite, de la source, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens, en sachant qu'ils sont le produit d'un crime.

Article 2: Tierces Parties (1)

Article 2 nouveau plus ou moins égal à ancien, soit:

- Pour ce qui est des Tierces Parties, soumises au contrôle ou à l'influence déterminante de l'Entreprise,

comprenant de façon non limitative, les agents, consultants en prospection, représentants de commerce, agents en douane, consultants polyvalents, revendeurs, sous-traitants, franchisés, avocats, comptables et autres intermédiaires, agissant au nom de l'Entreprise relativement au marketing ou à la vente, à la négociation de contrats, à l'obtention de licences, permis ou autres autorisations ou à toute autre activité profitant à l'Entreprise, ou en tant que sous-traitants dans la chaîne d'approvisionnement,

les Entreprises doivent :

Article 2: Tierces Parties (2)

- donner pour instruction de ne pas se livrer à des Pratiques Corruptives ni de tolérer qu'elles s'y livrent;
- ne pas les utiliser comme canal pour qu'elles se livrent à des Pratiques Corruptives;
- ne les engager que dans la mesure nécessaire à la conduite régulière des activités de l'Entreprise; et
- ne pas les payer plus que la rémunération appropriée pour leurs services légitimes.

Article 3: Partenaires Commerciaux (1)

- **Très grosse extension de cette disposition** (4 lignes dans la version 2005, une page entière dans version 2011)
- S'applique aux 1) Tierces Parties, 2) co-entreprises (=joint ventures) et partenaires de consortium, 3) contractants, fournisseurs
- Principe de base : **les entreprises doivent s'assurer que les tierces parties, co-entreprises et partenaires de consortium respectent les règles anti-corruption**

Article 3: Partenaires Commerciaux (2)

- Accord écrit par lequel la Tierce Partie
 - Est informée des politiques anticorruption de l'Entreprise et est obligée à ne pas se livrer à des pratiques corruptives;
 - Autorise l'Entreprise à demander un audit des livres et documents comptables par un commissaire aux comptes indépendant afin de vérifier la conformité aux Règles; et
 - Stipule que sa rémunération ne sera pas versée en liquide et ne sera versée que dans le pays (i) dans lequel la Tierce Partie est constituée en société, (ii) dans lequel elle a son siège, (iii) dans lequel elle réside, ou (iv) dans lequel la mission est exécutée.

Article 3: Partenaires Commerciaux (3)

- L'Entreprise doit en outre veiller à ce que sa direction centrale exerce un contrôle adéquat sur les relations avec les Tierces Parties et tienne en particulier un **registre indiquant les noms et les conditions d'engagement et de paiement des Tierces Parties**, auxquelles l'Entreprise fait appel lors de transactions avec des organismes publics ou des Entreprises publiques ou privées. Ce registre devrait être à la disposition, pour examen, des commissaires aux comptes et des autorités gouvernementales appropriées, dûment habilitées, sous réserve d'un engagement de confidentialité.

Article 3: Partenaires Commerciaux (4)

Acceptation des règles anti-corruption (+- = art. 3 version 2005):

- Pour ce qui est des **coentreprises** ou des **consortiums**, l'Entreprise doit prendre les mesures en son pouvoir afin de veiller à ce qu'une politique conforme aux Règles soit acceptée par ses partenaires au sein de la coentreprise ou du consortium, dans la mesure applicable à la coentreprise ou au consortium
- En ce qui concerne les **contractants et les fournisseurs**, l'Entreprise doit prendre les mesures en son pouvoir et, pour autant que la loi l'autorise, veiller à ce qu'ils respectent les Règles dans leurs transactions en son nom ou avec elle et éviter de traiter avec des contractants ou des fournisseurs dont on sait ou dont on soupçonne raisonnablement qu'ils versent des pots-de-vin.

Article 3: Partenaires Commerciaux (5)

Nouveaux dans version 2011 :

- L'Entreprise **doit faire figurer dans ses contrats avec ses Partenaires Commerciaux des dispositions l'autorisant à suspendre ou à résilier leurs relations** si elle considère unilatéralement, de bonne foi, qu'il y a eu infraction de leur part à la législation anticorruption applicable ou à la Partie I des Règles.
- L'Entreprise **doit procéder à des vérifications préalables appropriées (*due diligence*) de la réputation de ses Partenaires Commerciaux** exposés à des risques de corruption ainsi que de leur capacité de respecter la législation anticorruption dans leurs transactions avec elle ou en son nom.

Article 4 : Contributions politiques, oeuvres caritatives et parrainage

Article 5 : Cadeaux et hospitalité

- **Article 4** : *Contributions politiques, oeuvres caritatives et parrainage*
- **Article 5** : *Cadeaux et hospitalité*

Dispositions proches de art. 4-5 version 2005

Article 6 : Paiements de facilitation

Les paiements de facilitation sont de petites sommes versées de manière informelle et impropre à des agents publics subalternes pour obtenir ou accélérer l'exécution d'actes de routine ou nécessaires auxquels la personne faisant le paiement de facilitation a légalement droit.

Les Entreprises ne doivent (...) pas faire de paiements de facilitation, mais il est reconnu qu'elles peuvent être confrontées à des circonstances pressantes dans lesquelles un paiement de facilitation peut difficilement être évité, par exemple sous la contrainte ou lorsque la santé ou la sécurité de leurs employés est menacée.

Nouveau (2011) : Lorsqu'un paiement de facilitation est effectué dans de telles circonstances, il doit être dûment enregistré dans les livres et documents comptables de l'Entreprise.

Art. 7 : Conflits d'Intérêts

Nouveau (par rapport à version 2005):

- (L)es conflits d'intérêts (doivent être divulgués et si possible évités) quand les intérêts privés d'une personne ou de sa famille ou amis proches ou contacts professionnels divergent de ceux de l'Entreprise ou de l'organisation à laquelle elle appartient.
- Si l'activité ou l'emploi pour lesquels d'anciens agents publics sont pressentis sont en relation directe avec des fonctions qu'ils ont exercées ou supervisées pendant qu'ils étaient en fonction, ces agents ne pourront être engagés en aucune qualité avant la fin d'une période raisonnable après qu'ils ont quitté leur fonction. Le cas échéant, les restrictions imposées par les législations nationales doivent être respectées.

Art. 7 : Ressources Humaines

Nouveau (plus précis que l'art. 7, 2005) : les Entreprises doivent veiller:

- a) à ce que les pratiques en matière de ressources humaines, y compris le recrutement, les promotions, la formation, l'évaluation des performances, la rémunération, la reconnaissance et la déontologie en général, reflètent les Règles;
- b) à ce qu'aucun employé ne souffre de représailles ou de mesures disciplinaires pour avoir signalé de bonne foi des manquements avérés ou raisonnablement suspectés à la politique anticorruption de l'Entreprise ou pour avoir refusé de se livrer à la corruption, même si ce refus a pu provoquer la perte d'un marché pour l'Entreprise;
- c) à ce que les employés clés travaillant dans des zones à un haut risque de corruption soient régulièrement formés et évalués; la rotation de ces employés devrait être envisagée.

Art. 9 : Finances et Comptabilité (1)

Changements de texte (par rapport à 2005)

- les transactions financières doivent être adéquatement identifiées et clairement et sincèrement enregistrées dans les livres et documents comptables appropriés (...);
- pas de comptes secrets ou «hors livres»;
- pas d'enregistrement de dépenses inexistantes ni d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié ni de transactions inhabituelles n'ayant pas de finalité réelle et légitime;
- les paiements en liquide ou en nature doivent être contrôlés; seul le paiement de petites sommes en liquide correspondant à de menues dépenses ou versées dans des pays ou des lieux dépourvus de système bancaire opérationnel doit être autorisé;

Art. 9 : Finances et Comptabilité (2)

- Aucun document comptable ou autre document pertinent ne peut être intentionnellement détruit plus tôt que ne le prévoit la loi;
- Systèmes d'audit
- Non déductibilité fiscale des pots-de-vin

Art. 10: Eléments d'un programme anticorruption

Nouveau ! Mise en œuvre d'un programme de contrôle interne

Eligendo, diligendo, custodiendo (engagement, instruction, surveillance)

Ou : *Ordonner surveiller vérifier*

Liens utiles

- ICC: page web qui contient tous les publications récentes de la commission :

<http://www.iccwbo.org/policy/society/id1174/index.html>.

- Règles d'ICC pour combattre la corruption :

http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/business_in_society/Statements/ICC_Rules_FR.pdf

- RESIST: Résister aux extorsions de fonds et aux sollicitations dans le cadre des transactions internationale :

http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/business_in_society/pages/RESIST_FR.pdf

LALIVE
Rue de la Mairie 35
1207 GENEVE

Tel. 022 319 87 00
Fax 022 319 87 60

mhenzelin@lalive.ch

LALIVE
Löwenstrasse 2
8001 ZURICH

Tel. 044 319 80 00
Fax 044 319 80 19

LALIVE IN QATAR
QFC Tower
P.O. Box 23495
DOHA - QATAR

Tel. +974 4496 7247
Fax. +974 4496 7244