

20 septembre 2017

Greco-Inf(2017)2

Brève analyse d'une sélection d'affaires de corruption dans le secteur privé

Sophie Meudal-Leenders
(Secrétariat du GRECO)

Mari-Liis Sööt
(Chef de la délégation estonienne auprès du GRECO)



Group of States against Corruption
Groupe d'États contre la corruption

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Objectif

L'objectif du présent document est d'analyser dans quelle mesure les dispositions relatives à la corruption dans le secteur privé qui figurent aux articles 7 et 8 de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (ci-après « la Convention ») sont adaptées au traitement d'affaires concrètes de corruption relevées dans les États membres du GRECO, ainsi que d'identifier toute lacune qui apparaîtrait dans le cadre juridique et la pratique au niveau international et/ou national.

Méthodologie

Les auteurs ont compilé et étudié des affaires de corruption dans le secteur privé ayant donné lieu à une enquête officielle au sein des États membres du GRECO qui ont répondu à la demande d'information envoyée par le Secrétariat le 6 janvier 2017. Au total, 28 exemples d'affaires de corruption entre acteurs privés ont été transmis par sept des 11 pays qui ont répondu (Croatie, Estonie, Grèce, Lituanie, Pays-Bas, Roumanie et Slovénie). Chypre et la Lettonie ont indiqué qu'elles n'avaient pas d'affaires de ce type à signaler, la Finlande a fait parvenir des statistiques judiciaires et la Suède a répondu qu'elle ne disposait pas de chiffres officiels lui permettant d'identifier ces affaires. D'autres affaires présentant un intérêt particulier ont été recensées en Italie et en Suisse au moyen de sources publiques d'information, puis analysées. Enfin, les contributions des enquêteurs nationaux exerçant dans les pays qui ont répondu au questionnaire ont été également analysées et figurent ci-dessous.

Affaires présentées

La majorité des affaires de corruption entre acteurs privés portent sur des achats et des attributions de marchés. Dans le domaine du sport, il s'agit la plupart du temps d'affaires de truquage de matchs en lien avec des prises de paris.



Typologie d'une sélection d'affaires de corruption dans le secteur privé

Type	Description
Passation de marchés	<p>L'entreprise R., située à l'étranger, s'est vue attribuer un contrat en vue de fournir des soudeurs pour un grand projet public de centrale thermique. Le prévenu a promis au chef de l'entreprise R. une récompense financière si celui-ci choisissait d'employer des soudeurs étrangers qu'il lui fournirait. Neuf personnes physiques et deux personnes morales ont été jugées pour avoir accepté des cadeaux illégaux, ce qui constitue une infraction pénale. Les pots-de-vin versés visaient à faire employer des soudeurs et à assurer leur hébergement et leur transport.</p> <p><u>Sanction</u> : le prévenu qui a fourni les soudeurs a plaidé coupable et a été condamné à six mois d'emprisonnement et 5 000 euros d'amende.</p>
Passation de marchés	<p>Cinq prévenus (le président du conseil d'administration d'une compagnie d'électricité et quatre sous-traitants) ont été jugés pour avoir élaboré et mis en place un système de commissions s'élevant à 3 % de la valeur des contrats conclus pour des travaux de construction, soit plus de 120 000 euros, qui ont été utilisés pour financer un parti politique. Ces pratiques ont été appliquées à la demande du trésorier du parti, qui n'a pas été traduit devant la justice. Les 1^{er}, 2^e et 3^e prévenus, qui exerçaient des fonctions de responsabilité au sein d'une personne morale réalisant des opérations économiques et commerciales, ont sollicité et accepté un cadeau en échange de la conclusion d'un marché. Le 4^e prévenu, exerçant également des fonctions de responsabilité au sein d'une personne morale du même type, a promis et offert un cadeau en contrepartie de la conclusion d'un marché. Le 5^e prévenu a promis un cadeau à une personne qui exerçait des fonctions de responsabilité au sein d'une personne morale réalisant des opérations commerciales en contrepartie de la conclusion d'un marché.</p> <p><u>Sanction</u> : les 1^{er}, 2^e et 3^e prévenus ont tous les trois été condamnés à une peine de prison de 18 mois, le 4^e à une peine de prison de 10 mois avec sursis et le 5^e à une peine de prison de 7 mois avec sursis. Par mesure de sécurité, il a en outre été interdit aux 1^{er}, 2^e et 3^e prévenus d'exercer leurs fonctions de président/directeur/membre du conseil d'administration de la société.</p>
Passation de marchés dans le commerce de détail	<p>Deux hauts responsables de H Ltd – société grossiste dans les produits alimentaires et les boissons – ont proposé au directeur des achats d'un grand distributeur que lui soit versée chaque mois une somme d'argent déterminée pour qu'il n'insiste pas sur une baisse de prix supplémentaire sur les boissons sans alcool vendues par le distributeur. Le directeur des achats aurait reçu entre 0,5 et 1 euro pour chaque unité de marchandises vendues selon les termes de la transaction proposée. Le directeur des achats en a informé son employeur, ce qui a donné lieu à une enquête.</p> <p><u>Sanction</u> : les corrupteurs ont été condamnés à des peines de prison de trois ans avec sursis et à des amendes de 4 960 euros et 4 070 euros respectivement, dont 1 000 euros ont été effectivement infligés. La personne morale a été condamnée à verser 20 000 euros (seulement 0,14 % de son chiffre d'affaires cette année-là).</p>

<p>Trucage de matchs</p>	<p>B.G., financier et actionnaire d'un club de football, a proposé 1 700 000 euros (environ 100 000 euros chacun) à des joueurs d'une équipe de football qui devaient disputer un match du championnat national (Première division), pour obtenir un résultat favorable face à l'équipe « R.B. ».</p> <p><u>Sanction</u> : peines de prison de deux à trois ans, confiscation de 1 700 000 euros.</p>
<p>Trucage de matchs</p>	<p>Un prévenu a proposé à un gardien de but un pot-de-vin d'un montant de 60 000 à 80 000 euros pour que celui-ci fasse en sorte que son club de football, lors d'une rencontre organisée dans le cadre d'une compétition européenne de l'UEFA contre un club étranger, perde avec au moins deux ou trois buts d'écart. Ce pot-de-vin a été proposé parce que le prévenu souhaitait remporter des mises qu'il avait placées dans des bureaux de paris sportifs.</p> <p><u>Sanction</u> : le prévenu a plaidé coupable et a été condamné à une peine de prison avec sursis.</p>
<p>Droits de diffusion des matchs de football</p>	<p>Trois dirigeants de l'entreprise I ont été condamnés pour détournement de fonds et pour avoir obtenu des faux de façon frauduleuse afin de créer des sociétés écrans et de détourner des fonds de la société mère. Ils avaient versé 87,5 millions d'euros de pots-de-vin à des responsables de fédérations sportives internationales pour obtenir les droits de diffusion de manifestations liées au football. En ce qui concerne les autres faits reprochés, le fond du problème était de déterminer si les paiements réalisés devaient être considérés comme des pots-de-vin. Il ne faisait pas de doute que des paiements avaient été effectués, mais les prévenus ont cherché à les justifier en invoquant des commissions nécessaires. Aucune condamnation n'a été prononcée à l'encontre des responsables des fédérations sportives pour avoir touché des pots-de-vin, bien qu'un rapport d'enquête interne ait révélé par la suite que c'était bien le cas.</p> <p><u>Sanction</u> : inconnue</p>
<p>Maîtrise d'œuvre</p>	<p>Au cours de travaux de reconstruction d'un centre d'entraînement, dans l'exercice de leur mandat de maîtrise d'œuvre, des représentants de la société « RE » ont sollicité auprès de l'entreprise de construction des pots-de-vin de 50 000 euros et de 10 000 euros pour accepter les travaux réalisés « sans complications ». Pour dissimuler le pot-de-vin, ils ont proposé l'intervention d'un intermédiaire, qui aurait accepté de signer un faux contrat avec l'entreprise de construction pour effectuer un travail de consultant. L'entreprise de construction a informé la police de cette proposition.</p> <p><u>Sanction</u> : affaire encore en phase d'instruction</p>
<p>Obtention d'un prêt</p>	<p>DD, directeur d'une banque et président du comité de crédit de cette structure bancaire, a sollicité et reçu un pot-de-vin d'environ 61 000 euros sous la forme d'une Jeep et d'avantages indus de la part de VO, administrateur d'une société, pour que DD aide VO à obtenir frauduleusement plusieurs prêts pour les sociétés qu'ils représentaient, ainsi qu'un prêt personnel pour ce dernier, d'un montant total de 410 000 euros.</p> <p><u>Sanction</u> : peines de prison de 4 ans et 18 mois respectivement et confiscation du montant du pot-de-vin.</p>

<p>Diffusion de médias</p>	<p>Le directeur des programmes d'une chaîne de télévision commerciale a été jugé pour avoir promis que les émissions produites par une entreprise de médias seraient achetées par sa chaîne au prix demandé par cette entreprise et diffusées moyennant le versement d'une somme de 250 à 375 euros par diffusion, en fonction du type d'émission. Le directeur a perçu au total 67 500 euros en pots-de-vin pour la diffusion de ces programmes entre novembre 2004 et décembre 2007.</p> <p><u>Sanction</u> : peine de prison de 8 mois, commuée en travail d'intérêt général, et confiscation du pot-de-vin.</p>
<p>Avis d'expert</p>	<p>Le prévenu, expert automobile, a sollicité pour lui-même de la part du plaignant une récompense de 3 000 euros dans une affaire de responsabilité pénale des personnes morales, en échange de l'établissement d'un rapport d'expert rédigé en sa faveur. Dans son rapport, il devait corroborer l'avis d'expert rendu par une entreprise allemande qui évaluait les dommages causés à un véhicule à 10 000 euros, alors qu'il les évaluait lui-même à un montant situé entre 4 000 et 5 000 euros. Le prévenu a obtenu la récompense demandée ; toutefois, il a été appréhendé par la police au moment où il acceptait cette rétribution.</p> <p><u>Sanction</u> : peine de prison de deux ans avec sursis à purger sous forme de travail d'intérêt général et amende de 2 940 euros.</p>
<p>Éducation</p>	<p>Les parents d'un élève ont donné à un enseignant, dans l'exercice de ses fonctions (contrat de travail à durée indéterminée à temps plein conclu avec l'établissement privé « [...] », au sein duquel il occupait les fonctions de directeur-coordonateur du programme de baccalauréat international), une somme d'argent d'un montant de 10 000 euros par cours, pouvant aller jusqu'à 60 000 euros, pour que celui-ci fournisse à certains de ses élèves, avant la date fixée pour le baccalauréat, les réponses aux épreuves auxquelles ils devaient participer, en violation de ses devoirs.</p> <p><u>Sanction</u> : inconnue</p>



Article 7 – Corruption active dans le secteur privé

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait de promettre d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.

Article 8 – Corruption passive dans le secteur privé

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, dans le cadre d'une activité commerciale, le fait pour toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse, pour elle-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses devoirs.

L'examen des affaires présentées à la lumière des éléments constitutifs des infractions de corruption active et passive dans le secteur privé, définis par les articles 7 et 8 de la Convention, permet de formuler les observations suivantes.

« Toute personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé »

Dans la plupart des affaires analysées, les auteurs semblent relever de la définition d'une personne qui dirige ou travaille pour une entité du secteur privé. Le rapport explicatif de la Convention précise que cette notion recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d'autres types de relations, par exemple la relation entre associés, entre l'avocat et son client, et d'autres encore dans lesquelles il n'y a pas de contrat de travail. Elle peut aussi englober les personnes qui ne travaillent pas pour une entreprise, mais qui peuvent engager sa responsabilité, comme les consultants, les agents commerciaux, etc. La question peut toutefois se poser en ce qui concerne l'expert judiciaire consulté dans l'un des exemples d'affaires cités plus haut. Étant donné son statut de témoin indépendant, peut-on considérer qu'il entretient une relation avec le plaignant – ou avec le tribunal, qui n'est pas une entité du secteur privé ?

Pour ce qui est des entités du secteur privé, le rapport explicatif de la Convention indique que ce terme désigne toutes les entités détenues par des particuliers, même si elles sont dépourvues de la personnalité juridique. Il s'étend donc aux sociétés commerciales, aux écoles privées et aux clubs de football. Dans cette même affaire relative à l'avis rendu par un expert, il n'apparaît pas clairement si le corrupteur a agi à titre individuel ou au nom d'une société, mais ces deux cas entrent dans le champ d'application de la Convention.

« Dans le cadre d'une activité commerciale »

D'après le rapport explicatif de la Convention, le champ d'application des articles 7 et 8 a été délibérément restreint au domaine de l'« activité commerciale », pour « mettre l'accent sur le secteur le plus vulnérable, c'est-à-dire le secteur des affaires et des entreprises ». Dans un certain

nombre de pays, les activités sportives sont considérées comme des « activités à but non lucratif » et sont à ce titre exclues des dispositions relatives à la corruption dans le secteur privé prévues par la Convention, bien que le rapport explicatif ajoute que certains États parties pourraient souhaiter combler cette lacune en appliquant les articles sans les limiter aux activités commerciales – comme plusieurs l’ont déjà fait. Cependant, on peut se demander si le sport professionnel reste une activité à but non lucratif, étant donné les marchés lucratifs (droits TV, sponsors et publicité par exemple) qui l’entourent. Dans les affaires de corruption liée au sport qui ont été présentées, la qualification retenue par les juges était la corruption, en vertu de la législation de chaque État – sauf dans un cas, mais des modifications ont depuis été apportées à la législation relative à la corruption dans le secteur privé. Dans une autre affaire portant sur la désignation d’arbitres de football, les auteurs ont été condamnés pour fraude, car le tribunal n’était pas en mesure d’établir la corruption. Le problème ne résidait toutefois pas dans la restriction relative aux activités commerciales, car la législation pénale de ce pays prévoit des infractions spécifiques pour le trucage de matchs. Il est intéressant de noter qu’un pays a fait état de certains cas de corruption dans le sport qui étaient incriminés par les articles du Code pénal portant sur la corruption dans le secteur privé, qui prévoient une restriction relative à « l’exercice d’une activité économique ».

« En violation de ses devoirs »

Le rapport explicatif de la Convention explique que cette notion « ne vise pas seulement à assurer le respect d’obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu’il n’y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l’employeur ou mandant ». Elle est aussi rattachée à l’idée de « secret », dans la mesure où l’avantage indu est obtenu à l’insu de l’employeur ou mandant et sans avoir reçu son approbation.

Cette restriction peut entraîner des difficultés dans le domaine du sport, car elle nécessiterait de prouver qu’un joueur de football, par exemple, a agi en violation de son devoir de loyauté vis-à-vis de son employeur en ne jouant pas à son niveau pendant un match, à l’insu et sans le consentement de ce dernier. Le cas de deux entraîneurs de football qui arrangeraient un match dans l’intérêt de leurs clubs respectifs serait encore plus problématique. Partant du raisonnement adopté dans le rapport explicatif, on pourrait peut-être faire valoir que cette manipulation constitue une violation de la confiance dans l’équité du sport, mais cette interprétation devrait être confirmée par les tribunaux.

Certains enquêteurs nationaux (voir ci-après) ont fait état de difficultés pour établir l’élément de violation des devoirs, car les descriptions de postes des employés étaient vagues ou inexistantes. De la même façon, il était plus délicat de prouver cette violation pour des personnes occupant des postes de responsabilité, qui avaient un large éventail de tâches et de compétences. Les fonctions de consultant ou d’expert sont également citées comme éventuels vecteurs de paiements indus, car il est très compliqué d’évaluer le service rendu, et donc la violation des devoirs. Cependant, il convient de noter que le rapport explicatif de la Convention adopte une conception très large de la violation des devoirs, qui correspond à un manquement au devoir de loyauté et une trahison de la confiance d’autrui. Exiger une liste précise de tâches ou de responsabilités revient donc à adopter une approche trop formaliste, qui n’est pas nécessaire.

Autres éléments constitutifs des infractions de corruption dans le secteur privé

Les autres éléments constitutifs des infractions de corruption dans le secteur privé établis par les articles 7 et 8 de la Convention – à savoir « le fait de promettre d’offrir ou de donner » (corruption active), le fait « de solliciter ou de recevoir », « accepter l’offre ou la promesse » (corruption passive), « tout avantage indu », « directement ou indirectement », « pour elle-même ou pour quelqu’un d’autre », « qu’elle accomplisse ou s’abstienne d’accomplir », « commis intentionnellement » – s’appliquent également aux infractions de corruption dans le secteur public et n’appellent pas de commentaires particuliers.

Enquêtes

Les enquêteurs des pays qui ont présenté des affaires ont transmis les réponses suivantes :

- ◆ Alors que la corruption des agents publics est considérée comme inacceptable par la société, celle-ci adopte une attitude moins rigoureuse à l'égard de la corruption dans le secteur privé. Les signalements à la police sont donc moins nombreux, ce qui complique la collecte d'éléments de preuve.
- ◆ Les difficultés rencontrées dans les enquêtes sur des faits de corruption dans le secteur privé sont essentiellement d'ordre pratique. Les cas de corruption dans le secteur privé sont assez rarement signalés et les entités du secteur privé traitent généralement ces problèmes comme des « affaires internes ». Les acteurs impliqués dans des systèmes de corruption n'ont souvent pas intérêt à les faire connaître, car ils en bénéficient. Au sein des entreprises privées, les décideurs craignent qu'un signalement ait des retombées négatives sur leur activité. Les employés évitent également de rendre compte de ces pratiques par peur de perdre leur emploi ou d'être montrés du doigt.
- ◆ Des sociétés offshore ou étrangères sont souvent utilisées pour dissimuler des activités de corruption, ce qui pose une difficulté supplémentaire. Ces pratiques facilitent la manipulation des documents et prolongent ou entravent les enquêtes, car les informations doivent être recueillies au moyen d'un processus d'entraide judiciaire auprès de pays qui refusent parfois de coopérer.
- ◆ L'élément de « violation des devoirs » est le plus difficile à établir, étant donné le large éventail de compétences dont disposent les personnes habilitées ou l'absence de descriptions de poste précises indiquant clairement les attributions des employés. Par ailleurs, il est difficile d'établir avec certitude un lien entre un pot-de-vin et un comportement suspect.
- ◆ En ce qui concerne la corruption dans le sport à l'échelon international, la coopération avec des organisations internationales comme la FIFA ou l'UEFA s'est avérée utile pour enquêter sur les cas fréquents de paris illégaux organisés par voie électronique par l'intermédiaire de pays tiers non européens.

Conclusions

- ◆ Le présent rapport de synthèse ne rend compte que partiellement de la situation relative à la corruption dans le secteur privé au sein des États membres du GRECO. Un nombre limité de pays ont répondu au questionnaire et certains ont indiqué que les statistiques dont ils disposaient ne permettaient pas d'identifier les cas de corruption dans le secteur privé. Par hypothèse, toutes les affaires présentées sont le fruit d'une enquête et d'une procédure judiciaire ayant abouti. Il serait intéressant d'examiner la proportion d'affaires de corruption dans le secteur privé qui ont été résolues par rapport à celles qui ne l'ont pas été et d'observer s'il y a une différence significative avec les chiffres des affaires de corruption dans le secteur public. Il serait également utile d'examiner la situation dans les pays qui n'ont pas

répondu au questionnaire. Une autre problématique émergente dans ce domaine concerne les outils de prévention de ce que l'on appelle les programmes de conformité pour les entités privées ; deux problèmes se posent en parallèle à cet égard : 1. le rôle effectif qu'ils jouent en réalité (évaluation de l'impact) en tant qu'instruments de prévention de la corruption ; 2. les garanties existantes, dans les différents systèmes juridiques, pour veiller à ce qu'ils ne soient pas utilisés par les auteurs comme un moyen de défense destiné à les exonérer de leur responsabilité.

- ◆ Tous les États qui ont répondu déclarent recevoir moins de signalements de cas de corruption dans le secteur privé que dans le secteur public, essentiellement en raison (i) d'une attitude différente de la société vis-à-vis de la corruption dans le secteur privé, qui est considérée comme « moins grave » et (ii) de l'intérêt commercial restreint ou inexistant qu'il y a pour les entités du secteur privé à faire état de cas de corruption dans le secteur privé.
- ◆ Au nombre des difficultés résultant du cadre juridique, on peut citer les suivantes :
 - absence d'obligation légale de signaler les faits de corruption dans le secteur privé (contrairement à la corruption dans le secteur public), lacunes dans la protection des lanceurs d'alerte ;
 - utilisation abusive de personnes morales et recours à des États étrangers avec lesquels l'entraide judiciaire peut s'avérer difficile, voire impossible ;
 - difficulté pour établir avec certitude certains éléments constitutifs de l'infraction de corruption dans le secteur privé prévus par la Convention, notamment les suivants :
 - ◆ La notion de « violation de ses devoirs ». Il convient de noter à cet égard que certaines des difficultés signalées – descriptions de postes vagues ou absentes – semblent provenir d'une conception formaliste de la notion de violation des devoirs. Cette conception n'est pas partagée par le rapport explicatif de la Convention, qui invoque une interprétation plus large, qui correspond à un manquement au devoir de loyauté et une trahison de la confiance d'autrui. Cependant, même cette notion plus générale est parfois difficile à établir, car elle nécessite de pouvoir évaluer d'une certaine façon ce que le devoir de loyauté et de respect de la confiance d'autrui implique, afin de déterminer si l'auteur s'est délibérément rendu coupable d'une sous-performance ou d'une action contraires à ce devoir de loyauté ;
 - ◆ Certaines juridictions ont considéré que l'élément d'« activité commerciale » ne s'appliquait pas aux domaines à but non lucratif, comme le sport. Certains des pays qui ont signalé des cas de corruption dans le domaine du sport se sont appuyés sur une infraction spécifique, comme le trucage de matchs. Toutefois, certaines affaires ont aussi donné lieu à une condamnation dans des pays où les dispositions du Code pénal prévoient une limitation aux « activités économiques » qui est similaire à celle qui figure dans la Convention.

