



Identification et quantification des profits de la corruption

Une analyse OCDE-StAR



Identification et quantification des profits de la corruption

Une analyse OCDE-StAR



Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres, ni les vues du Conseil des administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement / La Banque mondiale ou des pays que ceux-ci représentent.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE/La Banque mondiale (2011), *Identification et quantification des profits de la corruption : Une analyse OCDE-StAR*, Éditions OCDE.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264121201-fr>

ISBN 978-92-64-12313-7 (imprimé)

ISBN 978-92-64-12120-1 (PDF)

Crédits photo : Couverture © Fotolia.com/gunnar3000, © Getty images/James Lauritz.

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur : www.oecd.org/editions/corrigenda.

© OCDE et Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale 2011

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

Avant-propos

La confiscation et le recouvrement des produits de la corruption sont deux piliers du cadre international de lutte contre la corruption. Les deux grandes normes juridiques internationales à cet égard sont la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la « Convention anti-corruption de l'OCDE ») et la Convention des Nations Unies contre la corruption qui est entrée en vigueur en 2005.

L'étude, qui met l'accent sur les mesures permettant d'identifier et de quantifier les produits de la corruption active, a été menée conjointement par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans les transactions commerciales internationales (le « Groupe de travail ») et l'Initiative StAR (« Stolen Assets Recovery », recouvrement d'avoirs volés), un partenariat entre la Banque mondiale et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD), afin d'appuyer les efforts déployés par les pays pour confisquer les produits de la corruption active ainsi qu'il est prescrit aux parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE et la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le texte définitif, approuvé à l'issue d'un processus d'examen mutuel mis en œuvre dans le cadre l'initiative StAR, a été examiné et adopté officiellement par le Groupe de travail de l'OCDE le 23 juin 2011.

Les professionnels, les parlementaires et les responsables de l'action publique trouveront dans cette étude des informations pratiques sur les problèmes techniques soulevés par l'identification et le recouvrement des produits de la corruption active. Elle contient en effet des exemples illustrant la manière dont des produits ont pu être repérés et quantifiés dans différents pays ou territoires ; la plupart des exemples utilisés proviennent d'affaires qui se sont réellement produites.

Remerciements

L'OCDE et l'Initiative StAR aimeraient remercier tout particulièrement les auteurs du présent rapport : M. Jean-Pierre Brun (Expert principal en questions financières, Unité de l'intégrité des marchés financiers, Banque mondiale), Mme France Chain (Analyste principale anti-corruption, Division de lutte contre la corruption, OCDE) Mme Jeanne Hauch (Enquêteur principal, Banque mondiale), M. William Loo (Analyste juridique principal, Division de lutte contre la corruption, OCDE), et M. Timothy Steele (Expert principal en gouvernance, Stolen Asset Recovery Initiative, ONUDC).

Les auteurs ont bénéficié d'un grand nombre de commentaires éclairants tout au long du processus d'examen mutuel, qui a été présidé par M. Jean Pesme (Coordinateur StAR). L'équipe d'examen mutuel était composée de : Mme Yara Esquivel (Banque mondiale, Service de déontologie professionnelle (INT)), M. Agustin Flah (Département juridique, Banque mondiale), Me Dorothee Gottwald (ONUDC), M. Charlie Monteith (White and Case), M. Patrick Moulette (OCDE), M. Panagiotis Papadimitriou (ONUDC), Mme Tracy Price (US-SEC) et Mme Susan Rose-Ackerman (Etats-Unis, Yale Law School).

Une réunion d'experts a été organisée à Paris en octobre 2010 dans le cadre du processus de rédaction et de consultation. Les professionnels présents ont apporté leur expérience en matière d'identification et de quantification des produits de la corruption dans des affaires impliquant des cas de confiscation pénale ou de confiscation sans condamnation pénale, et des actions civiles dans des pays ou territoires de droit civil ou de « common law », dans des pays développés aussi bien que dans des pays en développement. Ont participé à cette réunion M. Adam Basny (République tchèque), M. Troy Beatty (États-Unis) Mme Fabienne Borde (France), M. Philippe Bourion (France), M. Shantanu Consul (Inde), M. Chris Costa (Royaume-Uni), Mme Claire Daams (Suisse), M. Flemming Denker (Danemark), M. Angel De la Guardia (Mexique), M. Alexander Dorrbecker (Allemagne), M. Charles Durross (États-Unis), M. Balazs Garamvolgyi (Hongrie), Mme Dorothee Gottwald (ONUDC), M. V.K. Gupta (Inde), Mme Kathleen Hamann (États-Unis), M. Marc Harpes (Luxembourg),

M. Umar Haryono (Indonésie), Mme Nuria Homfeld (Allemagne), M. Tomas Hudecek (République tchèque), M. Guillermo Jorge (Argentine), M. Alf Johansson (Suède), M. John Kelley (États-Unis), M. Andrew Maclay (Royaume-Uni), M. Peter Maher (Royaume-Uni), Mme Erin McCartney (États-Unis), Mme Adriana Zawada Melo (Brésil), M. Olaf Meyer (Allemagne), M. Charlie Monteith (Royaume-Uni), M. Charles Moynot (France), M. Anatomi Muliawan (Indonésie), Mr. Gerhard Nel (Afrique du Sud), Mme Juanita Olaya (International Centre for Asset Recovery, ICAR), Mme Tracy Price (États-Unis), Mme Cristina Ribeiro (Portugal), Mme Cheryl Scarboro (Présidente de la réunion, États-Unis), M. Muhammad Sigit (Indonésie), M. Jonathan Tadmor (Israël), M. Tanvir Tehal (Royaume-Uni), M. George Voulgaris (Grèce), Mme Tugce Yuksel (Turquie) et M. Fausto Zuccarelli (Italie).

Table des matières

Préface	9
Introduction	11
Notes	14
Chapitre 1. Le dispositif juridique applicable au traitement des produits de la corruption active	17
A. Vue d'ensemble des sanctions ou mesures compensatrices permettant de confisquer ou de recouvrer les produits de l'infraction	18
1. La Confiscation	18
a. La confiscation de biens : évaluation des produits directs ou indirects	20
b. La confiscation en valeur : évaluation de la valeur équivalente à celle des produits.....	21
c. Modèles des produits/ avantages nets ou bruts ou des produits supplémentaires	22
2. La restitution des bénéfiques	22
3. Les amendes fondées sur la valeur de l'avantage	23
4. La réparation du préjudice et actions au civil	24
5. La restitution contractuelle	24
B. Les difficultés liées à l'interaction des sanctions et des mesures compensatrices	25
1. Interactions entre confiscation, restitution et amendes	26
2. Interactions entre confiscation et réparation du préjudice	27
3. Interactions entre confiscation et restitution contractuelle	28
4. Interactions avec les mesures correctrices appliquées par un pays étranger ou par plusieurs pays	29
Notes	30
Chapitre 2. Identification et quantification des produits	33
A. Les contrats.....	33
1. Identification et quantification des produits aux fins de la confiscation et de la restitution	34
a. La méthode dite des « recettes brutes »	34
b. La méthode dite des « produits nets » (ou encore des « recettes nettes » ou « bénéfiques nets »)	35

c.	La méthode dite du « bénéfice additionnel » – Que ce serait-il passé si le pot-de-vin n'avait pas été versé ?	37
2.	Identification et quantification pour les demandes de réparation du préjudice.....	38
3.	Quantification pour les demandes de restitution contractuelle	40
B.	Autorisations d'exercice, permis ou licences d'exploitation	42
C.	Dépenses économisées ou pertes évitées	43
D.	Accélération des délais	45
E.	Produits retirés dans des affaires impliquant des contrôles internes insuffisants et peu rigoureux ou des livres de comptes et documents comptables incomplets ..	46
F.	Ajustements et autres facteurs à prendre en compte dans le calcul des produits	46
	Notes	51
Chapitre 3.	Synthèses des différentes affaires	53
1.	Contrats	53
	Affaire dite de la vente de biens ou services (États-Unis)	53
	Affaire du contrat fondé sur le volume (États-Unis)	54
	Affaire Weir (Royaume-Uni)	55
	L'affaire du Contrat A de Selby and Ashurst (Royaume-Uni)	56
	Affaire des turbines de puissance Siemens (Allemagne).....	57
	Affaire Siemens Telecom et autres secteurs (Allemagne).....	59
	Affaire du matériel médical (Suisse).....	61
	Affaires des contrats et autres avantages (États-Unis).....	62
	L'affaire Fyffes Group et autres contre Templeman, Seatrade et autres (Royaume-Uni).....	63
	Affaire Gore NO contre le ministre des Finances et autres (Afrique du Sud).....	65
	Affaire S.T. Grand, Inc. contre la ville de New York (État de New York)	67
	Cameroon Airlines contre Transnet Limited (Cour internationale d'arbitrage)	68
2.	Autorisation d'exercice, permis ou licences d'exploitation.....	69
	Affaire Willi Betz (Allemagne).....	69
	Réparation du préjudice dans l'affaire in Re Surya Dumai Group (Indonésie).....	71
	Affaire des coûts économisés et des pertes évitées (États-Unis)	71
3.	Coûts économisés et pertes évitées.....	72
	Affaire des coûts économisés et des pertes évitées (États-Unis)	72
	Affaire du produit plus performant (États-Unis)	73
	Affaire de l'évasion fiscale (États-Unis)	74
	Affaire des dépenses économisées et des contrôles à l'importation évités (États-Unis)	74
4.	Accélération des délais	75
	Affaire de l'accélération des délais (États-Unis)	75
5.	Violations des dispositions relatives aux contrôles internes et aux livres de comptes et documents comptables	76
	Affaire des livres de comptes et documents comptables (États-Unis).....	76
Conclusion.....	77

Préface

par

Richard Boucher
Secrétaire général adjoint
OCDE

John B. Sandage
Directeur de la Division des traités
Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
ONUDC

Janamitra Devan
Vice-président et Chef de réseau, Développement du secteur financier et du secteur privé
Banque mondiale et Société financière internationale

La lutte contre la corruption a pris une dimension véritablement mondiale. De fait, une grande majorité des gouvernements du monde se sont engagés à incriminer toute action consistant à offrir, promettre ou verser des pots-de-vin, ainsi qu'à faciliter la confiscation et le recouvrement des produits de la corruption. Cet engagement a été matérialisé par la ratification de la Convention des Nations Unies contre la corruption ou de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Pourtant, malgré les progrès en cours, il reste encore beaucoup à faire pour que ces conventions soient effectivement mises en œuvre. Afin de faciliter les efforts déployés par les pays, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et, dans le cadre de l'Initiative StAR (« Stolen Assets Recovery », recouvrement d'avoirs volés), la Banque mondiale et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) se sont associés pour réaliser une étude portant sur l'identification et la quantification des produits de la corruption active. Quantifier ces produits est en effet l'un des problèmes les plus épineux soulevés par les affaires de corruption. L'étude explique comment quantifier

les produits illicites et les avoirs volés de façon à pouvoir les confisquer ou les recouvrer, et est illustrée d'exemples pratiques tirés de l'expérience concrète.

Si l'on trouve déjà de nombreux exemples de confiscation, par les tribunaux, des produits perçus par des agents publics corrompus, cette étude s'intéresse également à la confiscation et au recouvrement des avantages obtenus par ceux qui versent les pots-de-vin. Le message contenu dans l'étude est clair : les pays ne doivent pas avoir peur de chercher à confisquer ou à recouvrer les produits de la corruption active simplement parce que ces derniers seraient difficiles à quantifier. En décrivant et en explicitant les méthodes utilisées dans différents systèmes juridiques, l'étude montre qu'une telle quantification est possible, et de fait, des spécialistes y sont déjà parvenus.

Dans certains pays ou territoires, des professionnels sont désormais en mesure, en s'appuyant de manière idoine sur des principes juridiques et des pratiques ayant cours, d'appliquer des méthodes fiables pour quantifier, confisquer et recouvrer des produits de la corruption active. Par ailleurs, pour les pays ou territoires souhaitant mettre en place un nouveau cadre juridique, les méthodes décrites dans la typologie peuvent servir de point de départ au législateur, aux responsables de l'action publique ou aux spécialistes chargés de concevoir des pratiques adaptées à leur contexte national. De plus, les méthodes utilisées et les études de cas présentées dans l'étude peuvent servir de supports pour former les professionnels concernés aux différentes méthodes de quantification.

Nous espérons que cette étude, qui contient des conseils pratiques fondés sur des exemples réels, constituera un outil utile et efficace permettant de renforcer la mise en œuvre des différentes législations de lutte contre la corruption en vigueur dans les différents pays.



Richard Boucher
OCDE



John B. Sandage
ONU DC



Janamitra Devan
Banque mondiale et
Société financière
internationale

Introduction

La présente étude est consacrée à l'identification et à la quantification des produits de la corruption active¹ dans les transactions commerciales internationales. Les organisations publiques comme les organisations privées reconnaissent depuis longtemps que la corruption d'agents publics est préjudiciable à une bonne gouvernance, au développement économique et aux conditions de concurrence. La confiscation et le recouvrement des produits² de la corruption transnationale sont des éléments essentiels du dispositif international de lutte contre la corruption d'agents publics.

Dès 1997, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Convention anticorruption) impose l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (corruption transnationale). À l'heure actuelle, les 38 États parties³ à la Convention se sont engagés à poursuivre et à sanctionner les personnes physiques ou morales se livrant à cette pratique. La Convention leur impose d'appliquer des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives et prescrit en outre la confiscation des produits de la corruption transnationale.

En 2005, la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) est entrée en vigueur ; ce texte impose aux États qui y sont Parties d'incriminer la corruption nationale et transnationale et de définir des lignes directrices instructions sur les sanctions et les mesures répressives, que sont notamment la confiscation des produits de l'infraction, la restitution des bénéfices, le recouvrement direct de biens et la réparation du préjudice. Au moment de la rédaction du présent rapport, 150 pays étaient Parties à la CNUCC.

L'identification et la détermination de la valeur monétaire des produits de la corruption sont essentielles pour assurer que les sanctions sont suffisamment proportionnées, dissuasives et efficaces, comme l'exige l'article 3 de la Convention anticorruption. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, la confiscation ou le recouvrement des produits de la corruption,

comme le prévoit la CNUCC, peut ne pas être possible lorsque les enquêteurs ou les procureurs sont dans l'incapacité de les quantifier.

À ce jour, les différents pays ont acquis une certaine expérience en matière d'identification et de quantification du montant du pot-de-vin – les produits de la corruption passive –, son équivalent financier, voire les produits indirects que l'agent public corrompu en retire. Généralement, les pots-de-vin peuvent être confisqués en tant que produits de l'infraction, restitués en tant que bénéfices illicites ou recouverts dans le cadre d'une action au civil. Certains exemples montrent que ces mesures ont pu toucher de très hauts fonctionnaires, qui ont été dépossédés des produits tirés des pots-de-vin qu'ils avaient acceptés au fil des ans et ces produits ont été, dans certains cas, rapatriés dans leur pays d'origine. De plus, le recouvrement des avoirs volés a aussi largement suscité l'attention des milieux universitaires, des groupes de réflexion et autres organisations non gouvernementales, ainsi que des médias. Dans le cadre de leur Initiative conjointe pour le recouvrement des avoirs volés (StAR)⁴, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et la Banque mondiale ont élaboré un Manuel sur le recouvrement des avoirs à l'intention des représentants des autorités répressives, pour les aider à surmonter les difficultés stratégiques, organisationnelles, liées aux enquêtes ou encore d'ordre juridiques qui se posent à eux dans ce domaine⁵.

Il reste encore beaucoup à faire pour venir à bout de la corruption active. Les produits qu'en retire le corrupteur (très souvent une entreprise se livrant à cette pratique dans le contexte du commerce international) représentent souvent de nombreuses fois le montant du pot-de-vin versé. Hormis dans la poignée de pays où de nombreuses affaires ont été jugées, un petit nombre de tribunaux seulement ont eu l'occasion de statuer sur ces questions. Certains pays ne sont toujours pas dotés d'une législation relative à la confiscation des produits de la corruption active, estimant trop compliqués tous les calculs auxquels il faudrait procéder à cette fin⁶. D'autres pays peuvent être dotés d'une telle législation, mais sans l'avoir mise en œuvre dans la pratique. Ces situations permettent à bon nombre d'entreprises ayant commis une infraction de rester impunies et de ne pas avoir à restituer les biens mal acquis.

Cette absence de pratique peut notamment s'expliquer par le fait que les produits de la corruption active proviennent d'une activité ou d'un marché légitime (contrat, autorisation d'exercice) remporté illégalement en versant un pot-de-vin et non d'une activité totalement illégale comme le trafic de stupéfiants ou d'êtres humains. De plus, il est difficile de définir ce qui constitue le produit de l'infraction quand une entreprise se livre à des actes de corruption dans le cadre d'une transaction donnée mais que le reste de son activité est légitime. Le cas échéant, les autorités répressives qui

souhaitent confisquer les produits de la corruption doivent déterminer avec soin quel avantage précis l'entreprise a retiré du versement du pot-de-vin.

En mars 2010, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption⁷ et l'Initiative StAR ont décidé que, compte tenu de l'importance de l'effet dissuasif de la confiscation dans la lutte contre la corruption transnationale et des difficultés que pose le processus de recouvrement des avoirs, il était nécessaire d'acquérir des connaissances plus approfondies en matière d'identification et de quantification des produits de la corruption active (transnationale). Par conséquent, en octobre 2010, une réunion a été organisée avec divers experts d'États parties ou non à la Convention anticorruption de l'OCDE, ayant de l'expérience en matière d'enquêtes et de poursuites dans les affaires de corruption transnationale et ayant déjà traité le problème de la confiscation et du recouvrement des avoirs.

Le présent rapport prend comme point de départ les discussions qui ont eu lieu lors de cette réunion pour les développer et étudie la thématique retenue en s'appuyant sur les analyses complémentaires menées par l'OCDE et l'Initiative StAR. Il s'inspire de certains passages du Manuel sur le recouvrement des avoirs en s'intéressant plus particulièrement au recouvrement des avoirs provenant de la corruption active⁸.

De par sa conception, cette étude n'aborde pas les aspects dissuasifs et punitifs des régimes juridiques qu'elle décrit. Il est certes important de se demander si les amendes ou les réparations sont assez lourdes pour décourager la commission d'actes de corruption mais cela ne relève pas de ce rapport technique consacré à la quantification de la corruption.

La présente étude ne traite pas non plus en détail des problèmes que pose l'identification des victimes de la corruption. Dans certains pays, seul l'État peut être considéré comme la victime de cette infraction. Dans d'autres, des concurrents d'une entreprise ayant remporté un marché, des particuliers ou des organisations de la société civile peuvent être, selon les cas, considérés comme des victimes. Compte tenu de la diversité des approches adoptées, cette question dépasse le champ d'une analyse technique. Les chapitres qui suivent donnent donc aux praticiens et aux responsables de l'action publique un premier aperçu des différentes manières de traiter les problèmes techniques posés par l'identification et la quantification des produits de la corruption active.

Le Chapitre 1 présente les différents dispositifs juridiques applicables dans le monde au traitement des produits de la corruption active et énumère les mesures correctrices prévues par la loi dans divers pays, ainsi que les modes d'interaction éventuels entre ces mesures. Le Chapitre 2 définit les cinq grandes catégories de produits de la corruption et en analyse les modes de quantification. Différents exemples provenant des pays utilisant ces

méthodes, ainsi que des commentaires sur les difficultés pratiques inhérentes au calcul des produits, viennent illustrer chaque dispositif présenté. Enfin, le Chapitre 3 propose une compilation de synthèses des différentes affaires afin d'illustrer les principes qui ont été traités dans les chapitres précédents.

Notes

1. La corruption active est l'infraction pénale consistant à payer, offrir ou promettre un pot-de-vin ou un avantage indu à un agent public. La corruption passive est l'infraction commise par la personne qui reçoit ou accepte le pot-de-vin ou l'avantage indu.
2. Dans la présente étude, le terme « produits » est généralement utilisé comme terme générique pour désigner les bénéfices ou avantages ayant une valeur monétaire, perçus par le corrupteur en contrepartie du versement ou de la promesse de versement d'un pot-de-vin ou d'un avantage indu à un agent public.
3. Au moment de la rédaction du présent rapport, la Fédération de Russie était sur le point d'adhérer à la Convention pour en devenir prochainement le 39^e État Partie.
4. L'Initiative StAR est une initiative conjointe de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (qui supervise la CNUCC) et de la Banque mondiale visant à s'attaquer au problème du vol des avoirs publics et de leur rapatriement. Pour de plus amples informations, voir *StAR Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*.
5. Le Manuel sur le recouvrement des avoirs [*Assets Recovery Handbook*] (anglais seulement) peut être téléchargé à l'adresse suivante : www1.worldbank.org/publicsector/star_site/documents/arhandbook/ar_handbook_final.pdf.
6. Par exemple, comme l'a noté le Rapport d'examen de Phase 2 de 2005 consacré au Japon (paragraphe 39), les textes législatifs japonais de référence prévoyaient la possibilité de confisquer le pot-de-vin, mais non les produits de la corruption active transnationale car les autorités estimaient trop difficile d'identifier ces produits à cette fin. La législation promulguée depuis ne prévoit toujours pas expressément la confiscation des produits indirects de la corruption active (Initiative BAD/OCDE de lutte contre la corruption dans la région Asie/Pacifique (2010), *The Criminalisation of Corruption in Asia and the Pacific*, p. 252) (anglais seulement).

7. Le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption, composé des 38 pays Parties à la Convention anticorruption et de la Russie (qui devrait y adhérer prochainement), surveille de près la mise en œuvre de la Convention à travers son processus d'examen par les pairs. Pour de plus amples informations, suivre le lien : www.OCDE.org/corruption.
8. Le présent rapport typologique est le produit commun de l'Initiative StAR et du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption. Les membres du Groupe de travail ont été consultés et ont fourni des informations à l'équipe chargée de préparer ce document. Cela étant, ce rapport s'appuie aussi sur de nombreuses sources publiques. Hormis celles qui sont déjà dans le domaine public, aucune des informations qu'il contient n'est réputée représenter la position officielle d'un quelconque pays.

Chapitre 1

Le dispositif juridique applicable au traitement des produits de la corruption active

L'article 3 de la Convention de l'OCDE dispose que la « corruption d'un agent public étranger doit être passible de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives ». Chaque partie doit en outre prendre « les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et *les produits de la corruption* d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues ». Le commentaire 21 de la Convention anticorruption définit les produits de la corruption comme « les profits ou autres bénéfices que le corrupteur retire de la transaction ou tout autre avantage indu obtenu ou conservé au moyen de l'acte de corruption »¹.

L'article 30 de la CNUCC prévoit que « Chaque Partie rend la commission d'une infraction établie conformément à la présente Convention passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction ». L'article 31 de la CNUCC impose à chaque Partie « de prendre, dans toute la mesure possible dans le cadre de son dispositif juridique interne, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation : (a) Du produit du crime provenant d'infractions établies conformément à la présente Convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit et (b) Des biens, matériels ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies conformément à la présente Convention »².

Ce chapitre entend donner une vue d'ensemble des mesures correctrices applicables dans les différents systèmes juridiques afin de confisquer ou de recouvrer les produits de la corruption dans les transactions commerciales internationales.

A. Vue d'ensemble des sanctions ou mesures compensatrices permettant de confisquer ou de recouvrer les produits de l'infraction

Dans le contexte des affaires de corruption, il existe diverses sanctions ou mesures compensatrices pénales et civiles. Les principales d'entre elles sont la confiscation des produits de l'infraction, la restitution des bénéfices illicites, l'application d'amendes fondées sur la valeur de l'avantage retiré, les injonctions de réparation du préjudice, la restitution contractuelle ou une combinaison quelconque de ces mesures. Chacune d'entre elles sera abordée ci-dessous. Cela étant, les autorités compétentes ou les tribunaux tenus de priver des personnes physiques ou morales d'avoirs qu'elles ont obtenues en corrompant des agents publics sont confrontés à des problèmes d'identification et de quantification des produits tirés d'actes de corruption.

Le recours aux instruments juridiques analysés ci-après est grandement facilité quand les produits de la corruption active peuvent être recouverts auprès d'une personne morale. Dans de nombreux cas de corruption active, les personnes morales en sont les principales bénéficiaires, surtout lorsque l'infraction est commise dans le cadre d'une transaction commerciale internationale. Les personnes morales possèdent en outre généralement des ressources plus importantes leur permettant de payer des amendes. Comme le montre l'analyse ci-après, le recouvrement d'avoirs auprès de personnes physiques ou morales peut s'effectuer par voie de procédure pénale, civile ou administrative, selon le dispositif juridique applicable.

Les sous-sections 1, 2 et 3 qui suivent, consacrées à la confiscation, à la restitution et aux amendes fondées sur les avantages obtenus, traitent des mesures correctrices demandées par les autorités répressives. Les sous-sections 4 et 5 relatives à la réparation du préjudice et à la restitution contractuelle sont consacrées aux mesures correctrices sollicitées par ou au nom des parties lésées par l'acte de corruption.

1. La Confiscation

La confiscation désigne la privation permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. Elle est appelée « dépossession » dans certains pays. La confiscation des produits de la corruption (ou de toute infraction) peut être prononcée, que la partie lésée (y compris l'État dont l'agent public corrompu est ressortissant, des concurrents, des clients, etc.) ait ou non subi une perte ou tout autre préjudice.

Il existe trois grandes sortes de confiscation : (1) la confiscation pénale, (2) la confiscation sans condamnation pénale et la (3) confiscation administrative.

1. La confiscation pénale nécessite une condamnation pénale prononcée dans le cadre d'un procès ou d'une reconnaissance de culpabilité, établissant la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ou suffisant à susciter l'« intime conviction » du juge ou du jury. Une fois le prévenu condamné, le tribunal peut prononcer une déclaration définitive de confiscation, généralement dans le cadre de la peine imposée. Dans certains pays, la loi rend la confiscation obligatoire tandis que dans d'autres, le tribunal (ou le jury) est libre de prononcer ou non une ordonnance de confiscation.
2. La confiscation sans condamnation pénale, parfois appelée « confiscation *in rem* », « confiscation objective » ou « *extinción de dominio* » selon les pays, ne nécessite pas, par définition, de condamnation pénale. Elle permet donc la confiscation d'avoirs sur décision de justice sans qu'une condamnation ne soit nécessaire. S'agissant généralement d'une confiscation de biens visant donc l'avoir proprement dit et non la personne qui est en sa possession ou en a la propriété, elle nécessite généralement d'établir la preuve que l'avoir concerné constitue le produit, ou un instrument, de l'infraction.
3. La confiscation administrative s'effectue sans qu'une condamnation ni même une décision de justice ne soient nécessaires. Ainsi, au Royaume-Uni, la *Financial Services Authority* (FSA) peut imposer des sanctions administratives³ qui peuvent aller de 0 % à 10 % des recettes brutes⁴. Un plafond peut avoir été fixé pour les montants susceptibles d'être recouverts par voie de confiscation administrative⁵.

Une décision ou déclaration de confiscation peut porter soit : (1) sur une confiscation de biens (et désigner l'avoir monétaire, corporel ou incorporel concerné), soit (2) sur une confiscation en valeur (et désigner une somme d'argent détenue par une personne donnée). La confiscation pénale peut appartenir à ces deux catégories alors que la confiscation sans condamnation pénale relève presque exclusivement d'un système de confiscation de biens⁶. Certains pays ont recours aux deux systèmes, autorisant la confiscation d'avoirs identifiés mais aussi le fait qu'une décision de justice puisse être satisfaite par la confiscation des avoirs légitimes d'une personne donnée. En général, la confiscation de biens repose sur les avoirs ou instruments précisément et effectivement liés à l'infraction alors que la confiscation en valeur vise à atteindre un volume monétairement quantifié des avantages

retirés, comme les bénéfices, services ou tout autre avantage provenant de l'infraction.

a. La confiscation de biens : évaluation des produits directs ou indirects

Aux termes de la Convention anticorruption, les produits de la corruption sont « les profits ou autres bénéfices que le corrompé retire de la transaction ou tout autre avantage indu obtenu ou conservé au moyen de l'acte de corruption »⁷. De ce fait, les pays signataires sont tenus de confisquer les bénéfices ou avantages retirés de la transaction ayant impliqué le versement d'un pot-de-vin à un agent public étranger⁸. De même, aux termes de l'article 2 de la CNUCC, on entend par « produits du crime », et notamment de la corruption, « tout bien provenant directement ou indirectement de la commission de l'infraction ». Le même article dispose qu'on entend par « biens » tout type d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs ».

Dans de nombreux pays, les produits sont définis comme toute chose de valeur, tangible ou intangible, directement ou indirectement retirée de l'infraction. Outre les « produits directs » provenant directement du versement du pot-de-vin, les « produits indirects » peuvent généralement inclure les services ou avantages provenant indirectement de l'infraction ou de l'appréciation de la valeur des produits directs. Par exemple, si une entreprise corrompt un agent public pour remporter un marché et que les produits directs qu'elle retire du marché en question s'élèvent 5 millions USD, les produits indirects seraient alors de 500 000 USD si l'entreprise investit ce montant pendant un an en percevant 10 % d'intérêts simples à ce titre. Au nombre des autres exemples de produits indirects, on peut citer l'appréciation de la valeur d'une entreprise qui s'est vue adjudger un marché lucratif ou la valeur d'autres marchés obtenus « par suite » du marché d'origine.

Le champ d'application du terme « produits directs ou indirects » dépend de la législation applicable dans chaque pays. Dans certains pays, les autorités et les tribunaux peuvent estimer que toutes les recettes ou bénéfices perçus dans le cadre d'une transaction entachée de corruption doivent être confisqués. Dans d'autres, certains de ces bénéfices peuvent ne pas être suffisamment liés à l'infraction. En outre, ce qu'un pays considère comme des produits directs pourra passer pour des produits indirects dans un autre. Toutes ces différences et nuances ont des répercussions sur le mode

d'identification et de quantification des produits par les tribunaux ou les autres autorités compétentes.

b. La confiscation en valeur : évaluation de la valeur équivalente à celle des produits

Aux termes de la Convention anticorruption de l'OCDE, les Parties doivent être en mesure de confisquer les produits de la corruption « ou les avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits. » L'article 31 (4), (5) et (6) rend obligatoire la confiscation en valeur par les Parties. Ce système suppose de calculer la valeur monétaire des avantages provenant de l'acte délictueux puis d'imposer une sanction pécuniaire d'une valeur équivalente. Contrairement à un système de confiscation de biens dans lequel seuls les avoirs entachés de corruption peuvent être saisis et confisqués, dans un système de confiscation en valeur, la valeur équivalente à celle d'avoirs non entachés de corruption peut être confisquée. Dans ce système, on procède à une évaluation et à une quantification du montant des avantages que le prévenu a tirés de l'infraction, notamment de la majoration de leur valeur provenant d'une appréciation des avoirs concernés. Lorsqu'il prononce la peine, le tribunal impose au prévenu une responsabilité égale à cet avantage. Ce jugement peut être mis à exécution sous la forme de dette ou d'amende résultant d'une décision de justice qui est imputable à tout avoir du prévenu.

Comme il n'est pas nécessaire d'établir un lien entre certains avoirs particuliers et l'infraction commise, il est souvent plus facile d'obtenir une décision de confiscation dans un système de confiscation en valeur que dans un système de confiscation de biens. Cela étant, les avantages obtenus doivent être liés à l'infraction fondant la condamnation du prévenu, ce qui peut poser un problème lorsque le procureur n'engage de poursuites ou ne les fait aboutir que pour une partie des infractions commises. De plus, les avoirs se limitent à ceux dont le prévenu est propriétaire, même si ce problème est souvent résolu en procédant par présomption et en appliquant une définition large de la notion de « propriété » afin d'y inclure les avoirs détenus, contrôlés ou octroyés par le prévenu.

Le terme « avantages » s'entend généralement au sens large afin d'inclure les avantages, pécuniaires ou non, reçus par le prévenu (ou par un tiers sur instruction du prévenu) directement ou indirectement par suite de l'infraction. Les avantages ne se limitent généralement pas aux gratifications d'ordre financier⁹, mais peuvent correspondre par exemple à :

- la valeur des capitaux ou des avoirs effectivement reçus par suite de la commission d'une infraction (par exemple, les recettes provenant d'un premier marché remporté au moyen de l'acte de corruption),

- la valeur des actifs obtenus ou réalisés (soit par le prévenu, soit par un tiers sur instruction du prévenu) directement ou indirectement du fait de l'infraction (par exemple, des travaux supplémentaires obtenus dans le cadre de ce même marché) et
- la valeur des bénéfices, services ou avantages obtenus (par le prévenu ou par un tiers sur instruction du prévenu) directement ou indirectement par suite de l'infraction (par exemple, la possibilité de remporter des marchés dans l'avenir grâce à l'expérience acquise dans le cadre du premier contrat remporté en se livrant à la corruption)¹⁰.

c. Modèles des produits/ avantages nets ou bruts ou des produits supplémentaires

Dans certains pays, les termes « produits » ou « avantages » peuvent désigner juridiquement ou s'entendre comme les avantages ou les bénéfices « bruts » et dans d'autres comme les produits ou les avantages « nets » après déduction des frais encourus pour les obtenir.

Par exemple, d'après la définition des produits « bruts », si une entreprise a versé des pots-de-vin pour remporter un marché public, les produits représenteraient la totalité de la valeur de ce marché ou des recettes qui en découlent¹¹. D'après la définition des « bénéfices (ou avantages) nets », cette même entreprise pourrait déduire certains frais encourus en lien avec ce marché pour en arriver aux produits « nets ». Cela étant, lorsque des pots-de-vin sont versés non pour remporter un marché en soi, mais afin de s'assurer certains avantages ou certaines conditions (prix plus élevés, moindre qualité des biens ou services, quantité excessive), les tribunaux peuvent estimer que seuls les bénéfices supplémentaires liés à ces avantages particuliers sont les produits de la corruption.

2. La restitution des bénéfices

La restitution est une mesure correctrice civile permettant d'imposer le remboursement des gains mal acquis. À la différence de la confiscation, cette mesure ne découle pas de la loi mais du pouvoir d'équité dont disposent les tribunaux pour réparer les inégalités et les injustices. Elle n'est pas destinée à avoir un effet punitif. Dans la pratique, la restitution et la confiscation aboutissent au même résultat, priver l'auteur de l'infraction des produits qu'il en a tirés et supposent de recourir à des méthodes de quantification analogues. Aux États-Unis, la restitution est le moyen le plus souvent utilisé par la SEC pour recouvrer le produit des infractions dans les affaires impliquant des violations au *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* commises par des émetteurs de titres enregistrés dans le pays. La

confiscation civile ou pénale et la restitution contractuelle font partie des autres moyens à disposition.

3. Les amendes fondées sur la valeur de l'avantage

Dans certains pays, les amendes imposées à des personnes physiques ou morales peuvent être calculées à partir de la valeur de l'avantage qui a été ou devrait être retiré. Ces pays doivent donc aussi identifier et quantifier les produits de la corruption. Ces amendes sont imposées sans préjudice des mesures de confiscation qui peuvent également être prononcées à l'encontre de la personne physique ou morale en cause. De ce fait, elles sont souvent associées à d'autres mesures. Généralement, les amendes fondées sur la valeur de l'avantage ne prennent pas en compte les pertes ou autres préjudices subis par la victime.

L'Australie, la Grèce, la Hongrie et la Corée notamment nous donnent des exemples d'amendes calculées à partir des avantages retirés. Ainsi en Australie, l'amende maximale est de 11 millions AUD ou trois fois la valeur – selon celui des deux montants qui est le plus élevé – de tout avantage que la personne morale a retiré directement ou indirectement et que l'on peut raisonnablement attribuer à l'acte constituant l'infraction (y compris un acte commis par une quelconque entreprise liée). Si le tribunal ne parvient pas à déterminer la valeur de cet avantage, il peut être estimé à 10 % du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'entreprise durant les 12 mois ayant précédé la commission de l'infraction. En Grèce, la loi sur la responsabilité des personnes morales impose l'application d'une amende administrative, pouvant aller jusqu'à trois fois la valeur de « l'avantage », aux personnes morales s'étant livrées à des actes de corruption transnationale. En Hongrie, les amendes imposées aux personnes morales peuvent s'élever au maximum à trois fois l'avantage pécuniaire retiré ou attendu de l'infraction et à 500 000 HUF au moins. En Corée, l'amende maximale applicable à une personne morale est de 1 milliard KRW, mais si le bénéfice tiré de l'infraction est supérieur à 500 millions KRW au total, la personne morale est passible d'une amende égale à deux fois le montant de ce bénéfice¹².

Encadré 1. Amendes maximales applicables aux personnes morales – Plafonds fixés sur la base de l'avantage retiré

Australie = 11 millions AUD (12 millions USD) OU 3 x l'avantage retiré, selon le plus élevé de ces deux montants

Grèce = 3 x l'avantage retiré au maximum

Hongrie = 3 x l'avantage retiré (ou qui devrait l'être) au maximum et au

moins 500 000 HUF (2 800 USD)

Corée = 1 million KRW (927 millions USD) au maximum OU 2 x l'avantage retiré si le bénéfice est supérieur à 500 millions KRW (462 042 USD)

4. La réparation du préjudice et actions au civil

Dans de nombreux pays, des actions en justice peuvent être intentées à titre privé par ou au nom des victimes. Les réparations délictuelles et contractuelles servent à indemniser la perte, le dommage ou le préjudice directement causé par un manquement à une obligation – notamment au regard du droit pénal – une conduite immorale et une faute précontractuelle. Outre l'État dont l'agent public corrompu est ressortissant, les plaignants peuvent être, par exemple, des clients, des actionnaires ou les soumissionnaires non retenus qui ont été lésés.

Quand un acte de corruption a été commis, le plaignant doit généralement apporter la preuve du manquement du prévenu à une obligation, de la survenue du préjudice et du lien de causalité entre l'acte de corruption et le préjudice. Dans la plupart des pays, la règle élémentaire de calcul de la réparation veut que la victime ait été placée autant que possible dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte de corruption ayant causé le préjudice n'avait pas eu lieu.

Par ailleurs, les tribunaux peuvent être autorisés à indemniser la perte du bénéfice que l'on aurait pu raisonnablement attendre mais qui n'a pas été réalisé, ainsi que les préjudices indirects ou non pécuniaires qui ne peuvent être immédiatement calculés.

5. La restitution contractuelle

Les victimes, ou les parties agissant en leur nom, peuvent également demander une restitution contractuelle. Si un agent public se livre à la corruption avant d'adjuger un marché, alors les tribunaux et les cours d'arbitrage peuvent juger le marché en question illégal, donc invalide, nul et non avenu et non applicable¹³. L'invalidation peut reposer sur le fait que le marché a été extorqué par la fraude et que le consentement donné était entaché de corruption.

La rupture du contrat est une autre action possible dans certains pays, notamment lorsque d'après les clauses du contrat, le sous-traitant avait promis de ne fournir aux agents publics aucune incitation concernant l'adjudication ou l'exécution du contrat. En cas de violation de cette interdiction particulière, les États peuvent être en droit de mettre fin au

contrat, de ne pas respecter les obligations qui leur incombent et d'intenter une action en réparation¹⁴.

Le cas échéant, les États peuvent être autorisés à annuler ou résilier les contrats qu'ils ont conclus avec le corrupteur. Selon le régime juridique applicable, l'annulation peut être soit rétroactive, soit être limitée à l'exécution future du contrat. La contreprestation et les frais encourus par le sous-traitant peuvent ou non faire l'objet d'une restitution.

B. Les difficultés liées à l'interaction des sanctions et des mesures compensatrices

Il importe de savoir que chacune des mesures correctrices peut être utilisée isolément ou conjuguée à d'autres dans le cadre d'un régime en place. Un État qui se doit de faire appliquer sa législation anticorruption peut donc recourir à certaines de ces mesures tandis qu'une victime demandant réparation peut pour sa part en faire valoir d'autres. Ainsi, un État mettant en œuvre sa législation anticorruption peut demander à un tribunal d'ordonner la confiscation d'avoirs, mais aussi d'imposer une amende. Dans d'autres cas, un organisme administratif d'un pays développé peut demander une mesure de confiscation administrative. Les pouvoirs publics du pays dont la victime est un ressortissant peuvent intenter une action au civil à l'encontre du corrupteur pour obtenir la réparation du préjudice ou une restitution contractuelle. Dans d'autres cas, les tribunaux ou une autre autorité compétente peuvent décider de demander ou de solliciter l'application d'une seule mesure correctrice – la confiscation ou une amende par exemple. La coexistence de diverses mesures correctrices dans un pays donné ou dans plusieurs pays, sollicitées par différentes parties et à différentes fins, pose des problèmes puisqu'il convient de trouver une manière d'éviter toute duplication inéquitable des sanctions ou des mesures équivalentes. L'analyse serait la même si les États ou les victimes d'un acte de corruption passive tentaient d'en recouvrer les produits.

Du fait de la coexistence de différentes mesures correctrices à différentes fins, il peut aussi être nécessaire de se demander laquelle d'entre elles pourra assurer les meilleures perspectives de confiscation ou de recouvrement de l'intégralité des produits. Ainsi, toutes les mesures correctrices peuvent ne pas être applicables à toutes les parties. Par exemple, aux États-Unis, la SEC peut obtenir la restitution des produits auprès de toute entreprise enregistrée en tant qu'émetteur ou de toute autre personne physique ou morale ayant tiré profit des infractions au FCPA commises par cette entreprise. Le ministère de la Justice peut, de son côté, confisquer les produits de la corruption aux émetteurs et aux non-émetteurs. De ce fait, le

choix entre la restitution d'une part et la confiscation pénale d'autre part peut dépendre de la personne qui se trouve en possession des produits de l'infraction et de l'organisme public compétent pour ce qui est de la malversation commise.

Comme l'interaction des mesures correctrices est très variable, il est difficile de généraliser. Par ailleurs, à ce jour encore, l'expérience accumulée concernant tant l'interaction entre les différentes mesures correctrices que les affaires couvrant plusieurs pays n'est guère développée. On s'efforcera dans les sections qui suivent de recenser certaines difficultés que les autorités répressives ont ou ont pu rencontrer sur le plan de l'interaction entre la confiscation, la restitution, les amendes, la réparation du préjudice, la restitution contractuelle et les autres mesures correctrices appliquées par les tribunaux étrangers pour recouvrer les produits de la corruption. Outre les mécanismes en place à cette fin, certains pays sont également dotés de dispositifs leur permettant d'évaluer le montant des amendes ou des sanctions pécuniaires, qui ont un caractère punitif. Pour les personnes morales et physiques, la conjugaison des différentes mesures correctrices afin d'assurer le recouvrement des produits de la corruption et la capacité à évaluer le montant des amendes/sanctions pécuniaires à caractère punitif constituent une raison impérieuse de mettre un terme aux actes de corruption.

1. Interactions entre confiscation, restitution et amendes

Comme on l'a vu, la récupération et la confiscation visent un même objectif. L'une et l'autre ont pour objet de déposséder l'auteur de l'infraction des biens mal acquis. Cela étant, le mode de calcul retenu dans l'un et l'autre cas peut différer en raison de divers facteurs liés aux faits et circonstances caractérisant le mécanisme de corruption et à la juridiction compétente. Il est donc possible de recourir pour une même affaire à la fois à la restitution et à la confiscation. Aux États-Unis, la restitution et la confiscation sont assez similaires et il est donc peu probable qu'elles soient utilisées simultanément. Si la SEC a déjà engagé, au civil, une action en recouvrement d'avoirs, le ministère de la Justice peut alors exercer son pouvoir discrétionnaire afin de ne pas chercher à recouvrer les mêmes fonds dans le cadre d'une restitution pénale ou d'une déclaration de confiscation.

À la différence de la confiscation et de la restitution, les amendes visent à sanctionner le prévenu et non pas en soi à le priver des avantages de l'infraction qu'il a commise. Aux États-Unis, les autorités demandent souvent l'application d'une amende pénale/sanction pécuniaire civile en plus de la restitution et de la confiscation. Au Royaume-Uni, la jurisprudence prescrit sans équivoque qu'une amende doit avoir un effet dissuasif et que

« toute infraction doit être sévèrement sanctionnée, qu'elle ait ou on produit un avantage »¹⁵. Si un prévenu peut à la fois payer une amende et se voir confisquer les bénéfices de l'infraction, le tribunal est tenu de rendre ces deux décisions. Dans d'autres cas, si les ressources du prévenu ne permettent pas l'application de ces deux mesures, la confiscation prime sur l'amende.

De la même manière, en Afrique du Sud, un prévenu peut se voir infliger une amende et être soumis à la confiscation de tous les produits bruts qu'il a tirés de l'infraction. Ce principe a été appliqué dans une affaire où un agent public a reçu des pots-de-vin pour exercer une influence sur des transactions à caractère privé. Le corrupteur a pu ainsi acquérir une participation de 25 % dans une entreprise adjudicataire d'un marché public. Il a utilisé les dividendes qu'il a perçus à la suite de cet investissement afin de rembourser le prêt qu'il avait souscrit pour acquérir cette participation. Le tribunal lui a imposé une amende et lui a confisqué aussi bien les actions acquises que les dividendes perçus¹⁶.

2. Interactions entre confiscation et réparation du préjudice

La réparation présuppose l'existence d'un préjudice subi par la victime et peut être imposée même lorsque le corrupteur n'a tiré ni bénéfice ni avantage de l'acte de corruption. Cela étant, les pots-de-vin visent souvent à assurer que le corrupteur en retire un bénéfice, ce qui est généralement le cas. Dans certaines affaires, le bénéfice peut être supérieur au préjudice subi par la victime. Le cas échéant, différentes mesures correctrices peuvent être demandées – l'État, pour mettre en œuvre sa législation anticorruption, peut demander la confiscation tandis que la victime de l'acte de corruption peut demander réparation au titre du préjudice qu'elle a subie.

Un mécanisme de corruption peut faire de nombreuses victimes, notamment les États qui ont payé un marché public à un prix trop élevé ou les soumissionnaires non retenus. Les uns et les autres disposent de moyens juridiques pour obtenir réparation du préjudice subi. Il peut arriver que le préjudice subi de part et d'autre se recoupe, voire qu'il soit de même nature.

L'État victime peut porter plainte et demander réparation pour recouvrer le préjudice financier subi que constitue le fait d'avoir payé à un prix trop élevé des biens et services de moindre qualité ou l'exécution incomplète du marché que le sous-traitant a passé avec lui au moyen d'un acte de corruption. Le parquet peut en outre requérir la confiscation des bénéfices au sous-traitant ou leur restitution par celui-ci. On notera surtout que l'État cherche alors à obtenir réparation pour le préjudice qu'il a subi tandis que le parquet cherche à recouvrer le gain qu'en a retiré le sous-traitant.

De la même manière, un soumissionnaire non retenu peut demander réparation au sous-traitant ayant remporté un marché public pour le manque à gagner ou la perte des bénéfices qu'il aurait retirés de l'exécution du contrat. Le parquet peut, quant à lui, demander la confiscation des bénéfices que le corrupteur a tirés du marché.

Dans ces deux cas, l'argent versé sert généralement à indemniser la partie lésée pour chacune des infractions commises. Une entreprise qui s'est rendue coupable de corruption peut donc avoir à payer l'État mettant en œuvre sa législation anticorruption, tout en étant tenue de verser une réparation à la victime. Toutefois, dans de nombreux pays, il est possible de prendre en compte les faits et circonstances particuliers caractérisant les sommes versées en lien avec un mécanisme de corruption, afin d'éviter une duplication inéquitable de ces mesures. Certains tribunaux ou autorités compétentes tiennent compte des mesures correctrices qui ont été imposées en premier et sont libres d'imposer ou non celles qui ont été demandées plus tard, lorsqu'il s'agit de mesures de même nature. Dans certains pays, le principe retenu consiste à accorder d'abord réparation aux victimes, soit directement soit par le biais d'une déclaration de confiscation prononcée lors de la condamnation, avant d'envisager ensuite d'autres mesures correctrices.

3. Interactions entre confiscation et restitution contractuelle

Dans certains pays, les organismes publics ont le pouvoir de déclarer la nullité ou d'invalider des contrats adjugés par ou par l'intermédiaire d'agents publics corrompus. Le cas échéant, l'État lésé par l'acte de corruption peut chercher à recouvrer tous les montants dépensés et les biens transférés aux termes des contrats entachés de corruption. Le cas échéant, le montant des restitutions contractuelles peut être aussi élevé que les produits de l'infraction qui ont été confisqués par l'État mettant en œuvre sa législation anticorruption.

Par exemple, si un sous-traitant verse des pots-de-vin en vue de remporter un marché public de construction d'une route pour lequel il a été payé 60 millions USD et que ce contrat est annulé après l'achèvement de la construction, l'État peut demander la restitution contractuelle des 60 millions USD. Dans certains pays, il peut se voir adjuger la restitution des 60 millions USD malgré les arguments selon lesquels cette restitution revient à surpayer l'État puisque la construction de la route a été achevée.

Dans certains pays, la confiscation ne porte que sur la différence entre les bénéfices réalisés par le sous-traitant et la valeur des travaux exécutés. Ainsi, lorsqu'un sous-traitant a été payé 60 millions USD et n'a achevé que la moitié du chantier (à savoir une route praticable d'une valeur de 30 millions USD), le montant de la confiscation ou de la restitution est

calculé après déduction de la valeur de la route construite, soit 30 millions USD.

En Italie, par exemple, les fonds perçus à titre de redevances contractuelles par un sous-traitant font l'objet d'une confiscation, mais la Cour suprême a décidé que les « bénéfiques tirés par le sous-traitant ou approuvés par la victime dans le cadre de la relation contractuelle » doivent être déduits¹⁷.

4. Interactions avec les mesures correctrices appliquées par un pays étranger ou par plusieurs pays

Les tribunaux peuvent prendre en compte les décisions de confiscation ou les règlements de même effet pour éviter une duplication inéquitable de ces mesures. Ainsi, dans l'affaire *des turbines de puissance de Siemens*, cette entreprise allemande a remporté des contrats pour vendre des équipements en Italie en corrompant un agent d'une entreprise italienne de services collectifs. Lorsque la corruption a été mise au jour, Siemens a fait l'objet de poursuites pénales en Italie. Dans le cadre de cette action pénale, Siemens a accepté la confiscation des bénéfices qu'elle a tirés de deux contrats portant sur la vente de turbines. De surcroît, l'entreprise italienne de services collectifs a aussi engagé une action au civil en Italie à l'encontre de Siemens en vue de résilier ces contrats. Siemens a également accepté de lui verser une certaine somme en règlement de cette action.

En Allemagne, le parquet a également demandé la confiscation des bénéfices enregistrés par Siemens. Le tribunal allemand a rendu une ordonnance de confiscation de 38 millions EUR, correspondant aux bénéfices provenant des deux contrats remportés au moyen de l'acte de corruption, déduction faite du montant confisqué en Italie et d'une partie du montant versé par l'entreprise en règlement de la procédure civile engagée dans ce pays¹⁸.

De même, lors du règlement de l'affaire Johnson & Johnson (J&J)/DePuy, les États-Unis et le Royaume-Uni ont simultanément mené à bien des enquêtes portant pour partie sur la même malversation¹⁹. Aux États-Unis, l'amende pénale imposée à J&J a été alléguée de 25 %, en partie par anticipation des amendes qui allaient lui être infligées au Royaume-Uni et en Grèce. Comme le relève l'accord conclu en vue d'un règlement amiable, « J&J et le ministère de la Justice conviennent que cette amende est appropriée compte tenu [...] des sanctions pécuniaires appliquées pour les mêmes faits au Royaume-Uni et en Grèce [...] ». Dans le cadre d'un règlement avec la SEC, J&J a en outre été tenue de restituer les bénéfices qu'elle a tirés de la malversation commise. DePuy a réglé les charges pesant

contre elle au Royaume-Uni en acceptant les sanctions financières que lui avait imposées une décision de recouvrement rendue au civil. Le *Serious Fraud Office* britannique a également pris en compte, pour parvenir à un règlement, le fait que celui-ci couvrait plusieurs pays, précisant qu'il avait « pris particulièrement note de la restitution et du recouvrement intervenus dans plusieurs pays pour la même malversation sous-jacente. [...] Le *Serious Fraud Office* a examiné l'affaire dans une perspective d'ensemble. Il a fait le nécessaire pour appliquer dans son pays une sanction formant partie d'un règlement global privant l'auteur de l'infraction de tous les biens identifiables acquis illégalement, tout en imposant de son côté une sanction pécuniaire »²⁰.

Notes

1. Voir la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, disponible sur le site de l'OCDE.
2. L'article 31 fait état, en outre, du revenu provenant du produit de l'infraction, ainsi que du produit transformé ou mêlé à des biens acquis légitimement.
3. *Financial Services and Markets Act of 2000*, article 206(1).
4. La FSA peut minorer ce montant de 30 % suivant le degré de coopération de l'entreprise en cause.
5. Ainsi, aux États-Unis, un organisme chargé de mettre en œuvre la loi sur la saisie peut demander la confiscation de la plupart des biens ayant une valeur inférieure ou égale à 500 000 USD, sauf si le bien en question est un instrument monétaire, auquel cas aucune plafond n'est fixée.
6. Aux Philippines en revanche, le système n'est pas exclusivement fondé sur la confiscation de biens car la puissance publique peut obtenir un jugement personnel visant la personne physique et non le bien proprement dit, même si l'objet et l'effet du jugement vise le bien lui-même.
7. Voir la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, qui peut être téléchargée sur le site de l'OCDE.
8. Voir commentaire 21 de la Convention anticorruption de l'OCDE.
9. Dans certains pays, la législation donne des orientations à ce sujet : Voir par exemple *Proceeds of Crime Act 2002* (Australie), art.122.

10. Des affaires récentes ont également mis au jour des versements de pots-de-vin prenant la forme de divertissements onéreux, comme des frais de voyage, des séjours dans des parcs à thème ou encore l'utilisation de biens comme des yachts ou des avions.
11. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3 – Selby & Ashurst (utilisant la méthode des recettes brutes en vigueur au Royaume-Uni).
12. Les *Bilans à mi-parcours des rapports au titre de la Phase 2* passent en revue les sanctions applicables aux termes de la législation sur la corruption transnationale de 21 pays de l'OCDE. Les *Rapports de Phase 2 par pays* présentent en outre une analyse des sanctions liées à la mise en œuvre de la Convention anticorruption de l'OCDE. Tous ces documents peuvent être téléchargés sur la page web de l'OCDE consacrée à la lutte contre la corruption : www.OCDE.org/corruption.
13. L'article 34 de la CNUCC autorise les Parties à prendre de telles mesures. Voir l'affaire Grand dans les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.
14. Au Royaume-Uni, par exemple, le contrat peut être invalidé si le mandant le souhaite.
15. *Regina contre Innospec Limited*, Remarques du lord-juge Thomas relatives à la détermination de la peine, 26 mars 2010, p. 9. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.
16. Voir *S contre Shaik et autres* 2007 (1) SACR 247 (SCA) ; *S contre Shaik et autres* 2008 (2) SACR 165 (CC) (le prévenu a été condamné pour faits de corruption et fraude, s'est vu imposer une amende de 2 025 millions ZAR (202 500 EUR) et a de surcroît fait l'objet d'une ordonnance de confiscation de 34 millions ZAR (3.4 millions EUR).
17. *Corte Suprema di Cassazione, Udienza in Camera di consiglio Sentenza*, N.7, 27/03/2008.
18. Voir « Affaire des turbines de puissance de Siemens » (Allemagne), Chapitre 3.
19. Le règlement de l'affaire J&J aux États-Unis portait notamment sur des malversations commises en Grèce, en Pologne, en Roumanie, ainsi que sur la participation de J&J au programme « Pétrole contre nourriture ». Le règlement de l'affaire au Royaume-Uni ne concernait que la malversation commise en Grèce.
20. Notification de procédure n° 21922 de la *Securities and Exchange Commission* américaine (8 avril 2011) ; Communiqué de presse du ministère américain de la Justice (8 avril 2011) ; Accord en vue d'un règlement amiable conclu entre Johnson & Johnson et le ministère

américain de la Justice le 14 janvier 2011 ; Communiqué de presse du *Serious Fraud Office* britannique (8 avril 2011), « DePuy International Limited ordered to pay £4.829 million in Civil Recovery Order » [La justice ordonne à DePuy International Limited de payer 4 829 millions GBP dans le cadre d'une décision de recouvrement rendue au civil].

Chapitre 2

Identification et quantification des produits

Le présent chapitre s'intéresse aux différentes catégories de produits de la corruption active, que sont : (a) les produits provenant de marchés remportés au moyen de la corruption ; (b) les autorisations d'exercice, permis ou licences d'exploitation ; (c) les dépenses économisées et les pertes évitées ; (d) l'accélération des délais et (e) les gains provenant de l'utilisation de dispositifs de contrôles internes lacunaires ou peu rigoureux ou de livres de comptes et documents comptables incomplets. En fonction du dispositif juridique applicable, chaque catégorie de produits peut être identifiée et quantifiée au moyen de différentes méthodes, comme la confiscation/restitution, la réparation du préjudice ou la restitution contractuelle, dont les différents modes de quantification seront illustrés par différentes affaires exemplaires. Le chapitre se conclut en examinant certaines des difficultés pratiques posées par différents facteurs comme la période et les taux d'intérêt appliqués aux fins du calcul des produits, les commissions des intermédiaires, les coûts administratifs, les avantages indirects, les transactions partielles et le(s) paiement(s) de pots-de-vin. Le Chapitre 3 présente des synthèses plus détaillées des affaires les plus représentatives.

A. Les contrats

Dans les affaires de corruption internationale les plus coutantes, une entreprise peut obtenir un contrat en versant un pot-de-vin à un agent public. Les produits qu'elle en retire peuvent aussi prendre la forme de quantités ou de prix majorés lorsque l'agent public corrompu accepte de commander des biens ou services excédentaires par rapport aux besoins ou surfacturés. Les contrats ainsi obtenus incluent les marchés publics de construction de projets d'infrastructure, de vente de marchandises ou de prestation de services. Nombre d'affaires mentionnées dans cet exercice typologique relèvent de cette catégorie. L'approche retenue pour quantifier les bénéfices d'une corruption de cette nature peut dépendre du fait que la mesure correctrice

prise soit, selon le cas, la confiscation, la restitution, la réparation du préjudice ou encore la restitution contractuelle.

1. Identification et quantification des produits aux fins de la confiscation et de la restitution

Dans la plupart des pays, les recettes brutes ou nettes générées par le contrat servent de point de départ au calcul de l'avantage. La présente section expose les principes de ces deux méthodes et certains des facteurs particuliers à prendre en compte pour les utiliser, lesquels dépendent en dernier ressort des faits et circonstances propres à chaque affaire. Les approches présentées ici peuvent donc être ajustées ou conjuguées au cas par cas, afin d'assurer que l'auteur de l'infraction ne conserve aucun avantage de son méfait. On peut ainsi utiliser une méthode mixte reposant sur la quantification des bénéfices supplémentaires ou majorés provenant du pot-de-vin.

a. La méthode dite des « recettes brutes »

D'après cette méthode, également appelée « valeur brute du contrat », toutes les recettes perçues aux termes du contrat et provenant de la corruption d'un agent public constituent les produits ou les avantages tirés de la corruption et font l'objet d'une confiscation ou d'une restitution.

Encadré 2. Méthode des recettes brutes

Produits = Recettes brutes provenant du contrat

Dans la perspective retenue dans ce type de cas, le contrat n'aurait pu être obtenu sans le versement du pot-de-vin et aucune déduction ne doit dès lors être autorisée. C'est la position généralement adoptée par les tribunaux britanniques, qui se trouve illustrée dans la synthèse de l'affaire *Weir* et de l'affaire du *Contrat A de Selby and Ashurst* (Voir Chapitre 3).

Selby and Ashurst Limited ont ainsi remporté un contrat d'une valeur de 9.1 millions GBP auprès d'un État étranger en versant à des agents publics étrangers un pot-de-vin d'un montant équivalent à 12 % de la valeur du contrat (environ 1.1 million GBP). Le tribunal a ordonné la confiscation d'un montant de 9.1 millions GBP (Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3).

b. La méthode dite des « produits nets » (ou encore des « recettes nettes » ou « bénéfiques nets »)

Encadré 3. Exemples d'application de la méthode des recettes nettes

Produits = Recettes nettes (recettes brutes du contrat minorées des coûts/frais encourus)

Dans l'affaire dite de la *vente de biens ou services*, une entreprise a remporté, moyennant le versement de pots-de-vin d'un montant de 5 millions USD, des projets de construction de réseaux de télécommunications et de systèmes de contrôle destinés à des entreprises publiques. Les recettes provenant de ces projets ont été évaluées à 100 millions USD. L'entreprise a versé 25 millions USD au titre du coût des marchandises vendues pour ces projets. Dans ses livres de comptes et documents comptables, elle a en outre déguisé les pots-de-vin en dépenses légitimes, qu'elle a déduites de ses impôts.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la confiscation a été calculé au moyen de la méthode des « recettes nettes » :

	Recettes provenant des projets :	100 000 000 USD
-	Coûts des marchandises vendues pour les projets :	25 000 000 USD
+	Montant total des pots-de-vin versés :	5 000 000 USD
=	Avantage retiré total :	80 000 000 USD

Au Danemark, on a considéré que les avoirs sujets à confiscation dans les affaires liées au programme « Pétrole contre nourriture » étaient égaux aux bénéfiques nets en tenant compte des recettes minorées des frais effectivement encourus afin d'exécuter les contrats remportés au moyen de la corruption d'agents publics. Les frais déductibles incluait les frais de production, de commercialisation et de distribution. Aucune déduction n'a été appliquée aux frais indirects, y compris les coûts liés à l'amortissement d'équipements, à la commercialisation, à l'administration et au financement. En outre, les dépenses spéciales non déduites incluait les pots-de-vin incorporés dans le prix final facturé au client, mais versés aux intermédiaires au titre du « service après-vente » et finalement perçus par les agents publics corrompus. Ces dépenses, calculées à part, ont été considérées comme des produits ou instruments de l'infraction devant faire l'objet de la confiscation.

Dans l'affaire *des turbines de puissance de Siemens* (voir Chapitre 3), les tribunaux allemands ont calculé le montant de la confiscation pénale en déduisant les frais généraux des bénéfices nets imputables au contrat entaché de corruption.

Dans certains cas, les autorités allemandes recourent à des amendes administratives, en lieu et place de la confiscation pénale. Dans l'affaire *Siemens Telecom et autres secteurs* (voir Chapitre 3), l'avantage a été calculé en déduisant les coûts encourus des recettes brutes imputables au contrat. Ce montant a servi à calculer la part confiscatoire des amendes administratives. Certains praticiens allemands envisagent de calculer, comme variante pour le calcul des recettes nettes, la marge bénéficiaire *attendue* à la date de signature.

Voir également l'*affaire du contrat fondé sur le volume* et l'*affaire des contrats et autres avantages* (Chapitre 3, Synthèses des différentes affaires)

Dans d'autres cas de confiscation, on considère que l'avantage retiré par le corrupteur correspond aux bénéfices nets provenant du contrat. Autrement dit, les recettes provenant du contrat, minorées de certains coûts ou frais légitimement encourus par le corrupteur dans l'exécution de celui-ci, par exemple le coût lié à la fourniture de biens ou services, constituent l'avantage faisant l'objet d'une confiscation ou d'une restitution. Certains pays ajoutent encore le montant du pot-de-vin au calcul de l'avantage sujet à confiscation ou restitution. Cette méthode est généralement appelée méthode des « recettes nettes »¹. Certains praticiens envisagent, comme variante pour le calcul des recettes nettes, de calculer la marge bénéficiaire *attendue* à la date de signature du contrat.

Le modèle des recettes nettes entraîne des complications particulières car il faut dissocier les coûts pour les imputer au contrat concerné. Les achats d'équipements ou l'embauche de personnel en vue de remplir un contrat donné sont généralement considérés comme des coûts variables qui peuvent être directement affectés au contrat. Les coûts fixes que l'entreprise encoure en tout état de cause posent davantage de problèmes, même s'ils sont imputés sur les recettes par le système de comptabilisation des coûts de l'entreprise. Ces coûts peuvent notamment inclure le coût des bâtiments utilisés pour l'exécution du contrat et le coût du temps passé par le personnel permanent ou les dirigeants qui ont consacré une partie de leur temps à travailler au projet entaché de corruption.

La méthode d'imputation de ces coûts fixes est précisément définie dans nombre d'entreprises. Il n'en subsistera pas moins toujours un élément subjectif pour déterminer comment les affecter à un contrat donné. Les exemples suivants, fréquents dans la conduite normale des affaires, montrent à quel point les modèles d'imputation des coûts peuvent être complexes et discutables, même dans le cadre de dispositifs prescrivant sans équivoque le mode d'imputation des coûts :

- Exemple 1 – Imputation des stocks : En cas d'utilisation, pour un contrat entaché de corruption, de stocks ayant été acquis avant sa signature ou avant la publication de l'avis d'appel d'offres, ces stocks doivent-ils être imputés à ce contrat et le cas échéant, à quelle valeur ? Pour analyser ce cas de figure, il faut répondre aux questions suivantes : depuis combien de temps l'entreprise détient-elle ces stocks ? N'y a-t-il aucune autre utilisation ou aucun autre débouché possible pour écouler ces stocks ou ces stocks sont-ils devenus obsolètes ? L'acte de corruption peut en effet avoir eu pour seule et unique motivation de trouver un débouché pour écouler des stocks devenus obsolètes ou pour lesquels il n'existe qu'un unique débouché. Il peut donc être nécessaire d'étudier la politique de

l'entreprise sur la manière dont elle impute le coût des stocks à un contrat donné.

- Exemple 2 – Le personnel permanent inemployé ou sous-employé : l'entreprise doit rétribuer ce personnel qu'elle obtienne ou non le contrat et elle sera, de toute évidence, tentée de consacrer plus de temps que nécessaire au contrat entaché de corruption. Pour commencer à appréhender ce type de problèmes ou des problèmes analogues, les autorités et les experts doivent pouvoir comprendre précisément le fonctionnement des entreprises et de leur système de comptabilité interne.

c. La méthode dite du « bénéfice additionnel » – Que ce serait-il passé si le pot-de-vin n'avait pas été versé ?

Outre le calcul du bénéfice effectif réalisé grâce au contrat entaché de corruption, ce système oblige à calculer les bénéfices qui auraient été réalisés sans l'acte de corruption. De plus, l'avantage tiré du pot-de-vin ne se limite souvent pas simplement à la valeur du nouveau contrat adjugé. Ainsi, la signature d'un contrat à de meilleures conditions que celles auxquelles l'entreprise est en droit de s'attendre normalement peut-elle constituer en soi l'avantage qui en est retiré. Il convient donc d'examiner des contrats analogues n'ayant donné lieu à aucun acte de corruption afin de les comparer au contrat entaché de corruption. Quelques autres scénarios possibles viennent encore à l'esprit.

- Scénario 1 : le contrat remporté en corrompant un agent public se substitue simplement à d'autres contrats que l'entreprise aurait de toute façon remportés. Les tribunaux, les autorités compétentes et les experts peuvent déterminer cela en analysant la nature de l'activité et le marché sur lequel elle opère. Le cas échéant, on pourrait leur demander de calculer le bénéfice supplémentaire généré par l'exécution du contrat remporté par le corrupteur, mais qui ne l'aurait pas été par les contrats remportés sans versement de pots-de-vin. On peut procéder à ce calcul en comparant le contrat aux résultats réels ou estimés tirés de contrats analogues exécutés par l'entreprise ou ses concurrents.
- Scénario 2 : le contrat remporté en corrompant un agent public ne se substitue pas à d'autres contrats, mais représente une activité supplémentaire qui n'aurait pu être obtenue d'une autre manière. En d'autres termes, ce contrat n'aurait jamais été remporté sans l'acte de corruption. Le cas échéant, la totalité du bénéfice net ou brut

réalisé grâce à ce contrat peut être réputée constituer le produit de la corruption.

- Scénario 3 : le pot-de-vin a été versé pour s'assurer de conditions ou avantages particuliers et non pour remporter le contrat. Le cas échéant, les tribunaux peuvent avoir à calculer la différence entre les bénéfices réellement tirés du contrat et ceux qui auraient été réalisés en l'absence des conditions particulières assurées par le pot-de-vin.

2. Identification et quantification pour les demandes de réparation du préjudice

Dans la plupart des pays, la règle élémentaire applicable pour déterminer le préjudice veut que la victime soit placée autant que possible dans les circonstances où elle se serait trouvée si l'acte de corruption ayant causé le préjudice n'avait pas eu lieu. Dans le cas des marchés publics, le préjudice causé par la corruption correspond souvent aux bénéfices majorés réalisés par le sous-traitant. Par exemple, si un pot-de-vin a été payé pour obtenir des prix supérieurs de 10 % au prix du marché, le préjudice pour l'État est égal à 10 % des recettes perçues par le sous-traitant.

Encadré 4. Quantification des produits provenant de contrats pour les demandes de réparation du préjudice

Dans l'*affaire Fyffes* (au Royaume-Uni), cette entreprise a demandé réparation, un salarié ayant accepté un pot-de-vin lors de la négociation d'un accord de prestation de services avec une entreprise de fret maritime. Le juge a refusé la restitution de tous les bénéfices réalisés dans le cadre du contrat dans la mesure où « Fyffes aurait très probablement conclu accord avec la même entreprise même sans la malhonnêteté de son salarié ». En conséquence, le bénéfice « ordinaire » tiré du contrat ne provenait pas de l'acte de corruption, mais de la « prestation de services pour laquelle un contrat aurait de toute façon été conclu entre les deux parties ». Le juge a ensuite comparé, pour chaque année de validité du contrat, les sommes versées par l'entreprise et les sommes qu'elle aurait accepté de verser aux conditions du marché si elle avait été représentée par un négociateur honnête et prudent. La différence entre ces deux montants a constitué la réparation adjugée à la partie requérante. (Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.)

Lorsqu'ils utilisent cette méthode, les tribunaux quantifient souvent la différence entre le prix ou la qualité des biens ou services fournis par le corrupteur et le prix ou la qualité que le client aurait acceptée si l'agent

n'avait pas accepté le pot-de-vin. À cette fin, il peut être nécessaire d'analyser, au-delà du prix obtenu par l'adjudicataire, les prix proposés par d'autres entreprises ayant répondu à l'appel d'offres ou qui l'auraient fait si on leur en avait laissé l'occasion.

La situation est toutefois différente lorsqu'un soumissionnaire ou un concurrent non retenu démontre que le contrat lui aurait été adjugé si l'adjudicataire n'avait pas versé le pot-de-vin. Dans ce cas, le préjudice n'est pas lié aux avantages particuliers obtenus par le sous-traitant, mais à la perte de tous les bénéfices que son concurrent auraient réalisés dans le cadre de cette relation contractuelle. On peut alors estimer que la réparation est égale à la somme des bénéfices nets tirés du contrat par l'adjudicataire malhonnête si son concurrent peut démontrer que sa marge bénéficiaire aurait été la même que celle de celui-ci. Elle peut aussi être considérée comme égale à la somme des bénéfices nets hypothétiques que le concurrent non retenu aurait gagnés. Cette méthode se trouve illustrée par l'affaire *Gore NO contre le ministre des Finances et autres* qui a eu lieu en Afrique du Sud².

Encadré 5. Quantification des produits de la corruption – octroi de réparation à un concurrent pour la perte d'un contrat

Dans l'affaire *Gore NO contre le ministre des Finances et autres*³, un adjudicataire malhonnête s'est vu attribuer un contrat faisant appel à la technologie biométrique pour le paiement des retraites, des prestations d'invalidité et des allocations familiales. Le soumissionnaire concurrent a engagé des poursuites à l'encontre du ministère des Finances du fait que des salariés corrompus de ce ministère avaient accepté des pots-de-vin de l'adjudicataire malhonnête. Le tribunal a statué que, sans l'acte de corruption, le contrat aurait été adjugé à ce concurrent, lequel a demandé réparation du préjudice. L'adjudicataire malhonnête n'ayant pas encore exécuté le contrat, le juge a fondé sa décision sur le calcul hypothétique effectué par les juristes et les experts comptables de chaque partie.

Les propositions faites par le plaignant dans son offre ont servi de première base de calcul. Les informations financières directement comparables disponibles par ailleurs ont en outre permis de confirmer le caractère raisonnable de ces calculs. Le contrat de paiement des pensions remporté au moyen de la corruption a été annulé et un nouveau contrat a été adjugé à l'entreprise Allpay. Ce contrat portait sur les mêmes services que ceux que le plaignant aurait fournis.

Les recettes brutes, les coûts et la marge brute ont été les trois principaux éléments de comparaison utilisés dans cette affaire. Pour calculer le bénéfice net que le plaignant aurait tiré de l'exécution du contrat, les produits et charges ont été analysés comme suit :

Produits (recettes)

1. Produit initial provenant des inscriptions : redevances que l'État aurait versées au titre de l'inscription des pensionnés au cours de la première année suivant la passation du marché.
2. Produit des paiements : redevances que l'État aurait versées au titre du paiement des pensions.
3. Produits financiers du solde quotidien provenant de la trésorerie avancée par l'État et utilisés pour payer les pensions.
4. Intérêts produits par l'excédent de trésorerie et les bénéfices réinvestis.

Coûts

1. Frais de personnel
2. Coûts directs (postes comme les coûts de fonctionnement des véhicules, l'entretien, l'assurance, l'essence, les droits de licence, les lignes de modem, les lignes téléphoniques, etc.)
3. Les coûts indirects (postes comme les coûts de location des bureaux, assurance perte et vol des avoirs en caisse, la rémunération des vérificateurs des comptes, les polices d'assurance-vie, les prélèvements au titre des services régionaux, les déplacements, les commissions bancaires et les postes extrabudgétaires).
4. Coût initial lié aux inscriptions.
5. Coûts de location.

3. Quantification pour les demandes de restitution contractuelle

Les États qui ont conclu un contrat avec une entreprise ayant corrompu un agent public sont en droit d'annuler ou de résilier ledit contrat. Selon le dispositif juridique applicable, l'annulation peut être rétroactive ou se limiter à l'exécution du contrat dans l'avenir. Par ailleurs, la contreprestation et les dépenses encourues par le sous-traitant peuvent ou non donner lieu à restitution. La partie requérante peut donc être en droit de recouvrer la totalité des sommes qu'elle a versées dans le cadre du contrat (recettes brutes) ou les recettes qui en proviennent, après déduction du montant des dépenses et de la contreprestation que le corrupteur a assumés (recettes nettes).

Dans certains pays, les tribunaux ont jugé que l'État était en droit de recouvrer l'ensemble des redevances contractuelles déjà versées au titre de l'exécution du contrat et que le sous-traitant ne pouvait recouvrer, quant à lui, les redevances impayées ou la valeur des travaux déjà effectués. Avec

cette méthode, on obtient généralement les mêmes résultats qu'en cas de confiscation des recettes brutes, comme l'illustre l'affaire *S.T. Grand, Inc contre la ville de New York*⁴.

Encadré 6. L'affaire Grand, un exemple de restitution contractuelle

L'*affaire Grand* est une affaire civile dans le cadre de laquelle l'entreprise S.T. Grand, Inc. avait conclu un contrat d'assainissement d'une retenue d'eau avec la ville de New York, d'une valeur de 840 000 USD environ. Grand a procédé à l'assainissement prévu par le contrat. La ville de New York avait déjà versé à Grand quelque 690 000 USD au moment où des allégations de corruption ont fait surface.

La ville de New York a refusé de payer le solde de 150 000 USD environ qu'elle devait encore pour les travaux d'assainissement effectués et a cherché à recouvrer les quelque 690 000 USD déjà versés.

La Cour suprême de l'État de New York a jugé qu'en vertu du droit de cet État, le contrat conclu était illégal au motif de corruption. Le tribunal a ensuite appliqué la règle générale en vigueur selon laquelle « lorsque des travaux sont effectués aux termes d'un contrat municipal illégal, le fournisseur [en l'occurrence Grand] ne peut prétendre à aucun recouvrement, soit au titre du contrat soit « à proportion de ce qui lui est dû » et que la ville de New York pouvait recouvrer auprès du fournisseur toutes les sommes qu'elle lui avait versées. Le tribunal a donc enjoint Grand de renoncer à l'intégralité du montant du contrat, soit 840 000 USD environ.

Dans d'autres affaires toutefois, les tribunaux ont refusé la restitution de la valeur totale d'un contrat entaché de corruption lorsque l'État dont l'agent public corrompu est ressortissant a tiré avantage du contrat en question. En lieu et place, l'État peut se voir adjuger le prix du contrat minoré de tous les avantages qu'il en a tirés comme le montre l'*affaire Cameroon Airlines*. Dans cette affaire, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale a estimé que les avantages tirés par l'État demandeur équivalaient à la valeur des pots-de-vin payés. Le tribunal ayant statué dans le cadre du contrôle juridictionnel a partagé l'avis du panel selon lequel l'État concerné n'était pas en droit d'obtenir la restitution de la totalité du prix du contrat tout en tranchant en faveur de l'appelant sur d'autres motifs⁵.

B. Autorisations d'exercice, permis ou licences d'exploitation

Cette catégorie de produits de la corruption concerne les situations où une entreprise se voit délivrer une autorisation en contrepartie d'un pot-de-vin. L'avantage obtenu le cas échéant peut, par exemple, prendre la forme d'un dédouanement, d'une autorisation permettant à des véhicules d'effectuer certains types de transport ou d'une licence permettant de pratiquer des forages pétroliers ou d'exploiter un réseau de téléphonie mobile. Il peut aussi couvrir les autorisations d'exercer une activité d'une manière qui n'est pas autrement autorisée par le droit d'un pays donné. Ainsi, en payant un pot-de-vin, une entreprise peut être autorisée à importer des marchandises qui ne sont pas conformes à la réglementation de ce pays.

Les produits retirés par l'entreprise ne seront sans doute pas immédiats. Une fois le permis ou la licence délivrée, les premières activités peuvent ne pas être immédiatement rentables pour l'entreprise. Ainsi une licence de forage pétrolier permettra à l'entreprise de s'implanter dans un pays donné et d'y installer ses équipements de forage pétrolier. Cela étant, ce n'est qu'après avoir réalisé, pendant un certain temps, d'importants investissements dans les infrastructures qu'elle pourra commencer à dégager des bénéfices.

Dans certains pays, il peut être difficile de quantifier les produits lorsque l'autorisation, le permis ou la licence a expiré. Les cas échéant, les autorités peuvent chercher à confisquer un bien d'une valeur équivalente. Cela étant, dans les affaires présentées dans le cadre de cet exercice, les autorités ont dû se servir de la valeur du pot-de-vin pour quantifier et confisquer les produits qui en ont été retirés. Dans certains pays, d'autres coûts d'exploitation peuvent venir s'ajouter aux pots-de-vin versés dans le calcul des produits à confisquer.

Dans certains cas, lorsque le corrupteur verse un pot-de-vin pour obtenir une autorisation d'exercice, un permis ou une licence, les avantages qu'il en retire peuvent être quantifiés en se fondant sur le préjudice subi par l'État dont l'agent public corrompu est ressortissant. L'affaire du Surya Dumai Group rend compte de la portée et des limites de cette mesure correctrice⁶. Dans cette affaire, une entreprise a versé des pots-de-vin pour obtenir un permis d'exploitation forestière dans une zone prohibée et le tribunal a ordonné aux prévenus de verser une réparation à l'État lésé pour la perte de bois subie. Cela étant, il a rejeté les demandes de réparation du préjudice environnemental qu'il a estimé insuffisamment lié au paiement du pot-de-vin.

Encadré 7. Quantification des produits en cas de délivrance d'autorisations, de permis et de licences, en tenant compte des pots-de-vin versés

Dans l'*affaire des coûts économisés et des pertes évitées*, les pots-de-vin versés par l'entreprise visaient notamment à lui permettre d'obtenir des autorisations douanières. Pour cet aspect de l'affaire, l'avantage qu'en a retiré l'entreprise n'était ni évident, ni facile à calculer. La somme des pots-de-versés a donc servi de base pour calculer la valeur de l'avantage faisant l'objet de la restitution.

Dans l'*affaire Willi Betz*, cette entreprise a versé des pots-de-vin pour obtenir des autorisations pour ses poids lourds. Au moment de la découverte de l'infraction, ces autorisations avaient déjà expiré et ne pouvaient donc plus être confisquées. La solution a donc consisté à demander la confiscation de biens d'une valeur équivalente. Le tribunal allemand qui a statué a estimé que le montant que l'entreprise était disposée à payer pour ces autorisations couvrirait non seulement le pot-de-vin payé, mais aussi le coût de création d'une société dans le pays d'accueil. Il a en outre procédé à un ajustement mineur afin de déduire les coûts de gestion de l'entreprise qui n'étaient pas liés à l'acte de corruption.

(Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.)

C. Dépenses économisées ou pertes évitées

Dans cette catégorie, le versement du pot-de-vin vise à éviter certains coûts dont l'entreprise serait autrement redevable. Au nombre des exemples types figurent les pots-de-vin versés pour échapper au paiement d'impôts ou de droits de douane⁷. Dans d'autres cas, le versement d'un pot-de-vin par une entreprise peut lui permettre de s'épargner le déménagement de certains équipements hors d'un pays alors que la loi le prescrit et d'économiser ainsi les frais de déménagement ou le manque à gagner qui résulterait de leur immobilisation. En versant des pots-de-vin, l'entreprise peut aussi chercher à ne pas avoir à payer pour obtenir certaines certifications imposées par la loi.

L'avantage retiré peut aussi être, pour l'entreprise, la possibilité d'acheter à moindre coût un produit plus performant. Tel serait le cas, par exemple, lorsqu'une compagnie pétrolière se procure, à un coût inférieur au prix du marché, du pétrole brut plus performant en se livrant à la corruption.

Les cas les plus courants dans le cadre desquels les dépenses économisées ou les pertes évitées constituent les produits de la corruption concernent les pots-de-vin versés à des agents publics pour échapper à

l'impôt ou au paiement de droits de douane. En l'occurrence, une autre approche adoptée par les autorités répressives consiste à faire appel à la méthode de « l'avantage retiré ». Avec cette méthode, les produits sont calculés en additionnant tous les avantages que l'entreprise a retirés des pots-de-vin versés.

Encadré 8. Quantification des produits en cas de dépenses économisées ou de pertes évitées

Dans l'*affaire de l'évasion fiscale*, l'entreprise a corrompu des agents publics pour ne pas avoir à payer de taxes sur les marchandises qu'elle a vendues. Dans les affaires relativement simples comme celle-ci, les produits sont calculés à partir du montant des impôts que l'entreprise aurait normalement dû acquitter. Comme on l'a vu pour les affaires déjà évoquées ayant trait à des contrats, le pot-de-vin peut parfois être ajouté au calcul, ce qui a été le cas ici.

Dans l'*affaire des dépenses économisées et des pertes évitées*, l'entreprise a versé des pots-de-vin pour s'épargner le déménagement de ses équipements volumineux hors du pays concerné alors qu'elle y était normalement tenue. Elle a ainsi économisé les droits de douane et les frais de déménagement tout en pouvant continuer à exploiter les équipements en question et à en tirer des recettes. Le tribunal a jugé que les « avantages retirés » de ce pot-de-vin par l'entreprise incluaient non seulement le coût lié au déménagement des équipements dont elle a fait l'économie, mais également les recettes provenant de la prolongation de la durée d'exploitation de ces mêmes équipements, ainsi que les droits de douane économisés.

La même méthode a été utilisée dans l'*affaire des dépenses économisées et des contrôles à l'importation évités*, dans laquelle l'entreprise a versé des pots-de-vin en vue de pouvoir importer et exporter des équipements sans les licences ou autorisations requises. Elle a pu ainsi économiser des dépenses liées non seulement aux droits de douane mais aussi aux frais de stockage, aux frais de transport supplémentaires, au coût d'achat de biens de substitution et d'immobilisation de ses équipements.

Les corrupteurs peuvent aussi tirer avantage du pot de vin en obtenant une réduction de prix ou de droits à acquitter. Dans l'*affaire du produit plus performant*, le corrupteur a pu ainsi acheter du pétrole brut plus performant à moindre coût. Il a restitué les économies réalisées sur le prix d'achat et le montant du pot-de-vin a été ajouté au calcul de l'avantage.

Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.

D. Accélération des délais

La quatrième catégorie de produits est constituée des pots-de-vin versés pour accélérer des délais et dégager ainsi plus rapidement des bénéfices. Ces situations concernent généralement les pots-de-vin versés aux agents des douanes pour accélérer l'expédition de marchandises. Autre exemple possible, les cas où des pots-de-vin sont versés pour assurer une inspection partielle, en lieu et place d'un contrôle complet, des marchandises importées. L'entreprise cherche à tirer avantage des pots-de-vin versés en s'implantant plus tôt sur le marché, ce qui lui permet de percevoir plus rapidement des bénéfices et de renforcer sa position sur le marché en devançant ses concurrents.

Quand une entreprise corrompt un agent public pour accélérer la procédure de délivrance d'une autorisation, d'une licence ou d'un permis, les produits peuvent être calculés par référence au gain de temps ainsi réalisé par l'entreprise et aux avantages que l'entreprise en a retirés pendant cet intervalle.

Encadré 9. Quantification des produits en cas d'accélération de délais

Dans l'*affaire de l'accélération des délais*⁸, une entreprise a corrompu des agents des douanes pour accélérer l'expédition de ses équipements et démarrer ainsi sa production six mois plus tôt. L'avantage retiré par le corrupteur a été évalué, au moyen d'un taux approprié représentant la valeur temps, comme étant la valeur représentée par ce gain de temps de six mois pendant lequel elle a pu percevoir des bénéfices.

Dans l'*affaire des dépenses économisées et des contrôles à l'importation évités*, l'entreprise a versé des pots-de-vin aux agents des douanes pour se dispenser d'accomplir certaines formalités, ce qui lui a en outre permis de faire entrer ses marchandises plus tôt sur le marché. Les produits ont été calculés en se fondant sur les dépenses économisées en termes de coût de transport supplémentaires, de coût d'achat de marchandises de substitution, de coût d'immobilisation de son activité et de coûts de stockage.

(Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3).

E. Produits retirés dans des affaires impliquant des contrôles internes insuffisants et peu rigoureux ou des livres de comptes et documents comptables incomplets

Les infractions de corruption surviennent souvent lorsqu'une entreprise ne met pas en œuvre pas comme il convient son dispositif de contrôle interne et ne tient pas correctement ses livres de comptes et documents comptables. Une entreprise peut ainsi avoir remporté un marché en se livrant à la corruption du simple fait qu'elle n'était pas dotée d'un dispositif de contrôle interne approprié visant à prévenir les versements de pots-de-vin ou parce que ces versements, ayant été inscrits dans ses livres de comptes et documents comptables de manière incorrecte, sont passés inaperçus. Les législations et les conventions internationales relatives à la corruption comportent donc généralement des dispositions traitant des livres de comptes et documents comptables, des contrôles internes et des dispositifs de contrôle de la conformité⁹. Outre les accusations de fond portant sur les faits de corruption, les corrupteurs doivent alors souvent répondre d'accusations concernant l'insuffisance de leurs contrôles internes et/ou l'inexactitude de leurs livres de comptes et documents comptables.

Dans ces situations, le tribunal peut demander l'application d'une mesure de confiscation s'il existe un lien de causalité entre la falsification des comptes et un avantage ultérieur. Le cas échéant, la confiscation est possible en appliquant les principes mentionnés précédemment de sorte que, par exemple, si la falsification des comptes a été à l'origine d'un avantage provenant d'un contrat, les principes régissant ce type d'avantages, décrits plus haut, s'appliqueraient. Cette approche a été adoptée dans *l'affaire relative aux livres de comptes et documents comptables* (voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3).

F. Ajustements et autres facteurs à prendre en compte dans le calcul des produits

Les autorités répressives et autres autorités compétentes peuvent aussi prendre en compte d'autres facteurs particuliers pour ajuster leurs calculs. Si les exemples présentés dans cette section se fondent sur des affaires relatives à des contrats, ces facteurs peuvent également être pris en compte pour calculer d'autres types de produits.

Les commissions versées aux intermédiaires

Les commissions versées aux intermédiaires par le corrupteur peuvent avoir une incidence sur l'évaluation des avantages. Dans *l'affaire Weir* (au

Royaume-Uni)¹⁰, le prévenu s’est servi d’un intermédiaire pour faire parvenir des pots-de-vin à des agents publics, lui versant des commissions substantielles en contrepartie de ses services. La déclaration de confiscation portait donc sur une valeur incorporant non seulement les recettes générées par le contrat mais aussi les commissions versées à l’intermédiaire. L’approche retenue en l’occurrence était que l’entreprise n’aurait pas remporté ce contrat sans les commissions versées à l’intermédiaire et que celles-ci devaient par conséquent être incluses dans le calcul.

Coût administratifs, y compris le coût de soumissionnement

Le coût de soumissionnement à un marché n’est généralement pas déduit des avantages soumis à confiscation ou à restitution. Les prévenus ont fait valoir que ces frais, tels que les coûts assumés pour se préparer à un appel d’offres, devaient être déduits à l’instar d’autres coûts encourus par un prévenu. Cela étant, dans l’*affaire des turbines de puissance de Siemens*¹¹, le tribunal a rejeté cet argument, faisant remarquer que le prévenu les aurait de toute façon encourus, que le contrat lui soit ou non adjugé.

Avantages indirects

Les avantages indirects tirés par le corrupteur peuvent souvent donner matière à confiscation ou restitution. Tel est en particulier le cas des avantages autres que les recettes ou bénéfices découlant directement du contrat. Ainsi, une entreprise peut-elle verser un pot-de-vin afin de pouvoir « glisser un pied dans la porte » et s’assurer ainsi d’autres contrats avec le même client sans avoir à octroyer de pots-de-vin supplémentaires (comme dans l’*affaire des turbines de puissance de Siemens*). Le pot-de-vin versé pour remporter le premier contrat peut en outre accroître la possibilité pour l’entreprise de gagner d’autres clients sur le même marché (comme dans l’*affaire turbines de puissance de Siemens* et dans l’*affaire Siemens Telecom et autres secteurs*). Un contrat obtenu au moyen de la corruption peut également constituer un atout pour la réputation de l’entreprise (comme dans l’*affaire Siemens Telecom et autres secteurs*)¹². La documentation institutionnelle ou financière de l’entreprise (communiqués de résultats, rapports trimestriels ou annuels, plans de développement économique, comptes rendus des réunions de la direction, documentation relative aux contrats, etc.) peut procurer des informations sur ces produits indirects.

Recettes ou bénéfices générés par une partie de la transaction

Les recettes ou bénéfices générés par une partie de la transaction peuvent également être confisqués. Dans l’*affaire du contrat fondé sur le*

volume, une entreprise détenait un contrat à long terme de vente de produits chimiques. Elle a corrompu un agent public pour obtenir une commande supplémentaire. L'avantage retiré par le corrupteur a été réputé égal à la somme des bénéfices réalisés dans le cadre de cette commande supplémentaire.

Montant du pot-de-vin versé

Que la méthode utilisée soit celle des recettes brutes ou celle des bénéfices nets, les modes de traitement des pots-de-vin sont divers. Certains prévenus ont soutenu que le pot-de-vin est un coût ou une dépense encourue pour remporter un contrat. L'avantage que le corrupteur en retire devrait donc correspondre aux recettes ou bénéfices générés par le contrat, *minorés* du pot-de-vin. Cet argument n'a été retenu dans aucune des affaires désignées dans la présente typologie. Au contraire, dans certaines affaires, le pot-de-vin a été *ajouté* aux recettes (*affaire Weir*, *affaire du matériel médical*) ou aux bénéfices (*affaire de la vente de biens ou services*, *affaire du contrat fondé sur le volume* et *affaire du produit plus performant*). Dans ces affaires, les tribunaux ou les autorités compétentes ont principalement justifié leur décision par le fait que corrupteur a inscrit à tort le pot-de-vin dans ses livres de comptes et ses documents comptables comme une dépense légitime, qu'il a ensuite déduite de ses impôts¹³. La valeur des pots-de-vin est donc une approximation du montant équivalent à l'allègement illégitime des impôts versés par l'entreprise.

Dans certaines autres affaires, la valeur du pot-de-vin n'est tout simplement *pas prise en compte*, autrement dit cette valeur n'est ni ajoutée aux recettes ou bénéfices ni soustraite des recettes ou bénéfices (comme dans l'*affaire des turbines de puissance de Siemens* et dans l'*affaire Siemens Telecom et autres secteurs*)¹⁴.

De surcroît, la valeur du pot-de-vin peut être confisquée ou restituée lorsqu'il est impossible de déterminer les recettes ou bénéfices découlant d'un contrat. Ainsi, dans l'*affaire des contrats et autres avantages* et dans l'*affaire du contrat fondé sur le volume*, les deux entreprises mises en cause ayant payé les frais de voyage et de divertissement de plusieurs agents publics, il était difficile d'imputer à tel ou tel contrat les pots-de-vin directement versés. Dans l'*affaire des contrats et autres avantages*, l'entreprise a également versé des pots-de-vin pour remporter un contrat qui ne s'est finalement pas concrétisé et dont elle n'a donc tiré aucune recette ou bénéfice réel. Dans ces deux cas, un montant égal au pot-de-vin a été restitué en se fondant sur l'hypothèse que l'avantage tiré par le corrupteur était au moins égal au pot-de-vin versé.

Période à prendre en compte

La période à prendre en compte pour calculer les produits peut débiter bien avant le versement effectif du pot-de-vin et durer longtemps après sa conclusion. Un exemple de situation où la période à prendre en compte peut débiter bien avant le versement du pot-de-vin est celui où ce versement vise à s'abstenir de payer les impôts dus au titre des exercices précédents. Une affaire pour laquelle la période à prendre en compte doit être prolongée longtemps après la conclusion du contrat serait une situation où le développement d'une d'activité pourrait être directement attribué à l'obtention d'un marché par suite du versement d'un pot-de-vin. De plus, la valeur d'un contrat à long terme peut dépendre des recettes ou bénéfices futurs provenant de transactions récurrentes. Il sera ainsi possible de calculer la valeur actualisée d'un contrat de fourniture d'électricité sur une période prolongée avant le terme du contrat. Les méthodes comptables ou financières nécessiteraient d'appliquer ou d'estimer les quantités, prix ou coûts futurs découlant de l'exécution des contrats.

Taux d'intérêt applicable

Le temps c'est de l'argent. Par conséquent, les produits des intérêts provenant de bénéfices illicites sont souvent inclus dans le calcul des produits de la corruption. Pour les contrats à long terme associés à des transactions récurrentes, il peut être nécessaire de calculer la valeur actualisée des futurs contrats en utilisant des taux d'intérêt actualisés¹⁵.

Lorsque de longues périodes sont prises en compte, le taux d'intérêt ou le coût du capital est essentiel de même que la période à laquelle il s'applique. Dans certains pays, les tribunaux utilisent un taux d'intérêt prescrit. Dans d'autres, ils prennent en compte le coût pondéré du capital, qui figure normalement dans les états financiers. Le calcul des intérêts peut nettement renchérir le montant des produits. Le cas échéant, les tribunaux doivent en premier lieu se poser les questions suivantes : quel taux d'intérêt appliquer ? Et pour quelle période l'intérêt doit-il être calculé ?

Quel que soit le taux retenu, il convient d'appliquer des intérêts aux avantages tirés de la corruption, du moment où le corrupteur les perçoit à celui où le tribunal rend sa décision de confiscation, de restitution, de réparation, etc. L'affaire exposée dans l'encadré qui suit donne un exemple de la manière dont un tribunal a choisi d'appliquer un taux d'intérêt donné à une fraction de la période concernée, à savoir du début de l'action en justice jusqu'au moment où le tribunal a ordonné la réparation du préjudice.

Encadré 10. Calcul de l'intérêt – quel taux appliquer et sur quelle période ?

En Afrique du Sud, dans l'*affaire Gore NO contre le ministre des Finances et autres*, le principal domaine sur lequel le tribunal a dû statuer concernait la période pendant laquelle il convenait de calculer l'intérêt au titre du marché adjudgé. Ce taux n'a donné matière à aucun différend car en Afrique du Sud, le taux d'intérêt pour ce type de demande est régi par la Loi n° 55 de 1975 sur le taux d'intérêt prescrit. On notera que ce taux est de 15.5 %.

Le plaignant a demandé le paiement d'intérêts de janvier 1999, date de l'assignation, à octobre 2008. Sa demande est conforme à la règle générale prévue par la Loi sud-africaine disposant que l'intérêt doit courir à compter de la date de l'assignation ou de la requête. L'article 1 (1) de la Loi n° 55 de 1975 sur le taux d'intérêt précise que « le taux susmentionné applicable s'applique à moins que le tribunal, en raison de circonstances particulières, en décide autrement ».

Dans cette affaire, le quatrième prévenu a réussi à faire valoir les circonstances particulières suivantes : premièrement, le plaignant n'avait pas produit, jusqu'en octobre 2007, d'estimation raisonnable du montant des réparations et deuxièmement toutes les parties étaient parvenues à s'entendre, dans cette affaire, sur le fait qu'elles n'intenteraient aucune action relative à la question du montant des réparations tant que les tribunaux n'auraient pas statué sur la recevabilité de la plainte. L'audience destinée à statuer sur ce point a pris fin en février 2007, alors que le plaignant n'avait pas encore présenté d'estimation raisonnable pour les réparations.

Le tribunal a jugé que l'intérêt à payer au titre de la réparation était exigible de novembre 2007 (à compter du début du mois au cours duquel le plaignant a présenté une estimation raisonnable des réparations) à octobre 2008 (date à laquelle la décision concernant le montant de la réparation a été rendue). On notera que si le tribunal avait tranché en faveur du plaignant pour ce qui est de la période (de 1999 à 2008) durant laquelle les intérêts devaient courir, le montant de la réparation aurait plus que doublé, sachant qu'avec un taux d'intérêt prescrit de 15.5 %, le montant d'une dette double en un peu moins de 5 ans.

Notes

1. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3 – Affaire de la vente de biens ou services ; Affaire du matériel médical (Suisse).
2. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.
3. Gore NO contre le ministre des Finances et autres (11190/99) (30 octobre 2008).
4. Voir les résumés des affaires présentés au Chapitre 3 – Affaire Grand.
5. Voir *ibid* – Affaire Cameroon Airlines contre Transnet Limited.
6. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.
7. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3 – Affaire de l'évasion fiscale.
8. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3 – Affaire de l'accélération des délais.
9. Voir, par exemple, l'article 8 de la Convention anticorruption, la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 2009 (Recommandation X) et son Annexe II, l'article 12(3) de la CNUCC et les dispositions du *Foreign Corrupt Practices Act* américain relatives aux contrôles internes et aux livres de comptes et documents comptables.
10. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.
11. *Ibid.*
12. *Ibid.*
13. En 1996, l'OCDE a adopté une Recommandation (révisée en 2009) demandant aux pays membres d'interdire explicitement, dans leur droit fiscal, la déductibilité fiscale des pots-de-vin.
14. Voir les synthèses des différentes affaires présentées au Chapitre 3.
15. En conséquence, la valeur actualisée d'un contrat et/ou la majoration des « survaleurs » qui en découlent pour le sous-traitant sera inférieure à l'addition des bénéfices nets pendant la période prise en compte.

Chapitre 3

Synthèses des différentes affaires

Ce chapitre a pour objet de présenter des études de cas et des exemples de quantification des produits dans les affaires de corruption active. Il ne vise pas à dresser un catalogue exhaustif des affaires impliquant une identification et une quantification de ces produits. Les études de cas présentées proviennent de sources officielles (actes judiciaires par exemple) ou, lorsque l'information est confidentielle, d'affaires ayant été « anonymisées », c'est-à-dire pour lesquelles la raison sociale des entreprises ou le nom des personnes concernées a été supprimé. Les affaires en question peuvent en outre contenir des éléments compilés à partir d'une ou plusieurs affaires effectives.

1. Contrats

Affaire dite de la vente de biens ou services (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

De 2003 à 2007, une entreprise a vendu des réseaux de télécommunications et des systèmes de contrôle à des entreprises publiques. Elle a effectué quelque 5 000 paiements pour un montant total de 5 millions USD versés à des tiers qui ont fait parvenir ces paiements sous forme de pots-de-vin à des agents publics étrangers. En contrepartie de ces pots-de-vin, elle a remporté des projets de construction de réseaux de télécommunications et de systèmes de contrôle destinés à des entreprises publiques. Les recettes tirées de ces projets ont été évaluées à 100 millions USD. L'entreprise a versé 25 millions USD au titre du coût des marchandises vendues lié à ces projets. Dans ses livres de comptes et

documents comptables, elle a en outre déguisé les pots-de-vin en dépenses légitimes, qu'elle a déduites de ses impôts.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la confiscation a été calculé au moyen de la méthode des « recettes nettes » ou des « bénéfices nets » :

	Recettes provenant des projets :	100 000 000 USD
-	Coût des marchandises vendues lié aux projets :	25 000 000 USD
+	Montant total des pots-de-vin versés :	5 000 000 USD
=	Avantage retiré total :	80 000 000 USD

Par essence, l'avantage est constitué du bénéfice perçu par l'entreprise dans le cadre des contrats (autrement dit les recettes minorées des coûts) auquel s'ajoute le montant du pot-de-vin versé. Les pots-de-vin ont été ajoutés au calcul puisque l'entreprise a bénéficié de leur déduction fiscale.

Comme le montrent les chiffres, l'écart important entre le montant des pots-de-vin versés (5 millions USD) et de l'avantage retiré (80 millions USD) justifie l'intérêt de la transaction entachée de corruption. On peut aussi comparer la marge bénéficiaire procurée par ces contrats en particulier avec celle découlant de contrats analogues, non entachés de corruption. Une autre solution consiste à comparer les projections internes de la marge bénéficiaire découlant de ce contrat à la marge effective qui en a été retirée.

Affaire du contrat fondé sur le volume (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Une entreprise a conclu un contrat à long terme avec une entreprise publique portant sur la vente de 100 tonnes environ de produits chimiques. Elle a versé 2 millions USD de pots-de-vin à des agents publics pour les inciter à commander un certain volume de produits chimiques, en sus de ces 100 tonnes, sachant que cette commande supplémentaire générerait 5 millions USD de recettes pour un coût de 1.8 million USD seulement. Par ailleurs, en vue d'inciter les agents publics étrangers à commander ces produits chimiques, l'entreprise a versé 100 000 USD pour couvrir leurs frais de voyage et de divertissement somptuaires.

Calcul de l'avantage

L'avantage obtenu par le corrupteur a été essentiellement calculé au moyen de la méthode des « recettes nettes » ou des « bénéfices nets » :

	Recettes provenant de la vente de produits chimiques au-delà de 100 tonnes :	5 000 000 USD
-	Coût des marchandises vendues :	1 800 000 USD
+	Montant total des pots-de-vin versés :	2 000 000 USD
+	Valeur totale des frais de voyage et de divertissement :	100 000 USD
=	Avantage retiré total :	5 300 000 USD

L'avantage découlant de l'obtention d'un certain volume de vente a été calculé au moyen des recettes provenant de la vente des produits chimiques au-delà de 100 tonnes. On a ajouté au bénéfice le montant du pot-de-vin puisque l'entreprise en a tiré avantage en le déduisant de ses impôts (pour plus d'explications à cet égard, se reporter l'affaire dite de la vente de biens ou services).

Les frais de voyage et de divertissement ont également été ajoutés, le tribunal ayant supposé que l'entreprise a tiré avantage du versement de ce pot-de-vin et que l'avantage pouvait même dépasser le montant des ventes supplémentaires réalisées. Ces frais ont pu ainsi apporter un atout pour la réputation de l'entreprise. L'avantage que l'entreprise a retiré du paiement des frais de voyage et de divertissement somptuaires des agents publics étrangers n'a été ni évident, ni facile à calculer. Le montant des pots-de-vin versés a donc servi de base à l'estimation de cet avantage.

Comme le montrent les chiffres, l'avantage obtenu (5.3 millions USD) rapporté au montant des pots-de-vin versés (2.1 millions USD) fait ressortir l'intérêt de ces transactions entachées de corruption.

Affaire Weir (Royaume-Uni)

Source : Communiqué de presse et bureau du procureur général de la Couronne [Crown Office and Procurator Fiscal Service] (15 décembre 2010)

Exposé des faits

Une entreprise d'ingénierie écossaise a versé 3.1 millions GBP de pots-de-vin à des agents publics étrangers pour s'assurer de la signature de 16 contrats portant sur des équipements de traitement des eaux, d'une valeur de

34.3 millions GBP. Ces pots-de-vin ont été payés par le biais d'un intermédiaire qui a touché une commission de 1.4 million GBP.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la confiscation a été calculé au moyen de la méthode des recettes brutes. La commission de l'intermédiaire et les versements indus ont été ajoutés au résultat ainsi obtenu :

	Recette brutes provenant des 16 contrats	9 414 283 GBP
	Commission de l'intermédiaire	1 427 152 GBP
+	Pots-de-vin versés aux agents publics étrangers	3 104 527 GBP
=	Avantage retiré total :	13 945 962 GBP

L'affaire du Contrat A de Selby and Ashurst (Royaume-Uni)

Source : informations communiquées par les autorités britanniques

Exposé des faits

L'entreprise Selby and Ashurst Limited (« S&A ») fait partie d'un conglomérat fournissant des logements préfabriqués. Elle-même est spécialisée dans la conception et la construction de maisons préfabriquées à l'étranger. Pour remporter le Contrat A d'une valeur de 9.1 millions GBP auprès d'un État étranger, S&A a versé à des agents publics étrangers un pot-de-vin égal à 12 % de la valeur du contrat (environ 1.1 million GBP). Le pot-de-vin a été payé par le biais de l'intermédiaire de S&A et a été déguisé en commission versée à l'intermédiaire au titre de ses services.

S&A a plaidé coupable pour avoir formé une association de malfaiteurs avec certains de ses dirigeants et intermédiaires afin d'effectuer des paiements entachés de corruption en faveur d'agents publics étrangers, en infraction à l'article 1 de la Loi pénale de 1977. Le tribunal lui a imposé une amende de 4.8 millions GBP et ordonné de soumettre son programme interne de contrôle de la conformité à une vérification extérieure. Le parquet a en outre demandé la confiscation de l'avantage retiré par S&A de l'infraction. Conformément au droit britannique, le tribunal confisquera l'intégralité du montant de l'avantage, sauf s'il est supérieur à la valeur des « avoirs réalisables » du prévenu (Loi de 1988 sur la justice pénale (modifiée)).

Calcul de l'avantage

Le parquet britannique a estimé que l'avantage devait être calculé au moyen de la méthode de la « valeur brute du contrat ». Le montant de

l'avantage n'est donc pas ajusté pour tenir compte des coûts ou dépenses encourues par le corrupteur afin d'exécuter ou de remporter le contrat, des commissions versées aux intermédiaires ou agents ou du montant du pot-de-vin perçu par l'agent public étranger. Cette méthode repose sur l'idée que l'entreprise n'aurait pu remporter le contrat « à défaut » du versement d'un pot-de-vin.

En l'occurrence, le montant de l'avantage était celui du contrat remporté, à savoir 9.1 million GBP. S&A disposait de ressources financières suffisantes et de ce fait, la déclaration de confiscation prononcée correspondait à cette somme. Même si la Loi de 1988 sur la justice pénale prévoit qu'une déclaration de confiscation prime sur une amende, S&A disposait de ressources financières (autrement dit ses avoirs réalisables) suffisantes pour pouvoir s'acquitter de ces deux sentences. Le tribunal a prononcé à son encontre une déclaration de confiscation d'un montant de 9.1 millions GBP.

Affaire des turbines de puissance Siemens (Allemagne)¹

Source : Décision du tribunal de grande instance de Munich I (Landgericht München I) (14 mai 2007)

Exposé des faits

Siemens est une entreprise allemande d'ingénierie. Deux de ses dirigeants ont corrompu les agents d'une entreprise italienne de services collectifs dont l'État italien était actionnaire. En versant un pot-de-vin de 2.65 millions EUR, Siemens a réussi à remporter un contrat de 132.5 millions EUR pour fournir à cette entreprise des turbines à gaz et des équipements connexes. Siemens a ensuite remporté un deuxième contrat, d'une valeur de 205.6 millions EUR, après avoir versé des pots de vin d'un montant respectif de 2.987 millions EUR et 483 990 USD. Ces deux contrats ont généré un bénéfice avant impôt de 103.8 millions EUR, hors frais généraux de 3.1 millions EUR et coût de soumissionnement de 3.5 millions EUR qui leur étaient imputables. Ce bénéfice a ensuite été soumis à un impôt sur les sociétés de 40 %.

Lorsque l'acte de corruption a été mis au jour, Siemens a fait l'objet de poursuites en Italie. Dans le cadre de cette procédure pénale, elle a accepté de restituer 6.121 millions EUR, montant qui, selon l'évaluation des autorités italiennes, correspondait au bénéfice provenant des deux contrats en cause.

¹ La décision a été infirmée en appel pour des raisons n'ayant aucun rapport avec la question de la confiscation.

Par ailleurs, l'entreprise italienne de services collectifs a également intenté une action au civil en Italie pour annuler ces contrats. Leur annulation aurait été très coûteuse pour Siemens car elle l'aurait obligé à désinstaller et à reprendre les turbines, à restituer les fonds que l'entreprise italienne lui avait versés pour leur achat et à l'indemniser de tous les frais encourus par elle. Cette annulation aurait annihilé tous les bénéfices enregistrés par Siemens dans le cadre de ces contrats. En fin de compte, Siemens est parvenu un règlement à l'amiable en acceptant de (1) verser à l'entreprise italienne 20 millions EUR, (2) de lui fournir gratuitement deux jeux d'aubes fixes pour turbine d'une valeur de 23 millions EUR chacune, (3) de lui fournir, à moitié prix, quatre jeux d'aubes fixes pour turbine d'une valeur de 23 millions EUR chacune, (4) de modifier, pour un coût de 1 million EUR, certains équipements afin de permettre une augmentation des températures d'exploitation et (5) d'annuler un accord lui conférant le droit exclusif d'assurer le service après vente des turbines et équipements connexes de l'entreprise italienne.

Outre les poursuites engagées à l'encontre de deux dirigeants de Siemens pour faits de corruption transnationale, les autorités allemandes ont demandé que soit prise une mesure de confiscation à l'encontre de Siemens conformément aux articles 73 à 73c du Code pénal.

Calcul de l'avantage

L'avantage a été calculé au moyen de la méthode des « recettes brutes » ou « des bénéfices bruts » mais (1) sans inclure la valeur des pots-de-vin dans le calcul de l'avantage et (2) en autorisant diverses déductions.

Le bénéfice (avant comptabilisation des frais généraux) généré par les deux contrats a servi de point de départ, et non les recettes brutes ou la valeur brute du contrat. Le tribunal a ensuite déduit les frais généraux imputables aux deux contrats pour obtenir le bénéfice net en décaissant. Il a également déduit les bénéfices déjà confisqués dans le cadre de la procédure pénale menée en Italie afin d'éviter une double confiscation. Cela étant, le tribunal n'a pas autorisé plusieurs déductions, dont celle de : (1) l'impôt sur les bénéfices, (2) du coût de soumissionnement au contrat, étant entendu que Siemens aurait encouru ces frais que ces deux contrats lui aient été adjugés ou non et (3) la valeur des pots-de-vin (alors même qu'il ne l'avait pas non plus ajoutée au calcul de l'avantage) :

Bénéfice généré par les deux contrats avant comptabilisation des frais généraux :	103 800 000 EUR
Bénéfice confisqué dans le cadre des poursuites pénales en Italie :	6 121 000 EUR
<u>= Frais généraux imputables aux deux contrats :</u>	<u>3 100 000 EUR</u>
= Avantage total retiré avant règlement intervenu en Italie :	94 579 000 EUR

Le tribunal s'est ensuite intéressé au règlement conclu entre Siemens et l'entreprise italienne de services collectifs. Siemens a accepté de lui verser de l'argent, de lui fournir des turbines, des aubes fixes pour turbine et de procéder à la modification de certains équipements. Il n'a pas statué sur l'accord exclusif de prestation de services, ne pouvant déterminer avec certitude si cet accord représentait ou non un avantage financier :

Fonds versés à l'entreprise italienne :	20 000 000 EUR
Deux jeux gratuits d'aubes fixes pour turbines :	46 000 000 EUR
Quatre jeux d'aubes fixes pour turbines à moitié prix :	46 000 000 EUR
<u>+ Modification des équipements :</u>	<u>1 000 000 EUR</u>
= Coût total du règlement intervenu en Italie :	113 000 000 EUR

Le tribunal a ensuite jugé que ce règlement avait deux finalités pour Siemens : (1) il lui évitait d'annuler deux contrats, sachant que cette annulation aurait réduit à néant tous les bénéfices qui en ont découlé et (2) il lui préservait l'accès au marché italien tout en allégeant les sanctions dont Siemens aurait été passible en Italie. Le tribunal a estimé que la valeur correspondant au point (2) ne devait pas être déduite de l'avantage faisant l'objet de la confiscation. Toutefois, la valeur correspondant au point (1) devait l'être puisque si Siemens n'avait pas engagé cette dépense, ces deux contrats auraient été annulés. Dès lors, la totalité de l'avantage retiré par Siemens dans le cadre de ces contrats aurait été annulée, ne laissant plus rien à confisquer ou à restituer. Finalement, le tribunal a jugé impossible de déterminer la valeur exacte respective du point (1) et du point (2). Il a donc accordé le même poids à chaque objectif visé et a déduit de l'avantage faisant l'objet de la confiscation la moitié du coût du règlement (égale à la valeur du point (1)).

Avantage total avant le règlement intervenu en Italie :	94 579 000 EUR
<u>= Moitié du coût du règlement intervenu en Italie</u>	<u>56 500 000 EUR</u>
= Avantage confisqué total :	38 079 000 EUR

Affaire Siemens Telecom et autres secteurs (Allemagne)

Source : Décision du tribunal de grande instance (Landgericht) de Munich I (4 octobre 2007) ; Décision du parquet de Munich I dans le cadre des poursuites relatives à une infraction administrative (15 décembre 2008)

Exposé des faits

L'entreprise d'ingénierie allemande Siemens, présente dans le monde entier, s'est livrée à des pratiques généralisées et systématiques de corruption transnationale de 2001 à 2007 en vue de remporter des contrats commerciaux. Le mécanisme de corruption à l'œuvre impliquait des agents publics d'au moins dix pays, plusieurs filiales, différentes branches d'activité et des milliers de paiements, effectués pour nombre d'entre eux par le biais d'intermédiaires. En Allemagne, Siemens s'est vu imposer des amendes administratives comportant deux volets : une part punitive et une part confiscatoire, cette dernière étant égale à l'avantage financier que Siemens a retiré de la corruption.

Calcul de l'avantage

Pour déterminer le montant de la part confiscatoire des amendes administrative, les autorités allemandes ont essentiellement appliqué, après l'avoir modifiée, la méthode « des recettes nettes ». Cette part inclut les avantages directs découlant d'un contrat remporté au moyen de la corruption :

$$\begin{aligned} & \text{Recettes provenant d'un contrat remporté au moyen de la corruption} \\ - & \quad \text{Coûts encourus pour exécuter le contrat (hors pot-de-vin)} \\ = & \quad \text{Avantage direct retiré d'un contrat remporté au moyen de la corruption} \end{aligned}$$

La part confiscatoire inclut aussi les avantages indirects retirés par Siemens que sont notamment la possibilité de remporter d'autres contrats auprès de la même entreprise, la possibilité de remporter d'autres contrats auprès d'autres entreprises (accès au marché), l'avantage en termes de réputation, la consolidation de sa position sur le marché du fait de l'élimination des concurrents et les pertes évitées en raison d'une meilleure utilisation de ses capacités de production. Ces avantages indirects peuvent exister même si le contrat remporté au moyen de la corruption n'est pas bénéficiaire. De fait, on sait que certaines entreprises concluent intentionnellement des contrats déficitaires pour les avantages indirects qu'elles en retirent, comme la possibilité de remporter de nouveaux contrats générant, eux, des bénéfices :

	Avantage direct provenant d'un contrat remporté au moyen de la corruption
	Possibilité de remporter d'autres contrats auprès de la même entreprise
	Possibilité de remporter d'autres contrats auprès d'autres entreprises
	Avantage en termes de réputation
	Consolidation de la position sur le marché
+	Pertes évitées du fait d'une meilleure utilisation des capacités de production
=	Montant total de la part confiscatoire de l'amende administrative

Dans le cas de Siemens, la valeur de la part confiscatoire des amendes administratives s'est élevée au total à 200 millions EUR (pour les activités de télécommunications) et à 394.75 millions EUR (pour les autres secteurs d'activité). Le ministère public est parvenu à ces chiffres en se fondant sur « les résultats de ses enquêtes et aux déclarations faites par Siemens elle-même, qu'il a trouvées sensées et crédibles à cet égard. »

Affaire du matériel médical (Suisse)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Une petite entreprise non cotée spécialisée dans le commerce de matériel de technique médicale a répondu, de 2000 à 2006, à des appels d'offres pour une vingtaine de projets qu'elle a tous remportés, à l'exception d'un seul, en corrompant des agents publics étrangers. Les pots-de-vin versés variaient selon le contrat et pouvaient atteindre 30% de la valeur du contrat. Les versements étaient effectués par différents moyens : paiements directs aux agents publics étrangers, paiements indirects par le biais d'intermédiaires, traitement médical des agents publics et/ou des membres de leurs familles et voyages, loisirs et cadeaux offerts aux agents publics et à leurs familles.

Calcul de l'avantage

Dans cette affaire, l'enquête a largement porté sur les aspects financiers du comportement de l'entreprise. D'après ses livres de comptes et documents comptables, chaque projet n'a pas été comptabilisé de manière distincte ou spécifique, ce qui a empêché la réalisation d'une analyse coûts/avantages complète. Cela étant, la plupart des paiements de pot-de-vin ont pu être identifiés et rattachés à un ou plusieurs contrats. Cela a permis d'appliquer la méthode du bénéfice net (ou de la valeur nette), selon laquelle l'avantage correspond aux recettes générées par le contrat, minorées du coût total encouru pour son exécution. En outre, le droit suisse permet au parquet

de recourir à une estimation des produits si leur calcul exact représente une charge insurmontable pour lui. Dans cette affaire, le recours à une estimation a été autorisé du fait qu'un grand nombre des factures requises avait été falsifiées et que l'entreprise n'avait pas procédé à un calcul spécifique à chaque projet. La confiscation a aussi porté sur d'autres montants – comme les pots-de-vin versés aux agents publics, les commissions payées aux intermédiaires, la valeur des prestations médicales effectuées et le coût des voyages, loisirs et cadeaux offerts – qui ont pu être identifiés. En fin de compte, la confiscation a porté sur un avantage estimé à 2 millions CHF (environ 2.2 millions USD, 1.5 million EUR).

Affaires des contrats et autres avantages (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Par l'intermédiaire de ses filiales, une entreprise a effectué des paiements indus en faveur d'agents publics de deux pays étrangers dans le cadre de plusieurs séries de transactions.

1. Une filiale de l'entreprise a versé 2 millions USD de pots-de-vin à des agents publics étrangers. Elle leur a également proposé (mais sans finalement les payer) des pots-de-vin d'un montant de 2 millions USD. Ces versements lui ont permis de remporter plusieurs contrats d'une valeur de 50 millions USD environ et d'enregistrer 20 millions USD de bénéfices.
2. L'entreprise a versé 1 million USD de pots-de-vin à des agents publics étrangers en contrepartie d'un contrat de vente de marchandises ayant généré 100 millions USD de recettes et 10 millions USD de bénéfices.
3. L'entreprise a corrompu un agent public pour s'assurer un contrat de vente de marchandises. Elle a versé 3 millions USD à titre de pots-de-vin et de frais de représentation, remportant en contrepartie un contrat ayant généré 50 millions USD de recettes et 20 millions USD de bénéfices.
4. L'entreprise a versé 150 000 USD de pots-de-vin à des agents publics étrangers pour assurer que son produit serait retenu dans le cadre d'une procédure de marché public. Finalement, ce contrat n'a toutefois pas été exécuté.
5. L'entreprise a pris en charge les frais de représentation d'agents publics étrangers pour un montant de 100 000 USD. L'avantage obtenu en contrepartie n'a pu être déterminé.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la restitution a été calculé essentiellement au moyen de la méthode des « recettes nettes » ou « bénéfices nets » :

	Bénéfice provenant du 1er contrat :	20 millions USD
	Bénéfice provenant du 2e contrat :	10 millions USD
	Bénéfice provenant du 3e contrat :	20 millions USD
	Pots-de-vin versés en lien avec le 4e contrat :	150 000 USD
+	<u>Frais de représentation des agents publics étrangers :</u>	<u>100 000 USD</u>
=	Avantage retiré total :	50 250 000 USD

L'avantage a été calculé à partir des bénéfices nets (recettes minorées des coûts) des contrats remportés. En outre, les pots-de-vin versés pour s'assurer le 4^e contrat ont été inclus dans le calcul de l'avantage. Même si le contrat n'a finalement pas été exécuté, l'avantage retiré par l'entreprise est présumé égal à la valeur des pots-de-vin versés. Enfin, les frais de représentation des agents publics étrangers sont également ajoutés, car l'avantage qu'en a retiré le corrupteur est supposé correspondre à un montant équivalent à ces frais.

L'affaire Fyffes Group et autres contre Templeman, Seatrade et autres (Royaume-Uni)

Source : Fyffes Group Ltd. contre Templeman (2000), 2 Lloyd's Rep. 643 (Royaume-Uni.)

Exposé des faits

Fyffes était une entreprise ayant pour activité le commerce de la banane. Elle a découvert que l'un de ses salariés ayant négocié un accord de services avec une entreprise de fret maritime avait accepté, de 1992 à 1996, des pots-de-vin pour un montant de plus de 1.4 million USD. Fyffes a cherché à obtenir réparation du préjudice auprès de son salarié, de la compagnie de fret et de ses agents.

Tous les prévenus ont été tenus pour conjointement responsables à hauteur de la valeur des pots-de-vin. Le tribunal a jugé qu'« il est incontestable que [les pots-de-vin] ont été pris en compte par *le sous-traitant* lorsqu'il a donné son accord sur le montant annuel du fret, lequel aurait été proportionnellement moins élevé pour Fyffes si elle avait seulement dû payer la somme nette que *le sous-traitant* était prêt à accepter ». L'entreprise de fret maritime et ses agents ont dû payer une réparation supplémentaire pour la perte subie par Fyffes du fait de la conclusion de ce contrat à des conditions qui lui étaient défavorables.

Pour parvenir à cette conclusion, Le juge a rejeté la restitution de tous les bénéfices réalisés par le sous-traitant dans la mesure où « Fyffes aurait très probablement conclu un accord avec ce sous-traitant même sans la malhonnêteté de son salarié ». En conséquence, le bénéfice « ordinaire » tiré du contrat ne provenait pas de l'acte de corruption, mais de la « prestation de services pour laquelle un contrat aurait de toute façon été conclu entre les deux parties ».

Calcul du préjudice

Le juge a examiné les éléments fournis par différents spécialistes du fret maritime ayant fait respectivement une déposition en faveur de Fyffes ou de Seatrade afin de déterminer la différence entre les montants effectivement versés par Fyffes à Seatrade et ceux que Fyffes aurait payés si elle avait été représentée par un négociateur honnête et prudent. Il s'agit là, en fait, d'un exemple similaire au calcul du bénéfice additionnel. Le passage intitulé « *Steaming saved* » [Économie de vapeur] de la décision rendue fait ressortir à quel point, dans cette affaire, les éléments ayant servi à quantifier le préjudice vont dans le détail :

Aux termes de la clause 10 de l'accord de prestation de services, Fyffes était tenue de payer à Seatrade tout le carburant de soute consommé par kilomètre supplémentaire en cas de changement de ports et cela, quelque soit sa route. L'accord ne contenait aucune disposition inverse donnant droit à une remise pour Fyffes en cas de moindre consommation du carburant de soute permettant de réaliser une économie de vapeur. L'expert du plaignant a jugé très inhabituel qu'une telle disposition ne soit pas réciproque, estimant qu'un affréteur honnête et prudent n'aurait pas accepté une clause ainsi formulée. La défense a effectivement concédé ce point. Fyffes est donc en droit, comme elle l'a demandé, d'obtenir à ce titre 471 940 USD de réparation.

Chaque point de cette clause du contrat conclu entre Fyffes et Seatrade a été étudié de la même manière. Le jugement n'a remis en question les calculs effectués qu'en cas de désaccord patent concernant le mode de calcul d'une charge ou d'un produit. Le juge a notamment analysé, pour chaque année, ce que Fyffes aurait normalement accepté de payer si elle avait été représentée par un négociateur honnête et prudent. Rien n'indiquait que les paiements effectués auraient été différents en 1992, 1994 et 1995. Le juge a toutefois estimé que les paiements avaient été majorés de 830 022 USD en 1993 et de 1.1 million USD en 1996, les prix effectivement facturés étant supérieurs à ceux qu'un négociateur honnête et prudent aurait acceptés, compte tenu des conditions du marché.

Affaire Gore NO contre le ministre des Finances et autres (Afrique du Sud)

Source : Décision rendue dans l'affaire Gore NO contre le ministre des Finances et autres (11190/99) (30 octobre 2008)

Exposé des faits

Un adjudicataire malhonnête s'est vu attribuer un contrat faisant appel à la technologie biométrique pour le paiement de retraites, de prestations d'invalidité et d'allocations familiales. Le soumissionnaire concurrent a demandé la réparation du préjudice. L'adjudicataire malhonnête n'avait pas encore exécuté le contrat dans la pratique et le plaignant n'a jamais fourni ce type de prestations. Le contrat en cause a été annulé et un nouveau contrat a été adjugé à Allpay, une entreprise tierce.

Dans cette affaire, il n'y a guère eu d'ajustement à faire par rapport aux données comparatives disponibles. Toutefois, en l'absence d'informations directement utiles, il peut être nécessaire de recourir, à des fins de comparaison, à plusieurs jeux d'états financiers et de procéder à de multiples ajustements.

Calcul du préjudice

Pour déterminer le bénéfice net que le plaignant aurait gagné s'il avait exécuté ce contrat, les produits et charges ont été analysés comme suit :

Produits (recettes) : produit initial provenant des inscriptions (redevances que l'État aurait versées au titre de l'inscription des pensionnés au cours de la première année suivant la passation du marché) + produit des paiements (redevances que l'État aurait versées au titre du paiement des pensions) + produit financier du solde quotidien provenant de la trésorerie avancée par l'État et utilisées pour payer les pensions + intérêts produits par l'excédent de trésorerie et les bénéfices réinvestis.

Coûts : frais de personnel + coûts directs (postes comme les coûts de fonctionnement des véhicules, l'entretien, l'assurance, l'essence, les lignes de modem, les lignes téléphoniques...) + coûts indirects (postes comme les coûts de location de bureaux, assurance perte et vol des avoirs en caisse, rémunération du vérificateur des comptes, les polices d'assurance-vie, les prélèvements au titre des services régionaux, les frais de déplacement, les frais bancaires et les postes extrabudgétaires) + le coût initial lié aux inscriptions + les coûts de location.

Le juge a fondé sa décision sur le calcul hypothétique effectué par les experts comptables de chaque partie et les éléments de comparaison à sa disposition.

Concernant les produits, le jugement est libellé comme suit « le coût par bénéficiaire ajusté de l'inflation supporté par Allpay de 1995 à 1999 et imputé aux chiffres présentés par le plaignant concernant les bénéficiaires varie de 7.23 ZAR en 1999 à 9.30 ZAR en 1995. En revanche, le prix, TVA incluse, par tête proposé par le plaignant dans son offre pour les paiements des bénéficiaires aurait été compris dans une fourchette de 17.40 ZAR en 1995 à 22.55 ZAR en 1999. La marge bénéficiaire considérable qu'il aurait réalisée est évidente ».

Concernant les coûts, le jugement est libellé comme suit « dans un tableau présenté par le plaignant, les coûts ajustés de l'inflation qu'il aurait encourus sont substitués à ceux d'Allpay (provenant des états financiers de cette dernière). Ce tableau indique que, sur la base des frais encourus par Allpay, le plaignant aurait réalisé pendant cinq ans, un bénéfice avant impôt de 322 165 662 ZAR, soit un montant nettement supérieur au bénéfice avant impôt de 253 millions ZAR environ revendiqué par le plaignant ».

Concernant la marge opérationnelle, le jugement rendu dans l'affaire Gore précise par ailleurs que « la comparaison avec la marge opérationnelle d'Allpay justifie les arguments avancés par le plaignant. J'ai souligné que d'après le calcul effectué par celui-ci, la marge opérationnelle moyenne d'Allpay était de 28 %... ». La marge opérationnelle moyenne d'Allpay représente environ 61.7 % de la projection de marge opérationnelle effectuée pour le plaignant. Cette différence est en partie due au fait que le premier exercice d'Allpay ne comportait aucun versement de la part des bénéficiaires et donc aucun produit réel. Le plaignant aurait quant à lui perçu un produit réel. « Cette différence s'explique en majeure partie par le prix comparativement élevé de l'offre faite par le plaignant. En relevant le prix par bénéficiaire d'Allpay pour le porter vers le niveau de la moyenne nationale (*d'autres entreprises ayant fourni des services similaires dans d'autres provinces d'Afrique du Sud*) sa marge bénéficiaire se redresserait nettement dans les mêmes proportions et serait comparable à la projection de marge opérationnelle effectuée pour [le plaignant]. »

Un extrait rédigé du jugement concernant la plus simple et la moins contestée de ces catégories illustre la manière dont le juge est parvenu à rendre ses conclusions sur certains points précis :

Coûts indirects

Les calculs présentés par les parties respectives sont les suivants pour la période de cinq ans considérée : plaignant 26 680 000.00 ZAR [environ

4.44 millions USD] ; deuxième prévenu 26 680 000.00 ZAR [environ 4.44 millions USD] ; quatrième prévenu 29 881 368.00 ZAR [environ 4.98 millions USD].

[...]

Rien n'indique que [*l'expert-comptable du quatrième prévenu*] ait rectifié ses calculs en se fondant sur les renseignements fournis par une personne ayant, à titre individuel, connaissance du service que le plaignant aurait fourni. L'avocat du plaignant énumère en outre un certain nombre d'erreurs faites par [*l'expert comptable du quatrième prévenu*]. Celui-ci a pris, par erreur, les dépenses du plaignant inscrites à son budget pour 1995 et les a insérées dans la colonne correspondant à l'exercice 1994, sans minorer ces montants pour tenir compte l'inflation.

Pour ces motifs, et étant entendu que deux des trois parties sont du même avis, je ne vois aucune raison de mettre en doute les chiffres présentés par le plaignant.

Affaire S.T. Grand, Inc. contre la ville de New York (État de New York)

Source : 32 N.Y.2d 300, 298 N.E.2d 105 (1973)

Exposé des faits

L'affaire Grand est une affaire civile dans le cadre de laquelle l'entreprise S.T. Grand, Inc., avait conclu un contrat, d'une valeur de 840 000 USD environ, avec la ville de New York pour l'assainissement d'une retenue d'eau. Grand a mené à bien à l'assainissement comme prévu par ce contrat. La ville avait versé à Grand quelque 690 000 USD au moment où des allégations pénales ont fait surface.

Grand et son PDG ont ensuite été condamnés pour association de malfaiteurs formée à des fins de corruption, pour avoir versé un pot-de-vin à un agent public de la ville en vue d'obtenir ce marché.

Par la suite, Grand a poursuivi la ville pour le solde impayé d'environ 150 000 USD qu'elle lui devait pour les travaux d'assainissement effectués. La ville a refusé de payer, faisant valoir que ce contrat était illégal au motif de corruption. La ville a alors formé une demande reconventionnelle pour recouvrer les quelque 690 000 USD qu'elle avait déjà versés.

Calcul des restitutions contractuelles

La Cour suprême de l'État de New York a jugé qu'en effet le contrat en question était illégal au motif de la condamnation pénale prononcée pour faits de corruption. Le tribunal a ensuite appliqué la règle générale en vigueur selon laquelle « lorsque des travaux sont effectués aux termes d'un contrat municipal illégal, le fournisseur [en l'occurrence Grand] ne peut prétendre à aucun recouvrement, soit au titre du contrat soit « à proportion de ce qui lui est dû » et a jugé que la ville de New York pouvait recouvrer auprès du fournisseur toutes les sommes qu'elle lui avait versées. Le tribunal a donc ordonné à Grand de renoncer à l'intégralité du montant du contrat, soit environ 840 000 USD.

Cameroon Airlines contre Transnet Limited (Cour internationale d'arbitrage)

Source : Affaire n° 11307 de 2003 de la CCI, infirmée en partie [2004] EWHC 1829 (Comm) (Royaume-Uni)

Exposé des faits

L'entreprise Transnet Limited a conclu deux contrats de maintenance avec l'entreprise publique Cameroon Airlines. Transnet a également conclu un contrat avec un intermédiaire, ATT, aux termes duquel cet intermédiaire devait négocier, contre paiement d'une commission, le prix auquel Transnet devait fournir ces services à Cameroon Airlines. Cameroon Airlines a versé à Transnet plus de 50 millions USD dans le cadre des contrats de maintenance, Transnet effectuant des paiements proportionnels à ATT à titre de commission. Ces paiements à ATT étaient ensuite reversés sous forme de rétro-commissions à des dirigeants de Cameroon Airlines et à de hauts fonctionnaires. Transnet a finalement fourni les services et les équipements prévus aux termes des contrats avant que les faits de corruption ne soient mis au jour.

Cameroon Airlines a déposé une demande d'arbitrage à l'encontre de Transnet auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, faisant valoir que les contrats étaient entachés de corruption, demandant la restitution de l'intégralité du montant correspondant aux contrats, majoré des intérêts. Après entente des parties, ce différend a été tranché conformément au droit sud-africain.

Calcul des restitutions contractuelles

La CCI a jugé que si Cameroon Airlines était en droit d'annuler les contrats de maintenance, la compagnie ne pouvait prétendre à la restitution de l'intégralité des sommes s'y rapportant. Transnet a fourni les services et les équipements prévus aux termes de ces contrats. Cameroon Airlines n'est donc en droit de percevoir que la valeur desdits contrats, minorée de la valeur des avantages qu'elle en a tirés. Le tribunal devait donc déterminer la valeur de ces avantages ou le prix moins élevé que Cameroon Airlines aurait payé à un autre fournisseur en l'absence de corruption.

Le tribunal a quantifié la restitution due à Cameroon Airlines en déduisant la « juste valeur » des services fournis par Transnet du montant versé pour les contrats d'entretien. Cette « juste valeur » était constituée du prix commercial des contrats, minoré de toutes les « commissions » ajoutées par Transnet au prix du contrat en vue de récupérer le montant versé pour les pots-de-vin. Le tribunal a accordé à Cameroon Airlines la restitution d'un montant de 8.4 millions USD correspondant au montant estimé des pots-de-vin versés.

La Haute cour de justice britannique a ensuite infirmé le prononcé de cette sentence pour des raisons de procédure, considérant que l'une des parties à la procédure d'arbitrage avait été privée d'une occasion équitable d'aborder, dans le cadre d'une audience, la question essentielle de l'approche adoptée par le tribunal en matière de quantification. La Haute cour a néanmoins jugé, à l'instar du tribunal, que Cameroon Airlines ne pouvait prétendre à la restitution de l'intégralité du prix du contrat. Elle a indiqué, dans une remarque incidente, que Transnet ne pouvait prétendre conserver la totalité du bénéfice découlant du contrat et que seuls les coûts qu'elle a elle-même assumés pour fournir les services devaient être exclus de la restitution.

2. Autorisation d'exercice, permis ou licences d'exploitation

Affaire Willi Betz (Allemagne)

Source : Décision rendue par le tribunal de grande instance de Stuttgart (Landgericht Stuttgart), 10^e chambre de la division pénale (chambre des infractions économiques), 10 KLS 180 Js 103224/05 (20 mars 2008)

Exposé des faits

Willi Betz est une entreprise de transport routier de marchandises. Pour exercer son activité en Europe, Willi Betz doit obtenir des autorisations

délivrées par la Conférence européenne des ministres de Transports (CEMT) pour ses poids lourds. Willi Betz a ouvert des bureaux en Géorgie et en Azerbaïdjan, principalement dans le but d'obtenir ces autorisations pour ces pays. Une fois obtenues, ces autorisations permettaient aux véhicules de Willi Betz de circuler dans toute l'Europe. En Géorgie, BT, directeur général de Willi Betz, a octroyé 1 074 000 USD de pots-de-vin à un agent public géorgien pour obtenir des autorisations CEMT. En Azerbaïdjan, BT a versé à un agent public azéri 1 647 436 EUR de pots-de-vin pour obtenir des autorisations CEMT et 422 500 EUR pour l'immatriculation de ses véhicules. Au total, Willi Betz a dépensé 9.2 millions EUR pour créer et faire tourner des entreprises en Géorgie et en Azerbaïdjan, à seule fin de corrompre des agents publics géorgien et azéri et d'acquitter des frais (légitimes) pour la délivrance des autorisations.

Les autorités allemandes ont engagé une procédure de confiscation à l'encontre de Willi Betz, conformément aux articles 73 à 73a du Code pénal. Les autorisations CEMT ne pouvaient plus être confisquées puisqu'elles avaient expiré ou n'existaient plus. Les autorités allemandes ont donc demandé la confiscation d'avoirs d'une valeur équivalente.

Calcul de l'avantage

La valeur de l'avantage faisant l'objet de la confiscation a été calculé au moyen de la méthode dite de « l'avantage retiré ». Le tribunal a jugé que l'avantage retiré représentait, au minimum, le montant que BT était disposé à payer pour obtenir les autorisations CEMT. Ce montant n'inclut pas seulement les pots-de-vin versés aux agents publics étrangers, mais aussi le coût d'établissement et d'exploitation des entreprises créées en Géorgie et en Azerbaïdjan, principalement constituées en vue de l'obtention de ces autorisations. Une déduction mineure a été consentie dans la mesure où une petite fraction des activités de ces entreprises était sans rapport avec les faits de corruption ou avec les autorisations CEMT :

Pots-de-vin et coût d'exploitation des entreprises :	9 200 000 EUR
– Coût d'exploitation des entreprises non lié à la corruption :	<u>700 000 EUR</u>
= Avantage confisqué total :	8 500 000 EUR

Réparation du préjudice dans l'affaire in Re Surya Dumai Group (Indonésie)

Source : Commission d'éradication de la corruption (KPK) d'Indonésie

Exposé des faits

Une entreprise a versé des pots-de-vin en vue d'obtenir un permis d'exploitation forestière dans une zone prohibée. En outre, l'entreprise a soutenu que si elle était autorisée à abattre les arbres, elle construirait une petite usine d'huile de palme sur le terrain dénudé et y replanterait des palmiers. L'entreprise s'est livrée à l'exploitation forestière mais sans jamais construire l'usine ou replanter d'arbres. L'abattage des arbres a détruit l'environnement local.

Calcul de la réparation

Cinq prévenus (quatre agents publics et le propriétaire de l'entreprise) ont été condamnés à verser 350 milliards IDR (environ 30 millions USD) à l'État à titre de réparation pour la perte de bois. Cette perte a été évaluée en répertoriant les zones d'abattage et en les évaluant au prix du marché. Le propriétaire de l'entreprise a versé, en mars 2008, 350 milliards IDR à titre de « substitution » à la KPK, l'agence anticorruption indonésienne. Le propriétaire de l'entreprise et certains autres prévenus ont été condamnés à une peine d'emprisonnement. Aucune amende n'a été infligée.

Pour calculer le montant de la réparation, l'argument a été avancé que le tribunal devrait prendre en compte l'effet multiplicateur du préjudice occasionné que constituait le risque accru d'inondation et d'érosion, puisque l'atteinte à l'environnement avait été importante. Le tribunal a rejeté cet argument jugeant que conformément au droit indonésien, les juges ne peuvent imposer une réparation d'un montant supérieur à celui des pots-de-vin versés, majoré des produits directs de l'acte de corruption. Le montant de la perte subie par l'État s'est donc limité à la perte de bois dans la zone ayant fait l'objet de la concession.

Affaire des coûts économisés et des pertes évitées (États-Unis)

Voir ci-dessous l'**affaire des coûts économisés et des pertes évitées** se rapportant à des pots-de-vin versés à des agents des douanes pour s'épargner les formalités et inspections douanières obligatoires.

3. Coûts économisés et pertes évitées

Affaire des coûts économisés et des pertes évitées (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Une entreprise fournit des services et des équipements de forage à des compagnies pétrolières dans le monde entier. Pour une opération particulière, le pays d'accueil lui a demandé de déménager ses équipements volumineux hors du pays pendant une période donnée. Si l'entreprise procédait à ce déménagement, les équipements en question ne généreraient alors plus de recettes pendant toute la période d'arrêt de l'exploitation. L'entreprise a donc versé des pots-de-vin à des agents des douanes pour s'abstenir d'avoir à déménager ces équipements, maintenant ainsi leur exploitation, ce qui lui a permis d'enregistrer 4 millions USD de recettes supplémentaires et d'économiser, de surcroît, 2 millions USD de frais de déménagement.

L'entreprise a en outre versé des pots-de-vin pour ne pas avoir à payer 1 million USD de droits de douane dont elle était redevable pour l'importation de marchandises. Le montant des pots-de-vin allaient de 20 % à 30 % des droits de douane effectivement dus.

Enfin, l'entreprise a versé 50 000 USD de pots-de-vin à des agents des douanes pour s'épargner les formalités et inspections douanières requises, en vue de simplifier les contrôles d'entrée et d'accélérer le dédouanement de ses marchandises.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la restitution a été calculé au moyen de la méthode de « l'avantage retiré ».

Coûts évités de déménagement des équipements :	2 000 000 USD
Bénéfices découlant de la prolongation de la période d'exploitation :	4 000 000 USD
Droits de douane évités :	1 000 000 USD
+ Avantage provenant des formalités et inspections douanières évitées :	50 000 USD
= Avantage retiré total :	7 050 000 USD

L'avantage découlant des 50 000 USD de pots-de-vin versés pour simplifier le contrôle d'entrée et accélérer le dédouanement des marchandises n'était ni évident, ni facile à calculer. La somme des pots-de-vin versés a donc servi de base pour calculer la valeur de l'avantage faisant l'objet de la restitution.

Affaire du produit plus performant (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Une entreprise fournit du gaz et des produits liés à l'énergie. Elle a versé 1 million USD de pots-de-vin à des agents publics étrangers pour se procurer du pétrole brut plus performant à un prix inférieur de 0.30 USD/baril à celui du marché, payant ainsi 17.5 USD millions au lieu de 25 millions USD au prix du marché.

Calcul de l'avantage

L'avantage retiré par le corrupteur a été calculé au moyen de la méthode dite « classique » :

	Coût du pétrole au prix du marché :	25 000 000 USD
-	Coût du pétrole au prix découlant de la corruption :	17 500 000 USD
+	Montant des pots-de-vin :	1 000 000 USD
=	Avantage retiré total :	8 500 000 USD

L'avantage retiré a été calculé en déterminant la différence entre le prix que l'entreprise aurait payé pour le pétrole sur le marché (25 millions USD) et le prix qu'elle a payé en se livrant à la corruption (17.5 millions USD).

Comme le montrent ces chiffres, l'entreprise a versé des pots-de-vin pour se procurer du pétrole brut à un prix inférieur à celui du marché, de surcroît pour un produit plus performant que celui de ses concurrents. Au moment de l'achat, la transaction lui a donc servi à s'approvisionner en pétrole brut à moindre coût.

Affaire de l'évasion fiscale (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Une entreprise qui vend des ordinateurs et des composants logiciels à des entités publiques a payé 250 000 USD de pots-de-vin à des agents publics étrangers pour ne pas avoir à payer 1.25 million USD de taxes sur les marchandises qu'elle a vendues.

Calcul de l'avantage

L'avantage obtenu par le corrupteur a été calculé au moyen de la méthode de « l'avantage retiré » :

Taxes évitées :	1 250 000 USD
+ Montant des pots-de-vin :	250 000 USD
= Avantage retiré total :	1 500 000 USD

Affaire des dépenses économisées et des contrôles à l'importation évités (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Les filiales d'une entreprise ont corrompu des agents publics étrangers dans le cadre de deux séries de transactions :

- a) Une filiale de l'entreprise a versé 150 000 USD de pots-de-vin à des agents des douanes étrangers, en contrepartie d'un allègement des droits de douane et pour se dispenser d'avoir à obtenir les licences d'importation nécessaires. Pour la plupart peu fréquents et portant sur de faibles montants, ces versements ont néanmoins permis à l'entreprise d'économiser 200 000 USD de frais.
- b) Une autre filiale a versé 25 000 USD de pots-de-vin à des agents des douanes étrangers pour permettre à l'entreprise de s'épargner des contrôles douaniers qui aurait pu entraîner une interdiction d'importation de certains produits. Ces pots-de-vin ont permis à l'entreprise d'économiser 170 000 USD de frais ou de coûts d'immobilisation de ses équipements.

En tout, plus d'une cinquantaine de versements à des agents des douanes étrangers représentant au total 200 000 USD ont été effectués. L'entreprise n'a inscrit dans ses livres de comptes et documents comptables ni la véritable nature ni l'objet réel de ces versements.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la restitution a été calculé au moyen de la méthode « de l'avantage retiré »:

	Dépenses économisées grâce à la 1e série de versements :	200 000 USD
+	Dépenses économisées grâce à la 2e série de versements :	170 000 USD
=	Avantage retiré total :	370 000 USD

4. Accélération des délais*Affaire de l'accélération des délais (États-Unis)*

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

Une entreprise a corrompu des agents des douanes dans un pays étranger en vue d'accélérer l'acheminement dans ce pays d'équipements nécessaires à la production pétrolière, ce qui lui a permis de les faire entrer dans le pays et donc d'atteindre le stade de la production pétrolière six mois plus tôt. (Pour déterminer le volume de temps épargné, il est nécessaire d'analyser les activités passées et les données historiques). Au cours de ces six premiers mois, le projet a généré 500 millions USD de bénéfices pour l'entreprise.

Calcul de l'avantage

Du fait de la corruption, le projet a commencé à produire plus rapidement des recettes. L'avantage économique pour l'entreprise est donc constitué par la valeur du temps gagné qui lui a permis de dégager des bénéfices plus rapidement :

Avantage = (bénéfice hebdomadaire) x (gain de temps en semaines) x (taux représentatif de la valeur temps en semaines)

Dans cette affaire particulière, l'avantage retiré s'est élevé, d'après les calculs, à environ 12 millions USD.

5. Violations des dispositions relatives aux contrôles internes et aux livres de comptes et documents comptables

Affaire des livres de comptes et documents comptables (États-Unis)

Source : affaire anonymisée

Exposé des faits

La filiale à 100 % d'une entreprise a versé 200 000 USD au total à plusieurs entreprises publiques étrangères pour remporter un marché public. Ces pots-de-vin ont entraîné la conclusion de contrats de vente d'une valeur de 4 millions USD et 1 million USD de bénéfices, valeur du pot-de-vin incluse. Les pots-de-vin versés n'ont pas été correctement inscrits dans les livres de comptes et documents comptables par l'entreprise, en infraction avec la législation en vigueur relative à la tenue correcte de ces pièces comptables.

Calcul de l'avantage

L'avantage faisant l'objet de la restitution a été calculé au moyen de la méthode du « bénéfice net » en vertu de laquelle l'avantage est constitué du bénéfice net provenant des contrats remportés au moyen de la corruption. La valeur des transactions comptabilisées de manière incorrecte (autrement dit les pots-de-vin dissimulés) fait aussi partie de l'avantage. L'entreprise a donc restitué 1 million USD, en plus de l'intérêt avant jugement.

Conclusion

Comme le montre le nombre relativement peu élevé d'affaires, limitées à une poignée de pays, le potentiel d'utilisation des mesures de confiscation des produits de la corruption active n'est toujours pas pleinement exploité. La présente étude visait à montrer comment venir à bout des difficultés techniques liées à l'identification et à la quantification de ces produits et que ce processus n'est ni trop complexe ni trop coûteux pour ne pas pouvoir être généralisé.

Cet exercice typologique a mis en évidence la diversité des méthodes utilisées dans les différents pays pour identifier et quantifier les produits de la corruption active. Le recours aux moyens juridiques disponibles – confiscation, restitution, amendes, réparation du préjudice ou restitutions contractuelles – peut aboutir à différents résultats pour ce qui est du mode de calcul des montants à recouvrer en tant que produits de la corruption. La quantification est non seulement possible, mais il existe toutes sortes de solutions et d'approches sensées permettant toutes aux États Parties de respecter les obligations qui leur incombent aux termes de la Convention anticorruption de l'OCDE et de la CNUCC.

Même si en raison de la diversité des dispositifs juridiques et de la complexité des concepts juridiques et financiers, la quantification peut sembler à premier vue une tâche décourageante, elle ne doit pas passer pour un obstacle aux yeux des pays n'ayant guère fait l'expérience de la quantification des produits de la corruption active et souhaitant renforcer leur pratique à cet égard. Il apparaît même au contraire que les pays ayant effectivement renforcé leurs capacités l'ont fait en appliquant les principes juridiques classiques à la disposition des praticiens. Ainsi, aux États-Unis, différentes mesures correctrices équitables, comme la restitution, sont initialement issues de la jurisprudence. L'Allemagne et d'autres pays ont promulgué une législation relative à la confiscation et aux amendes. En conjuguant jurisprudence et textes de loi, l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni et d'autres pays se sont dotés de mesures correctrices qui fonctionnent comme la réparation du préjudice et les restitutions contractuelles.

Quant aux difficultés particulières propres à la quantification des produits provenant de contrats entachés de corruption, les praticiens les ont surmontées en utilisant des concepts comme les recettes brutes, les produits

nets ou les bénéfices supplémentaires. Le présent rapport a étudié chacune de ces différentes méthodes et les experts de différents pays, qui y ont contribué, ont fourni des exemples d'affaires ayant réellement été tranchées. Les possibilités d'application, par analogie, de ces concepts généralement admis sont considérables, assurant de ce fait que ceux qui pratiquent la corruption active ne restent pas impunis, sans se voir priver de leurs gains mal acquis.

Toutes ces méthodes de quantification peuvent être développées en appliquant la législation en vigueur, en promulguant de nouvelles lois et en élaborant une jurisprudence ou des lignes directrices en vue de guider les praticiens. Ceux-ci peuvent dès lors bénéficier de la certitude juridique que leur procurent des textes législatifs et des pratiques suffisamment établis. Pour quantifier les produits de la corruption active, ils peuvent ainsi appliquer des méthodes prévisibles découlant logiquement des principes juridiques en vigueur et des pratiques commerciales courantes. Les pays disposés à mettre en place un nouveau dispositif juridique peuvent considérer les méthodes décrites dans la présente étude typologique à la fois comme la démonstration que la quantification des produits de la corruption active est possible et comme un point de départ pour les législateurs, les responsables de l'action publique ou les praticiens, leur permettant d'élaborer ou de mettre en œuvre des pratiques adaptées au contexte juridique qui leur est propre. En outre, ces méthodes et études de cas pourraient aussi servir d'outils pour former les praticiens aux différentes méthodes de quantification.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. L'Union européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

StAR

L'initiative Stolen Asset Recovery (StAR) est un partenariat entre le Groupe Banque Mondiale et l'Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime qui soutient les efforts internationaux pour mettre fin à la dissimulation des produits de la corruption dans certaines juridictions. StAR travaille avec les pays en développement et les centres financiers pour prévenir le blanchiment des produits de la corruption et pour faciliter une restitution plus rapide et systématique des biens mal acquis. Plus d'informations sur l'initiative StAR sont disponibles sur le site www.worldbank.org/star.

GRUPE BANQUE MONDIALE

Le Groupe Banque Mondiale est une source essentielle d'appui financier et technique pour les pays en développement du monde entier. Il se compose de cinq institutions : la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD) et l'Association Internationale de Développement (IDA), qui forment toutes les deux la Banque Mondiale ; la Société financière internationale (IFC) ; l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) ; et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chaque institution joue un rôle distinct dans la lutte contre la pauvreté et l'amélioration des conditions de vie dans les pays en développement. Plus d'informations sur l'initiative StAR sont disponibles sur les sites www.worldbank.org, www.miga.org, et www.ifc.org.

L'OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME (UNODC)

L'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) est à la tête de la lutte mondiale contre les stupéfiants et la criminalité internationale. Il déploie son action dans toutes les régions du monde grâce à un vaste réseau de bureaux extérieurs. L'UNODC a pour mandat d'aider les États-membres dans leur lutte contre le crime organisé, la corruption, la drogue et le terrorisme.

Dans la Déclaration du Millénaire des Nations Unies, les États-membres se sont engagés à intensifier la lutte contre la criminalité transnationale dans toutes ses dimensions, à redoubler d'efforts dans l'accomplissement de leur engagement à lutter contre le problème mondial de la drogue et à prendre des mesures concertées contre le terrorisme international. Le programme de travail de l'UNODC s'articule autour de trois piliers : des projets de coopération technique sur le terrain, destinés à développer la capacité des États-membres à agir contre la criminalité, la drogue et le terrorisme ; des activités de recherche et d'analyses qui apportent une meilleure compréhension des problèmes liés à la criminalité et à la drogue, ainsi que des données factuelles utiles à l'action publique et aux décisions opérationnelles ; et des outils juridiques, afin d'aider les États dans la ratification et la mise en œuvre des traités internationaux de contrôle des drogues et de la criminalité organisée, notamment la Convention des Nations Unies contre la Corruption, dans la rédaction et l'adoption de législations nationales portant sur leur application, et de fournir un appui administratif et fonctionnel aux organes directeurs et de suivi des traités. Pour plus d'informations, consulter le site web : www.unodc.org.

Identification et quantification des profits de la corruption

Une analyse OCDE-StAR

Cette étude conjointe OCDE-StAR examine les méthodes de calcul des gains réalisés par les entreprises qui se livrent à la corruption pour remporter des marchés ou obtenir des avantages indus. Le calcul des produits de la corruption est la première étape de la confiscation et de la restitution des biens mal acquis. Cette publication aidera les responsables de l'action publique, les parlementaires et les professionnels à développer et à mettre en œuvre les mesures fondées sur une analyse des cas de corruption dans les différents territoires.

Contents

Introduction

Chapitre 1. Dispositif juridique applicable au traitement des produits de la corruption active

Chapitre 2. Identification et quantification des produits

Chapitre 3. Synthèses des différentes affaires

Conclusion

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE/La Banque mondiale (2011), *Identification et quantification des profits de la corruption*, Éditions OCDE.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264121201-fr>

Cet ouvrage est publié sur *OECD iLibrary*, la bibliothèque en ligne de l'OCDE, qui regroupe tous les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'Organisation. Rendez-vous sur le site www.oecd-ilibrary.org et n'hésitez pas à nous contacter pour plus d'informations.

éditions OCDE
www.oecd.org/editions



UNODC
Office des Nations Unies
contre la drogue et le crime

ISBN 978-92-64-12313-7
28 2011 02 2 P



9 789264 123137