

INTELLIGENCE ECONOMIQUE ET CORRUPTION

**Texte publié dans le rapport 2004
du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC)
que j'ai dirigé du 5 décembre 2001 au 2 janvier 2006**

**Il a été rédigé en collaboration avec
Noël PONS, Inspecteur des impôts, et
Pascal LEPLONGEON, Officier de gendarmerie**

CHAPITRE II

Intelligence économique et corruption

En France, l'intelligence économique est un phénomène d'actualité. Depuis un an, les choses semblent s'accélérer : juin 2003, publication du rapport du député Bernard Carayon, intitulé *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale* ; 1^{er} décembre 2003, nomination auprès du Premier ministre d'un haut responsable chargé de l'intelligence économique et définition de cinq régions tests, puis neuf ; septembre 2004, lancement d'un programme national de sécurité économique ; octobre 2004, création d'une délégation générale de l'intelligence économique au sein du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

L'intelligence économique devient une réalité dans les entreprises comme dans les organisations institutionnelles, elle se place désormais au rang de « vraie et grande politique de l'Etat ».

Un rapide rappel historique¹⁰¹ en France depuis une vingtaine d'années permet de mieux appréhender sa définition.

Rappel historique

Avant 1990, les impératifs militaires et diplomatiques prenaient le pas sur les activités commerciales et industrielles des pays voisins. Puis, il s'est avéré que le développement de la société de l'information, la globalisation des échanges ont développé la rivalité entre les nations industrielles. La gestion commune de l'information stratégique devient alors un enjeu majeur pour les entreprises et, par là même, pour les Etats. Devant cette évolution, la France, comme d'autres pays occidentaux, n'est pas en mesure de rivaliser faute d'approche globale en matière d'intelligence économique tant de la part de l'Etat que des entreprises.

Il faut attendre 1987 pour voir les pouvoirs publics français prendre l'initiative d'actions de promotion et de veille technologique. Il y a tout d'abord, le rapport du 10^e Plan (groupe de travail de René Mayer) sur « *l'information et la compétitivité* ». Puis, en 1992, une mission d'étude relative à l'intelligence économique est confiée par le Commissariat général du plan à Henri Martre (qui aboutira au rapport portant le même nom) ; c'est également à cette époque qu'est créée l'ADIT (Agence pour la diffusion de l'information technologique) sous la tutelle des ministères des Affaires étrangères et de l'Education nationale pour faire le lien entre les secteurs privé et public. Ces deux actions importantes se situent à une période où beaucoup de pays affichent leur position en la matière, notamment les Etats-Unis¹⁰².

En France, en 1993, est créée la fonction de chargé de mission de défense économique (CMDE) au niveau de la zone de défense. En 1994, une loi

101 Cf. rapport du GDS n° 1 de l'IHESI de juin 2003 : *Entreprises et intelligence économique : quelle place pour la puissance publique ?*

102 En 1993, Warren Christopher affirme au Sénat américain que la sécurité économique des Etats-Unis est la première priorité de politique étrangère.

est promulguée (dite loi « Longuet » du 5 février 1994) pour affirmer le caractère pénal de la contrefaçon, renforcer les sanctions et les pouvoirs des douaniers.

D'autres initiatives prennent la suite, par l'intermédiaire d'instituts, de clubs ou de partenariats. C'est le cas de l'Institut des hautes études de la sécurité intérieure, l'IHESI (créé en 1989 et devenu depuis l'Institut national des hautes études de sécurité), qui a initié dès novembre 1994 un groupe de réflexion dédié à l'intelligence économique. En outre, des groupes et sous-groupes de travail de cet institut ont généré depuis fin 2001 des partenariats stratégiques, par exemple avec le Forum des compétences¹⁰³.

De même, en 1995, l'Institut des hautes études de la défense nationale a organisé un forum sur les entreprises et l'intelligence économique. C'est également en 1995-1996 que débutent des cycles de conférences de cet institut pour sensibiliser les entreprises à l'intelligence économique.

A cette époque est créé le Club de défense économique de l'entreprise alors que le haut fonctionnaire de défense du ministère de la Recherche et de l'Enseignement supérieur diffuse un guide d'informations et de recommandations. Paraît également, le 4 avril 1995, un décret en Conseil des ministres portant création d'un Comité pour la compétitivité et la sécurité économique (CCSE).

En 1997, une émanation du Club de défense économique des entreprises voit le jour ; il s'agit de l'Institut d'études et de recherche pour la sécurité des entreprises (IERSE) qui conçoit un diplôme de sécurité en partenariat avec les universités sous la forme d'un diplôme d'étude supérieure spécialisée (DESS) de gestion globale des risques et des crises. De leur côté, quelques universités développent diverses formations aux métiers de la sécurité économique.

Parallèlement, l'Etat semble s'être désengagé et, en 1998, le ministère des Finances confie aux services de son haut fonctionnaire de défense (HFD) une mission d'impulsion et de coordination des actions de sensibilisation des entreprises. Le relais sera pris alors dans les régions par les actions de certains préfets, à l'image de Rémy Pautrat¹⁰⁴ qui vise à développer l'intelligence économique au profit des entreprises par l'intermédiaire des chambres de commerce et d'industrie (CCI).

L'Etat s'engage à nouveau à l'occasion de la publication d'une circulaire NOR ECOZ 0200005-C du 14 février 2002 relative à la définition et à l'organisation de l'intelligence économique.

¹⁰³ Forum qui regroupe depuis 1991 les vingt principaux acteurs du secteur bancaire et des assurances et qui œuvre de façon générique pour la protection du patrimoine informationnel et la sécurité économique.

¹⁰⁴ Aujourd'hui vice-président exécutif de l'ADIT.

Définition de l'intelligence économique

Le terme « intelligence économique » a été imaginé par Jean-louis Levet¹⁰⁵ lorsque le Commissariat général au plan décide de lancer une étude en 1992-1993. A cette époque, cette discipline se pratiquait dans de nombreux pays (Etats-Unis, Angleterre, Japon, Allemagne) même si cette activité avait une connotation différente (*business intelligence* ou encore *competitive intelligence*).

Pour diriger ce groupe de travail, le Commissariat général au plan choisit Henri Martre, alors à la tête de l'Aérospatiale et qui bénéficiait donc d'une vision internationale du phénomène. L'étude menée est alors centrée sur les entreprises françaises et un état des lieux est fait sur leur comportement face à la concurrence étrangère.

Dans ce rapport, publié en 1994, qui est encore d'actualité, une définition de l'intelligence économique est proposée. Il s'agit de « *l'ensemble coordonné des actions de recherche, de traitement, de distribution et d'exploitation de l'information utile, par les acteurs économiques. Toutes ces actions sont menées légalement dans les meilleures conditions de qualité, de délai et de coût. L'entreprise doit mettre au service de cette capacité nouvelle tous les moyens dont elle dispose pour saisir des opportunités ou détecter des menaces* ».

Dix ans plus tard, les responsables chargés de l'intelligence économique ne donnent pas de nouvelle définition mais posent des limites à cette conception. Ainsi le haut responsable à l'intelligence économique explique les fonctions qui lui sont dévolues : « *Il est hors de question de se retrouver dans des coups tordus.* » Il précise d'ailleurs qu'il y a une différence entre le « *renseignement* » et l'intelligence économique. Un groupe de travail interministériel tente de donner une définition de l'intelligence économique qui soit claire et reconnue par tous les intervenants. En effet, comme le souligne le Premier ministre, elle doit s'inscrire dans un cadre éthique et déontologique.

Pour bien comprendre ce que recouvre l'intelligence économique, il est donc important de ne pas perdre de vue qu'elle se différencie à la fois du « *renseignement* »¹⁰⁶, activité légale de recherche menée par les services de l'Etat, et de l'espionnage, face illégale du renseignement.

En effet, le système d'intelligence économique doit utiliser des informations (technologiques, financières, scientifiques, juridiques, etc.) primaires accessibles à tous et obtenues dans les sources ouvertes afin de permettre aux entreprises d'être dans une concurrence loyale. Cette vision panoramique des réalités doit faire acquérir à l'entreprise les savoirs et le savoir-faire indispensables à son essor économique.

¹⁰⁵ Chef du service du développement technologique et industriel du Commissariat général du plan.

¹⁰⁶ Voir définition de B. Besson et J.-C. Possin dans *Du renseignement à l'intelligence économique*, Dunod, 2^e édition, août 2002.

Cette action d'intelligence économique, respectueuse de ces règles, peut être mise en œuvre par tous les partenaires et plus particulièrement par les chefs d'entreprise et les cabinets d'intelligence économique (souvent utilisés par les entreprises pour obtenir des renseignements).

Il est donc possible de reprendre la définition de l'intelligence économique donnée dans la revue *Regards sur l'intelligence économique* de novembre-décembre 2004 par B. Besson et J.-C. Possin : « *Un système collectif d'acquisition, de production et de transformation de l'information en connaissances utiles. Ce système vise à l'amélioration du processus décisionnel, à l'exercice de l'influence, à la détection des opportunités, à la prévention des menaces et des risques, à la protection et à l'enrichissement du patrimoine, au développement de la performance, au maintien et au redressement de l'image, à la création de valeurs, à la sécurité et à la sûreté. Offensif et défensif ce système implique un projet, une stratégie, une éthique, une déontologie, une culture de l'anticipation, un partage des connaissances et la maîtrise des fonctions individuelles et collectives de mémoire, de réseaux et d'analyse de l'information.* »

Dans cette définition très complète de l'intelligence économique, les notions d'éthique et de déontologie semblent devoir retenir l'attention dans le cadre d'une étude sur l'intelligence économique et la corruption. En effet, il apparaît que les règles déontologiques ne sont pas toujours respectées dans ce domaine. Certaines entreprises, peu respectueuses, mènent une politique de déstabilisation, employant à cet effet des méthodes peu avouables (espionnage, concurrence déloyale, manipulations, chantage, écoutes, etc.).

Après avoir analysé les risques de dérives sur le plan national, lorsque la corruption fait basculer l'intelligence économique vers la manipulation pure et simple (I), il convient d'étendre l'étude au plan international à travers les organisations non gouvernementales (ONG) et la Convention OCDE qui peuvent, par une utilisation dévoyée, devenir des outils de déstabilisation des entreprises (II). Enfin, le risque de corruption dans l'intelligence économique est abordé à titre d'illustration à travers le cas particulier des fonds d'investissement et des dispositifs d'alerte (*whistleblowing*) (III).

I. - INTELLIGENCE ECONOMIQUE ET MANIPULATION

Il y a fort longtemps que la dérive de l'intelligence économique vers la manipulation est évidente. Les limites sont floues et les méthodologies proches avec une aggravation due aux effets de la mondialisation. En effet, avant le développement de celle-ci, les opérations se concentraient sur un seul et même territoire et ne concernaient qu'un certain nombre d'entreprises installées localement.

Actuellement les données de l'analyse sont totalement modifiées puisqu'elles concernent plusieurs pays au travers des filiales, et des possibilités de rachat externes. Le phénomène est aggravé par l'importance et l'activisme des fonds d'investissements, dont l'activité n'est pas identifiable immédiatement.

Cet éclatement des structures entre plusieurs pays pose le problème de l'information administrative, qui peut être transmise aux sociétés privées et dès lors franchir les frontières. Plusieurs questions se posent :

- Comment doit-on gérer le problème des fusions ou des restructurations transnationales ?
- Est-il possible de transmettre une information réservée à une entreprise française ? La réponse est à l'évidence positive.
- Est-il possible de transmettre une information à une entreprise dont le dirigeant est français mais dont le siège social est à l'étranger et dont on ne maîtrise pas l'actionnariat ? La réponse à la question mérite alors réflexion.
- Est-il possible de « geler » des informations pertinemment transmises dès lors que l'entreprise qui en a bénéficié est rachetée par un fonds d'investissements ? La réponse mérite également réflexion. D'autant plus qu'un service d'intelligence performant de ce fonds s'attachera à connaître en priorité la nature des informations transmises aux entreprises et rachètera celles qui lui apparaissent détenir le potentiel le plus performant.

Si ces problèmes ne sont pas analysés et si une décision générale n'est pas prise de manière à encadrer les transmissions d'informations, leur transfert du public vers le privé revient à les diffuser de façon hasardeuse, ce qui ne saurait être le but de l'opération.

De plus, la mondialisation a généré une réalité juridique à géométrie variable : ce qui est une infraction en France est une opération de défense du territoire dans un autre pays, ou peut exister mais ne pas être sanctionné dans tel autre.

Exemple :

Il est interdit de fouiller dans la vie privée de tout salarié hormis dans le cadre d'une procédure légale. Dans certains pays, c'est un délit ; dans un autre, cette activité n'est pas sanctionnée, même disciplinairement. Ces informations personnelles peuvent être utilisées pour manipuler les salariés. Il est ainsi possible de les utiliser dans le but, par exemple, de licencier un salarié sans indemnités ; s'il refuse, elles seront diffusées. Cela pourrait être qualifié dans certains cas de chantage.

1. L'UTILISATION DES RENSEIGNEMENTS « SENSIBLES » CONTENUS DANS DES FICHIERS « RÉSERVÉS »

Comme nous l'avons rappelé dans la définition de l'intelligence économique, la recherche d'informations ne peut être réalisée que dans le respect d'une certaine déontologie. Celles qui concernent les concurrents ou qui sont relatives à une situation plus générale peuvent se classer en deux catégories :

- l'information « blanche » (elle constitue 85 à 90 % environ du montant total des informations utiles), qui émane de l'analyse des sources ouvertes accessibles à tous ;
- l'information « noire » (donc environ 10 à 15 % des informations utiles), dont l'obtention nécessite une action illégale.

Certaines entreprises, confrontées à des situations de crise, utilisent la corruption pour obtenir ces informations.

Ces informations « noires » sont détenues par certains services administratifs ou par certaines sociétés concurrentes. Il n'est d'ailleurs pas rare que, sous couvert d'intelligence économique, des officines se livrent à des manipulations en utilisant ces informations.

Cette recherche illégale peut être le fait de l'entreprise elle-même, mais dans certains cas, le client a recours à des agences de renseignement.

1.1. L'entreprise se livre elle-même à des faits de corruption

Dans certains cas, des entreprises sont tentées de partir à la recherche de renseignements précis, concernant des concurrents, qui ne figurent pas dans les sources ouvertes. Ces renseignements sensibles sont généralement conservés dans des fichiers que le propriétaire ne veut ou ne peut diffuser de manière officielle. L'accès est réservé à des membres de l'administration, ou limité à certains salariés d'entreprises, ou encore à des banques.

Il en est par exemple ainsi des informations sensibles consultables par les services de police, de gendarmerie, des impôts, des douanes ou des services judiciaires. C'est également le cas des informations spécifiques détenues par une entreprise ou par une banque.

Ainsi, le responsable ou l'utilisateur autorisé du fichier constituent des cibles idéales. L'entreprise corruptrice dispose alors de deux possibilités : elle peut « attaquer » directement la cible, ou utiliser un réseau.

- L'attaque directe : un représentant de l'entreprise prend contact avec un agent d'une ou de plusieurs structures administratives. Peu

importe la place et le grade de l'agent, ce qui est essentiel, c'est sa faculté d'accéder à certains fichiers. Il s'agit alors pour l'entreprise de trouver la « bonne cible ».

Nous sommes alors en face du système dit du « jeu d'acteurs » dans le processus de corruption. Le mécanisme se déroule en quatre temps :

1) Le test. Antérieurement à cette période, de nombreuses informations ont été recherchées de manière illégale sur les besoins de la cible, de sa famille, ses points faibles. Cette période débute par une approche du « futur corrompu » par un membre de l'entreprise. Souvent, sans qu'il s'en rende compte, l'agent peut fournir au départ des renseignements sans importance mais ses barrières morales sont affectées.

2) Les premiers pas. Ils apparaissent le plus souvent comme anodins car seule une partie des choses est expliquée au corrompu. Une fois le premier renseignement obtenu, il reçoit un cadeau symbolique pour ne pas éveiller son attention.

3) Le pacte. Il intervient le plus souvent à l'issue d'une préparation du terrain assez longue, sur l'air de « je te donne..., tu me fais ». En partant de petits services, on aboutit progressivement à des demandes de plus en plus précises.

4) L'engrenage. Le corrupteur exerce une pression constante sur le corrompu, et le chantage devient une arme redoutable pour un agent à la fois pris au piège et de remords. Sa carrière risque de pâtir d'une révélation de son comportement. Il faut toutefois préciser, même si cela est exceptionnel, que certains corrompus prennent l'initiative et deviennent les maîtres du jeu en proposant leurs services moyennant rémunération.

Généralement, le corrupteur profite d'une faille dans la situation personnelle de la cible choisie (situation familiale, financière, etc.) afin d'obtenir les renseignements souhaités. Les avantages offerts au corrompu sont divers et adaptés (sommes d'argent, services, avantages en nature, emplois fictifs, etc.).

Lorsque la situation nécessite l'obtention d'informations très rapidement, le chantage est directement utilisé.

Pour qu'un tel système fonctionne il est indispensable de constituer un service approprié dans l'entreprise corruptrice. Dès lors, un ou plusieurs employés sont affectés au recensement des informations susceptibles d'être pertinentes. Ils se rapprochent alors des personnes qui les détiennent, choisissent la cible idéale et mettent en place le processus décrit ci-dessus. L'utilisation nécessaire d'anciens salariés ou fonctionnaires avertis des pratiques de chacun des secteurs concernés fait gagner beaucoup de temps.

- L'utilisation d'un réseau : le banquier, le salarié ou le fonctionnaire appartiennent à un réseau. Il est alors plus facile de l'utiliser, parfois sans rémunération, lorsque des membres ont déjà demandé un « service ».

Les agents disposant d'informations « utiles » peuvent être « activés » à titre occasionnel. Pour les faire entrer dans ce réseau, les arguments les plus simplistes sont utilisés, l'attrait financier n'intervenant qu'assez tardivement dans le processus. On s'attache surtout à faire prendre conscience à la cible du caractère dévalorisant de son travail, de l'absence de reconnaissance de ses qualités que seul le réseau peut mettre en valeur.

Dans certains cas, les entreprises ne possèdent pas les personnels aptes à ce genre de missions. Elles décident alors de confier cette tâche à des agences spécialisées dont certaines ont une déontologie douteuse.

1.2. L'entreprise a recours à des agences spécialisées

L'intelligence économique est l'art de rechercher le renseignement pertinent. Cette activité ne s'improvise pas. Elle doit être conduite de manière professionnelle. La plupart de ces agences sont dirigées par d'anciens professionnels du renseignement ou emploient des personnels issus du même milieu. L'un des plus célèbres cabinets au monde n'est-il pas constitué pour une grande majorité d'anciens membres des services d'espionnage de différents pays ?

Il ne s'agit, en aucun cas, d'effectuer des « branchements » illégaux, des « fouilles » illégitimes, des filatures ou d'utiliser le chantage ou la peur. Ces actions illégales constituent les dérapages les plus fréquents. Elles sont le fait de mercenaires qui se complaisent dans l'illégalité.

Les agences spécialisées les plus importantes du secteur sont soumises aux lois du marché et font l'objet de fusions, d'acquisitions, ce qui réduit d'autant la concurrence. Cette limitation de l'offre dans un marché déjà restreint peut entraîner une situation de conflit d'intérêts. En effet, si un cabinet se trouve, dans une de ses enquêtes, face à des intérêts divergents de plusieurs de ses clients, comment pourra-t-il travailler sans tenir compte de cette réalité ?

C'est dans ces conditions que certaines entreprises déposent des dossiers factices auprès de différents cabinets afin de vérifier si des investigations ne sont pas déjà en cours au profit d'un concurrent. Si tel est le cas, le cabinet doit prendre lui-même l'initiative de se désister.

Le problème de la détention d'une information privilégiée doit aussi être relevé. Lorsqu'une agence est choisie pour une activité de cette nature, l'entreprise cliente doit se poser le problème des informations qu'elle peut lui transmettre. En effet, comment peut-on avoir la certitude, dans un

milieu de « perce-murailles », que toutes les informations recueillies la concernant ne seront pas analysées et transmises à des tiers ? Est-ce qu'il existe une « muraille de Chine »¹⁰⁷ entre les services et entre les missions, et quel est le prix à payer pour qu'elle s'applique ? Ce sont autant de questions qu'il est préférable de se poser au préalable afin de limiter les désillusions futures.

De plus, les cabinets de dimension internationale qui, jusque-là, étaient des fournisseurs classiques sont devenus eux-mêmes des parties aux affaires. Ils peuvent donc être instrumentalisés. Dès lors, leur intervention devient le signal de l'existence d'un problème sur lequel les concurrents, les actionnaires minoritaires ou non vont s'interroger. Leur seule présence contribue à générer une situation de crise.

Ces agences, à l'instar d'autres entreprises, disposent de filiales ou de structures locales qui les représentent et qui sont implantées dans chacun des pays dans lesquels elles réalisent un chiffre d'affaires important. Il est possible que leur éthique, qui peut être stricte au siège de la maison mère (le régime juridique du pays de résidence étant respecté), se délite au fur et à mesure de leur éloignement géographique. C'est ce qui explique que certaines agences sont souvent mises en cause à l'extérieur de leurs bases. Il faut dire que certaines officines ont eu recours aux écoutes illégales, à l'espionnage de membres d'un gouvernement, aux filatures d'avocats de la partie adverse, aux cambriolages, aux vols d'ordinateurs...

Les agences peuvent également avoir recours à la sous-traitance en confiant les recherches délicates à des officines locales qui, à leur tour, peuvent les sous-traiter à des prestataires travaillant individuellement. Cette procédure respecte la logique économique : les prestataires locaux connaissent bien le terrain, ont des informateurs référents dans leurs propres réseaux, n'ont que peu de réticences à travailler dans l'illégalité et servent de fusible en cas de dérapage. Dans des cas de ce genre, il n'existe pas de contrat ni de documentation en bonne et due forme.

Pour aller plus avant dans l'analyse des opérations risquées, il faut identifier les comportements qui leur sont associés et qui peuvent constituer des infractions. Tel est le cas de l'émission de fausses factures. En effet, lorsqu'une officine engage une recherche qui, sous couvert d'intelligence économique, recouvre, en fait, des investigations délictueuses, des manipulations comptables sont nécessaires.

- Surfacturer la prestation :

Il s'agit de comptabiliser une prestation surfacturée (facture de complaisance) émise par le sous-traitant. Cette opération lui permet de disposer d'un volant de trésorerie qu'il peut convertir en espèces (fausse

¹⁰⁷ On appelle « muraille de Chine » la séparation qui est censée être effectuée entre divers services (banques, conseils, etc.) lorsque les informations intéressent plusieurs clients.

facture) sans affecter l'équilibre de ses comptes. Ces espèces lui permettent de payer le prestataire réel, ce qui rompt le cheminement de la recherche de la preuve.

- Comptabiliser en charges dans une entreprise des prestations qui ne la concernent pas :

Cette opération est le plus souvent effectuée lorsque les actionnaires engagent des recherches pour leur propre compte et que les frais sont facturés à l'entreprise. Dans ce cas, le paiement des factures devrait échoir aux actionnaires et non à l'entreprise. Ces opérations ne devraient toutefois pas échapper en principe aux contrôles des commissaires aux comptes.

- Facturer une prestation fictive :

Ce type de manipulation relève de l'escroquerie. Il a été relevé des cas où une compilation de documents prélevés sur Internet a été fournie à l'appui d'une mission payée fort cher.

Ainsi, certaines agences peuvent être amenées à utiliser des moyens discutables pour effectuer leurs recherches et développer leurs affaires. La question se pose dès lors de savoir comment on obtient les renseignements les plus convoités.

Interrogé par un journaliste de *Libération*¹⁰⁸, l'un des responsables d'une société française répond qu'il travaille « *dans un cadre éthique que nous nous sommes imposés* ».

Cependant, force est de constater que ces entreprises regroupent le plus souvent, comme nous l'avons déjà dit, de nombreux anciens personnels des services de renseignements et de contrôle. Dans ce cas, les relations qu'ils continuent à entretenir avec des personnels encore en activité constituent des atouts considérables. Inversement, quand l'entreprise doit corrompre l'agent pour obtenir le renseignement, l'ancienne appartenance d'un employé à un cabinet d'intelligence économique peut lui permettre d'obtenir la même information par un ancien collègue uniquement comme un service rendu ou comme un échange. Même si, selon un cadre d'un cabinet français, il arrive que « *nous voyons régulièrement les services de renseignements, nous les informons mais nous ne demandons rien en échange* », on peut se demander si, dans certains cas, il n'y a pas, de temps à autre, « des retours d'ascenseurs ».

Les délits qui sont susceptibles d'être identifiés prennent la forme de deux manipulations bien connues, le « safari » et la « tricoche ».

Le « safari » est une pratique largement utilisée par les administrations de certains pays qui consiste à « valoriser » des informations détenues

108 Article de Jean-Dominique Merchet, « Ces sociétés qui travaillent dans le secret », *Libération*, 12-13 juillet 2003.

par des services administratifs contre certaines entreprises au profit d'un concurrent.

Exemple :

Le chef du service antidrogue d'un pays d'Amérique du Sud obtenait des informations de la part d'un cartel qui lui était proche. Le chef de service engageait des poursuites contre les cartels concurrents, couplait ces investigations avec celles d'autres services administratifs et permettait à son cartel de disposer d'un espace sans cesse plus étendu.

Quant à la « tricoche », elle consiste à acheter à des fonctionnaires des informations administratives qui peuvent être utilisées dans une optique d'intelligence économique dévoyée.

La déontologie et l'éthique, pour reprendre les termes de la définition de l'intelligence économique ci-dessus rappelée, se trouvent alors ignorées, car la fin justifie souvent les moyens. Ce risque important est à l'origine d'une disposition de la loi sur la sécurité intérieure du 1^{er} août 2003 qui a voulu encadrer l'intelligence économique afin d'éviter au maximum les dérives possibles¹⁰⁹.

Hormis les fichiers réservés, d'autres renseignements peuvent être obtenus directement à la source, c'est-à-dire chez le concurrent lui-même par la corruption de salariés.

2. LA CORRUPTION DIRECTE OU INDIRECTE DE SALARIÉS

Elle touche les salariés de l'entreprise elle-même, mais aussi ceux d'autres entreprises travaillant au profit de celle-ci. Cette étude ne concerne pas l'utilisation de « taupes » que l'on a volontairement placées au sein de l'entreprise pour obtenir des renseignements ; il s'agit alors d'espionnage pur et simple. Après avoir fait un rappel sur l'infraction de corruption de salariés, les montages de corruption proprement dits sont présentés.

2.1. La corruption de salariés dans le droit français

Selon l'article L. 152-6 du Code du travail : « *Le fait par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu*

¹⁰⁹ Article de Pascal Junghans, *La Tribune* du 27/02/2004, « L'intelligence économique encadrée ».

et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait par quiconque de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.

Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal. »

Cette infraction nécessite l'analyse de ses éléments constitutifs : la qualité de la personne corrompue, les moyens générateurs de la corruption et le but des manœuvres corruptrices.

- Qualité de la personne corrompue : il s'agit du tiers qui, coupable de corruption active, fait des offres tendant à obtenir la conclusion d'un pacte de corruption (il peut s'agir d'un tiers ordinaire mais également d'une entreprise qui cherche à obtenir des renseignements pour sa propre industrie) ou à qui le salarié « suggère » l'établissement d'un tel pacte : ce tiers peut donc être n'importe qui.

En ce qui concerne le terme « salarié », le droit du travail en détermine les contours. Il englobe toutes les personnes qui se trouvent dans une situation de subordination juridique vis-à-vis de l'employeur. Sont donc pris en compte les apprentis, les manœuvres, les ouvriers spécialisés, les employés de bureau, les fondés de pouvoir, les membres du personnel d'encadrement. Mais également les directeurs commerciaux, administratifs ou techniques placés à la tête des différentes branches qui composent l'activité des entreprises d'une certaine taille.

Le terme « directeur » ne peut pas être pris dans le sens de dirigeant. En effet, l'article L. 152-6 mentionne : « [...] à l'insu et sans autorisation de son employeur, [...] ». Le directeur au sens du texte doit donc être lui aussi salarié de son employeur. En pratique, cela peut concerner par exemple le chef de service d'une société commerciale (Cass. crim., 7 octobre 1969), le directeur d'une succursale de société (Cass. crim., 6 octobre 1971), le chef d'agence d'une banque nationalisée (CA Paris, 9 juillet 1985).

- Moyens générateurs de corruption. Pour ce qui est de la rémunération corruptrice, il n'est pas prévu de forme ou d'importance déterminées. Cela peut être la remise d'une somme d'argent en une ou plusieurs fois, le paiement d'une dette, un prêt non remboursable, une promesse d'un emploi futur, etc. Il importe peu également que la remise se fasse directement ou indirectement. Il peut y avoir corruption si le cadeau est fait à l'épouse, aux parents, etc.

La particularité de ce type d'infraction réside dans le fait que la rémunération est proposée, acceptée ou sollicitée «à l'insu et sans autorisation de l'employeur», c'est-à-dire qu'elle revêt un caractère secret. Cela permet entre autres de différencier la corruption de la notion de pourboire. Ce caractère secret a été confirmé par la Cour de cassation dans une affaire de corruption de footballeur (Cass. crim., 4 février 1997).

Enfin, il est intéressant de s'interroger sur l'exigence d'une nécessaire antériorité de la rémunération par rapport à l'acte (ou à l'abstention) qu'elle tend à obtenir. En effet, l'exigence de cette condition d'antériorité ressort du libellé même de l'article L. 152-6, alinéa 1^{er} : « *solliciter ou agréer des offres [...] pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir* ». Contrairement aux autres articles du Code pénal concernant la corruption, aucune réécriture du texte n'a été faite afin d'y intégrer la notion de « à tout moment ». Il semble donc que l'exigence soit toujours demandée pour que les faits de corruption de salariés soient établis.

- **But des manœuvres corruptrices** : s'agissant de la corruption de salarié comme outil d'intelligence économique, seuls les actes positifs sont commis, car on observe de fait qu'il s'agit rarement d'actes d'abstention comme cela se produit dans d'autres domaines. Ces actes peuvent être des actes de la fonction et en particulier la violation de l'obligation de discrétion. L'article L. 152-6 permet ainsi de réprimer l'espionnage commercial ou industriel, c'est-à-dire l'obtention, par des concurrents et contre rémunération, de renseignements ou de documents dont l'intéressé est conduit à avoir connaissance ou à utiliser dans les actes de sa fonction (Cass. crim., 7 octobre 1969).

Il peut s'agir également d'actes facilités par la fonction et, là aussi, il est possible de citer le cas de l'espionnage économique : un salarié fournit à un tiers des renseignements ou des documents dont la possession ou le maniement n'entrent pas dans le cadre de ses fonctions habituelles. Cependant, son appartenance à l'entreprise peut lui permettre d'accéder à ces informations confidentielles qu'il négocie au profit d'un concurrent de sa propre entreprise.

Enfin, des décisions judiciaires reconnaissent comme entrant dans le cadre de la corruption de salariés la rupture unilatérale du contrat de travail (sans respect du délai de préavis) si elle est provoquée par une rémunération occulte. Ce débauchage de salariés réalisé par des offres corruptrices d'un concurrent peut se rencontrer dans le cadre de l'intelligence économique, soit pour s'approprier un technicien et son savoir-faire, soit pour déstabiliser une entreprise en lui retirant un de ses salariés les plus indispensables.

2.2. Les montages de corruption de salariés dans le cadre de l'intelligence économique

Ils doivent être étudiés selon qu'il s'agit de la corruption de salariés de l'entreprise elle-même ou d'une entreprise tierce.

- La corruption de salariés de l'entreprise

Suivant les renseignements recherchés, le salarié cible de la corruption, sera différent.

Soit on met en avant sa place dans la hiérarchie de l'entreprise, et donc on vise les possibilités d'accès à l'information eu égard à sa position, soit on s'intéresse au plus compétent dans le domaine : on cible alors le salarié pouvant obtenir des informations dans le cadre strict de ses fonctions.

Après avoir déterminé le type de renseignement voulu (financier, technique, stratégique, etc.), il est nécessaire de savoir si l'information est générale ou précise. En effet, une information générale pourra être obtenue auprès de plusieurs individus ; il suffit alors de choisir la cible présentant les meilleures potentialités (analyse de sa situation familiale, financière, de ses « travers »). A l'inverse, si le renseignement est plus précis, le nombre des cibles peut être beaucoup plus réduit et, par voie de conséquence, les chances de pacte de corruption plus faibles.

La corruption de salariés n'est pas courante et, le plus souvent, le résultat recherché ne sera obtenu qu'après avoir organisé un système visant à mettre en situation délicate le salarié choisi. Pour ce faire, différents moyens peu avouables sont souvent utilisés et n'ont pour but que de positionner l'individu dans une situation de non-refus. Après de longues démarches, le salarié se trouve « piégé » et n'a plus d'autre choix que d'accepter le pacte de corruption. Ce montage est le même que celui qui a été décrit précédemment dans le cadre de la corruption d'agents (le jeu d'acteurs).

Dans d'autres cas, c'est le salarié lui-même qui offre ses services moyennant rémunération. Cela traduit souvent une situation conflictuelle au sein de l'entreprise défavorable au salarié, par exemple un manque de reconnaissance, un conflit avec un supérieur, un avancement non obtenu, etc.

- La corruption de salariés d'une entreprise tierce

Il est parfois possible d'obtenir des informations non pas en corrompant un salarié de l'entreprise elle-même mais en utilisant les services de ceux d'une société prestataire (nettoyage, sécurité, ou activités externalisées etc.)

Il convient alors de rechercher si l'infraction de corruption de salariés est constituée, ce qui ne paraît pas toujours évident.

L'article L. 152-6 prévoit dans son premier alinéa que l'auteur des faits peut être un salarié. La doctrine estime pour sa part qu'il doit y avoir un lien de subordination entre le salarié et l'employeur victime des faits de corruption. Cependant, l'alinéa 2 dispose : « *Est puni des mêmes peines le fait par quiconque de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative.* »

En se référant à ce texte, il est donc possible de poursuivre un salarié pour corruption passive, même lorsque la victime des faits n'est pas son propre employeur, mais se trouve être l'entreprise dans laquelle ce salarié effectue son activité. C'est ainsi que dans une affaire actuellement en cours, la qualification de corruption de salariés a été retenue dans le cas suivant.

Exemple :

Un individu appartenant à une société a proposé à un employé d'une société de nettoyage de lui fournir des renseignements sur l'entreprise dans laquelle il effectuait le ménage, contre rémunération. On se trouve alors dans le cas d'une corruption de salarié auquel il est demandé d'accomplir un acte facilité par sa fonction.

Une évolution dans ce domaine très particulier de la corruption de salariés est attendue, car la France devra, pour la ratification de la Convention pénale du Conseil de l'Europe en date du 27/01/1999 relative à la corruption, prévoir une législation pénale se rapportant à la corruption privée, qu'elle soit active ou passive.

Cet aspect de la corruption d'un salarié ne dépendant pas directement de la société victime des faits est important car, de nos jours, il est très souvent fait appel à des entreprises externes pour des travaux particuliers. L'externalisation ou la sous-traitance sont des domaines où le risque est fortement présent. Il doit donc être pris en compte par les entreprises pour lesquelles des recommandations de prudence sont primordiales car il s'agit de risques forts d'atteinte à leur potentiel.

II. - LES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES (ONG) ET LA CONVENTION DE L'OCDE

Au plan international, les organisations non gouvernementales (ONG) et la Convention OCDE peuvent, par une utilisation dévoyée, devenir des outils de déstabilisation des entreprises.

1. LES ONG, POSSIBLE OUTIL DÉVOYÉ D'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE

1.1. L'utilisation de certaines ONG

Les organisations non gouvernementales font de plus en plus partie de notre quotidien et si la majorité d'entre elles œuvrent pour le bien de tous, certaines peuvent constituer des relais d'intelligence économique, voire de déstabilisation des entreprises et même des États.

Il faut bien souligner que les ONG présentent un risque « d'infiltration » qui se développe proportionnellement à leur impact médiatique. En fait, avant la chute du mur de Berlin tout paraissait simple. Certaines ONG étaient convaincues d'œuvrer pour les pays de l'Est, alors que d'autres l'étaient pour les pays de l'Ouest. Elles étaient d'ailleurs organisées en conséquence, et cela présentait l'avantage de clarifier en quelque sorte la situation. Les choses ont bien changé, et, la nature ayant horreur du vide, on est passé de la manipulation politique à la manipulation commerciale ce qui a démultiplié les possibilités de dérives. Par chance les systèmes sont restés les mêmes, ce qui permet de continuer à utiliser les mêmes indicateurs qu'auparavant.

Les ONG utilisent différents moyens pour se développer :

- Le besoin de fonds. Il arrive que des ONG aient besoin de recourir au mécénat. Ainsi des entreprises, des régions, des États peuvent financer de telles structures. Il est donc essentiel d'identifier les bailleurs de fonds, ce qui rend l'action lisible. Pour l'ONG qui refuserait de transmettre ces renseignements, ses comptes pourraient être considérés comme une structure à risque au regard de l'intelligence économique.
- Le lobbying. Certaines ONG très introduites dans le monde des médias développent des activités de lobbying sur des thèmes qui les valorisent. Elles œuvrent alors, par exemple, pour désamorcer une proposition de loi, pour contrer une norme plus sévère ou pour obliger celle-ci à être appliquée dans le domaine international (tout cela dépend de la faculté de certains à contourner cette nouvelle norme).

Par ailleurs, certaines ONG se trouvent manipulées par noyautage, par corruption d'un membre ou par infiltration de faux adhérents dont l'unique objectif est d'obtenir un accès aux médias. Il faut dire que l'infiltration est aisée, en particulier lorsque l'ONG traverse une période difficile de luttes intestines, souvent dues à la séparation grandissante entre les partisans du bénévolat et ceux de la professionnalisation¹¹⁰.

¹¹⁰ Cf. l'analyse du SCPC dans son rapport 2001 : *Mondialisation, corruption et nébuleuse caritative*, p. 37 et suivantes.

Elles peuvent être utilisées pour recueillir des informations remarquables. En effet, elles sont au contact direct de la population, c'est d'ailleurs pour cela que certains de leurs membres peuvent courir des dangers. Leur « activisme » est avéré dans certaines régions instables où se développe la corruption ou dans lesquelles le terrorisme est important. De plus, leurs membres ont pu créer des liens avec certains détenteurs de pouvoirs, ce qui leur permet de disposer d'informations ou d'autorisations privilégiées.

Afin de pouvoir influencer les politiques des gouvernements dans l'intérêt de leur propre cause, certaines ONG se rattachent à des thèmes porteurs, oscillant toujours entre les peurs et les espoirs des individus. Actuellement, les aspects économiques et technologiques sont des thèmes souvent utilisés. Dans le monde économique surgissent de nouveaux comportements (transparence, gouvernance d'entreprise, éthique, etc.), mais aussi de nouvelles théories. En ce qui concerne la technologie, l'opinion oscille souvent entre l'espoir en l'avenir et la peur de l'inconnu (biotechnologies, matières cancérigènes, respect de l'environnement, etc.)¹¹¹.

Ainsi, comme le suggère l'analyse qui a été faite du lobbying des ONG au regard de l'intelligence économique, la transparence et l'éthique dans le monde des affaires ont une importance qui doit retenir l'attention. En effet, mettre en avant l'obligation de transparence permet à une entreprise de se présenter comme honnête, de se donner une image de vertu qui peut être parfois un simple paravent. Certaines ONG, défendant cette obligation de transparence, se trouvent manipulées par des entreprises généralement internationales dont le but est de déstabiliser leurs concurrents. Les scandales financiers des années 2000 et suivantes montrent que ce n'est pas toujours dans les pays revendiquant la transparence qu'elle est la mieux appliquée, comme le dit si bien l'adage : « Faites ce que je dis, mais ne faites pas ce que je fais. » C'est dans ce contexte que le *New York Times* écrivait fin 2001 : « Prenez des investisseurs serviles, des analystes de Wall Street, des journalistes et des commissaires aux comptes qui ne veulent pas gâcher un succès vertigineux avec des questions de manque de transparence et cela donne Enron. » Il faut cependant reconnaître que grâce à cette transparence ces scandales sont connus, parce qu'à la différence de tant d'autres pays les institutions ont permis de les révéler avant de les sanctionner.

Il apparaît que l'opinion publique peut être influencée par des informations mal utilisées et que certains spécialistes sont tentés de les manipuler dans un but de déstabilisation, par exemple au sein du commerce international.

111 Cf. l'analyse de l'affaire du saumon d'élevage «contaminé» aux dioxines in *Déstabilisation d'entreprises*, Ed. Maxima de Philippe Laurier, p. 180 et 181.

Exemple :

Lors d'un appel d'offres international portant sur l'achat d'avions de combat, un magazine spécialisé établissait un classement entre les différents candidats en se basant sur « les points forts et les points faibles ». Pour l'un des candidats apparaissait un point faible : l'existence d'un contrat entaché de corruption, passé par une autre société originaire du même pays. Ce cas réel démontre que « l'étiquette négative » peut être utilisée à des fins de concurrence déloyale.

Enfin, en dehors d'une utilisation dévoyée des travaux des ONG (souvent faite à leur dépens), il existe certaines organisations dont le but avoué peut sembler louable, mais dont la réalité est tout autre. Ainsi, sous couvert de transparence et de déontologie, un piratage en bonne et due forme d'informations confidentielles peut être réalisé.

1.2. Le cas particulier de TRACE

Transparent agents and Contracting Entities est une ONG créée en 2001 aux Etats-Unis, à Anapolis (Etat du Maryland). TRACE se propose de fournir une liste des intermédiaires « fiables », c'est-à-dire non corrompus, aux entreprises, gouvernements et ONG pour leurs relations d'affaires internationales.

Le choix des intermédiaires est fait après un examen préliminaire, résultant de la délivrance de preuves de comportements conformes à l'« éthique ». Ceux-ci doivent alors fournir des références professionnelles et financières, s'engager à suivre un code de conduite irréprochable en ce qui concerne le conflit d'intérêts, et plus généralement la corruption. On peut espérer que ces investigations sont suffisamment approfondies pour permettre une labellisation certaine des intermédiaires, car si tel n'était pas le cas, la responsabilité de l'ONG pourrait être gravement engagée.

TRACE est implantée dans 12 pays (Canada, Hong Kong, Egypte, Allemagne, Grèce, Singapour, Mexique, Corée du Sud, Taiwan, Emirats arabes unis, Royaume-Uni, et Etats-Unis). Son président actuel est Franck Vogl (par ailleurs vice-président de Transparency International), et elle est dirigée par Alexandra Wrage. Son financement est assuré par les droits d'entrée des intermédiaires retenus et par les contributions des entreprises qui souhaitent avoir un accès à la base de données les répertoriant.

Si l'explication devait s'arrêter là, il n'y aurait aucune inquiétude particulière à avoir face à cette ONG, dont le but semble être dans le droit chemin de la lutte contre la corruption. Mais il est important de savoir que les entreprises désireuses d'avoir accès à la base de données doivent

être prudentes en appliquant les règles de « veille ». En effet, avant de pouvoir adhérer, les entreprises sont invitées à répondre à un questionnaire détaillé.

Les différents renseignements demandés permettent d'établir une cartographie très précise de la société concernée. De nombreuses informations relatives à des données internes, souvent protégées, sont requises, et leur divulgation pourrait nuire à l'entreprise. De grandes entreprises françaises ont été démarchées afin de répondre à ce type de questionnaire. Même si pour le moment il est impossible de dire que ces éléments ont été utilisés à des fins d'intelligence économique, il ne faut pas pour autant en ignorer le risque.

Il apparaît que plus l'information circule, plus elle a des chances de tomber « entre des mains, pas toujours bien intentionnées ».

2. LES RISQUES D'UTILISATION DEVOYEE DE LA CONVENTION DE L'OCDE RELATIVE À LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

2.1. Historique

L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a adopté le 17 décembre 1997 une convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Ce travail avait été engagé depuis 1989, en particulier à l'initiative des Etats-Unis. Cette convention vise à réprimer les actions de corruption engagées par les entreprises des pays industrialisés, en incriminant la corruption active d'agents publics étrangers (elle ne vise donc pas la corruption passive ni celle d'agents privés). La Convention OCDE doit beaucoup au Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) adopté par le Congrès américain en 1977.

Les Etats-Unis ont tout fait pour exporter leur propre modèle de législation anticorruption, le plus souvent par l'intermédiaire des instances internationales et de certaines ONG. L'objectif est à n'en pas douter de lutter contre la corruption, mais cela permet également de relever de façon significative le niveau des contraintes dans les autres pays.

Cette croisade anticorruption des Etats-Unis est à replacer dans son contexte historique. Dans les années 1970, le pays a été affecté par d'énormes scandales, dont celui d'un industriel de l'armement qui a versé des pots-de-vin à un ministre étranger pour vendre ses équipements. En

Europe, de hautes personnalités ont également été touchées. Les Etats-Unis ont alors décidé l'adoption d'une réglementation plus sévère. Ils ont eu la volonté d'étendre leurs règles au niveau international ce qui a donné naissance à deux opinions totalement opposées, mais qui finalement sont complémentaires :

- La première estime que les Etats-Unis, ressentant un sentiment d'injustice face à des concurrents n'appliquant pas les mêmes règles, se devaient d'étendre les pratiques anticorruption au niveau international.
- La seconde est plus polémique, elle considère que les entreprises américaines ont pendant vingt ans pu mettre en place des alternatives discrètes et sophistiquées pour contourner les règles issues du FCPA. Cette idée est exposée entre autres par Anne-José Fulgeras, qui écrit que l'objectif économique, « *aussi transparent qu'inavouable, se fondait sur un alibi moral. Et quand la convention fut signée en 1997, les Américains, qui avaient eu tout le temps de s'adapter aux interdits qu'elle prononçait, se trouvaient en bonne position pour que ce ne soit pas une entrave à leur conquête des marchés mondiaux*¹¹² ».

Ensuite, et selon le même principe, se sont développées des pratiques de contournement de la Convention OCDE par de nombreuses sociétés¹¹³. Plusieurs exemples de ces pratiques peuvent être citées :

- utilisation de sociétés filiales écran (objet d'un développement dans le présent rapport) établies ou non dans les paradis fiscaux ;
- utilisation de « trusts », de plates-formes financières offshore, de fournisseurs étrangers ou de banques par qui sont versées les commissions ;
- recours aux cautionnements, comptes d'assurance, associations, ONG, fondations, etc.

Ces pratiques ne doivent pas faire oublier les systèmes qui ont été mis en place constituant une protection efficace respectant la morale et les prescriptions nationales et internationales : charte anticorruption, codes de conduite, normes internes, procédures de contrôle, etc.

Il y a donc eu une prise en compte du risque, dans le cadre de l'intelligence économique, par l'instauration d'une stratégie de mise en conformité ayant comme double objectif de prévenir les actes délictueux en interne et de protéger l'image et la réputation de l'entreprise en externe. Il s'agit d'afficher le souci de respect des règles. Cependant, certaines entreprises n'hésitent pas à « externaliser » les pratiques suspectes, douteuses ou frauduleuses.

112 Anne-José Fulgeras, directeur principal Ernst & Young, *Affaires à suivre*, Albin Michel, 2002.

113 Cf. Rapport annuel 2001 du SCPC, p. 55 et suivantes.

2.2. Transcription de la Convention OCDE dans le droit français

Cette convention de 1997, signée par l'ensemble des membres de l'OCDE, mais également par des pays tiers (Argentine, Brésil, Bulgarie, Chili, Slovaquie), a été transposée dans le droit pénal français par une loi du 30 juin 2000 et une ordonnance du 19 septembre 2000 créant les articles 435-3 et 435-4 du Code pénal (voir fiche pratique dans le présent rapport).

Le point principal de cette convention est l'obligation pour les Etats signataires de transcrire dans leur législation pénale interne la répression des actes de corruption des agents publics étrangers avec la même sévérité que pour la corruption d'agents publics nationaux.

La particularité de la transcription française réside dans le fait que le législateur a également pris en compte la corruption passive, alors que seule la corruption active était mentionnée dans la convention.

Plusieurs spécificités existent dans les articles 435-3 et 435-4 du Code pénal. Tout d'abord, la qualité de la personne corrompue est étendue, car la notion d'« agent public » inclut, outre les fonctionnaires, les élus politiques et les magistrats. Ensuite, le champ d'application est plus limité pour les agents situés en dehors de l'Union européenne puisque, les faits doivent être commis « *en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu du commerce international* ».

En France, les poursuites pour des faits de corruption concernant des agents publics étrangers ne peuvent être déclenchées que par le ministère public. En effet, en application des principes de la procédure pénale française, les poursuites ne peuvent être engagées que par le ministère public lorsque le délit ne peut être rattaché au territoire national par un élément matériel. Ce qui constitue une exception à la règle selon laquelle les poursuites peuvent être engagées par une partie y ayant intérêt.

En France, des dépôts de plainte avec constitution de partie civile sont parfois utilisés par de grands groupes, en vue de déstabiliser des concurrents. En calquant les règles applicables aux délits extraterritoriaux sur le délit de corruption d'agents publics étrangers, le législateur a voulu éviter la possibilité d'engagement de poursuites sur constitution de partie civile ne reflétant en fait qu'une volonté de déstabilisation de la concurrence dans le domaine des contrats internationaux.

Cependant, une faille persiste ; elle concerne l'usage d'une autre incrimination, par exemple l'abus de biens sociaux, dont on relève qu'il est souvent utilisé. En effet, la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation estime que tout agissement d'une société contrevenant à l'ordre public est contraire à son intérêt social, et peut donc être poursuivi dans le cadre de l'abus de biens sociaux. En application de cette jurisprudence, un

actionnaire d'une société (mise en cause dans une affaire de corruption) pourrait intenter une action sur le fondement des articles 241-3-4 et 4 (pour les SARL) et 242-6-3 et 4 (pour les SA) du Code de commerce par voie de dépôt de plainte avec constitution de partie civile.

La Convention de l'OCDE est donc un élément important qui doit être pris en compte par les entreprises (participant plus particulièrement à des marchés publics internationaux) afin d'éviter la possible mise en cause (réelle ou fictive) de leur honnêteté qui pourrait être un moyen de déstabilisation majeure.

III. - DEUX EXEMPLES D'OUTILS D'INTELLIGENCE ÉCONOMIQUE : LES FONDS D'INVESTISSEMENT ET LES DISPOSITIFS D'ALERTE («WHISTLEBLOWING»)

1. LES FONDS D'INVESTISSEMENT

Le développement des fonds d'investissement, qui défraient souvent la chronique, et pas seulement dans la presse spécialisée, présente un intérêt particulier au regard de l'intelligence économique, dans la mesure où ils peuvent être les vecteurs de véritables pillages technologiques, en étant le bras financier des services de renseignements de certains Etats et non des moindres. En effet, leur activité porte généralement sur des petites et moyennes entreprises (PME) spécialisées dans des domaines particulièrement innovants ou stratégiques (logiciels, analyse linguistique, récupération de données informatiques, sécurité, biotechnologies...). L'Etat s'est d'ailleurs donné récemment les moyens de mieux contrôler les investissements étrangers dans certains domaines stratégiques, malheureusement limités à la sécurité nationale et à l'ordre public.

Une brève étude de ces fonds s'impose pour éclairer le profane avant d'approfondir les conséquences possibles au regard de l'intelligence économique.

1.1. Une brève description des fonds d'investissement

Il s'agit, de façon simplifiée, de la mise en commun de placements, destinée à recueillir l'épargne d'investisseurs divers, depuis le particulier disposant toutefois d'une mise de départ nécessairement importante, jusqu'au professionnel et à l'institutionnel.

Les points principaux qui méritent d'être retenus sont constitués par :

- le caractère d'agent économique des investisseurs ;
- la mise en commun ponctuelle ou plus suivie des placements ;
- la gestion par des professionnels.

Ces fonds peuvent être classés en trois grands groupes.

Les fonds de pension, dont l'activité consiste à collecter et à mutualiser des fonds issus de l'épargne dans le but de servir des prestations dans l'avenir. Ils s'engagent plutôt dans le long terme, et le retrait des fonds est, le plus souvent, prohibé. La gestion est le plus souvent déléguée à des entreprises de gestion.

Les fonds communs de placements (OPCVM en France), qui sont proposés par des banques et des établissements financiers. Il s'agit aussi d'instruments d'épargne collective qui gèrent un portefeuille diversifié de valeurs mobilières ou de titres.

Les *hedge funds* ou fonds spéculatifs ou de performance ou encore d'arbitrage, présentent un caractère plus risqué car ils portent sur des produits qui, pour des mises limitées, permettent d'opérer sur des montants plus importants mais avec un risque plus élevé. Ils agissent quelle que soit l'évolution des indices boursiers. Leur principe d'utilisation est fondé sur l'effet levier¹¹⁴ (argent) et sur l'utilisation des ventes à découvert (titres). Ils interviennent à la hausse comme à la baisse, et les gains sont souvent très faibles au plan unitaire mais restent très performants lorsqu'on mobilise des masses considérables. Le risque le plus fort est celui de la faillite du fonds.

Les gestionnaires identifient les « anomalies » du marché (absence de liquidités ou d'intervenants, légers différentiels de cours) pour en retirer un profit. Les stratégies d'achat et de vente sont réalisées par ordinateur ; elles obéissent parfois à des fonctions mathématiques inspirées notamment de la physique du désordre. Ces stratégies ont des résultats positifs dans la plupart des cas. La moitié des arbitrages rapportent entre 0,1 et 0,2 % sur une dizaine de jours, mais, additionnés, ces profits sont considérables. En fait, la pratique de ces gestionnaires revient à dissocier leurs positions du risque de marché ou de celui des valeurs sur lesquelles ils parient.

Ces fonds portent de nombreuses appellations, ce qui les fait apparaître comme complexes.

Ainsi, on relève, entre autres, les qualifications suivantes :

- les fonds actions, donc investis en actions ;
- les fonds à compartiments, qui comportent plusieurs classes d'actifs ;

¹¹⁴ L'effet levier est le moyen d'accroître de manière importante la valeur ou le rendement d'un investissement sans augmenter la valeur investie.

- les fonds de fonds en valeurs mobilières qui placent leurs actifs dans des parts d'autres fonds en valeurs mobilières ;
- les fonds « parapluie », qui regroupent des « sous-fonds » qui disposent chacun de leur propre stratégie de fonctionnement, etc.
- les fonds éthiques ou de partage qui investissent dans des secteurs plutôt humanitaires. Ces fonds sont devenus des acteurs importants de l'économie. C'est aux Etats-Unis qu'ils se sont développés le plus rapidement et où ils sont le plus facilement accessibles.

Ces fonds sont très critiqués pour leur activité réelle ou supposée. La généralisation de l'effet levier et les risques de constitution d'une bulle, qui pourrait être limitée par des paris erronés et par le constat d'une baisse relative des performances, la durée de vie assez courte de la plupart des fonds (entre un et trois ans), la modification des clients, peut-être moins tentés par le risque, font que les aspérités se lissent d'elles-mêmes.

Par contre, ils peuvent être le lieu de montages frauduleux et de blanchiment :

- La fraude s'y développe aisément. Le montage consiste à l'occasion d'innombrables opérations à détourner sur les comptes des dirigeants des gains ou des sommes qui auraient dû rester affectés aux comptes de leurs propriétaires. On note qu'en France les virements de ce type constatés, au crédit du compte personnel d'un gestionnaire d'un fonds, doivent faire l'objet d'une déclaration de soupçon.

Quelques montages techniques afférents à la gestion des fonds mutuels ont été découverts aux Etats-Unis. Ils ont été cités dans le rapport 2003 du SCPC. Nous en reprendrons ici les grandes lignes :

- Les montages frauduleux liés aux pratiques du *late-trading*. Ce montage ne présente pas d'innovation particulière ; il a été très largement utilisé dans les courses lorsque le grand banditisme pariait avec un système informatique adapté après l'arrivée des courses. En l'espèce, les sociétés de gestion auraient autorisé ou n'auraient pas contrôlé les traders qui auraient validé les opérations litigieuses. Certains clients, les plus importants évidemment, ont été autorisés à passer des ordres à la valeur liquidative, mais après la clôture des marchés.
- Une autre pratique, dans le même schéma opérationnel, consiste pour les traders, à détourner au bénéfice de certains clients ou pour leur propre compte ou pour celui de leurs proches, des plus-values réalisées à l'occasion de placements effectués avec les fonds de clients. Ces montages sont plus aisément réalisables à l'occasion d'opérations de gré à gré, donc sans contrôle intermédiaire ou dans des périodes où les cours des actions travaillées varient beaucoup à la hausse ou à la baisse. Ainsi, le corrompu ou le fraudeur pourra manipuler les ordres ou donner les explications inverses à la réalité dès lors que le contrôle interne est absent.

- La troisième possibilité consiste à faire monter, mais avec des complicités, par des achats importants, les cours de manière purement factice et à en tirer un bénéfice lors de la revente (système dit de la « bouilloire »). Certains forums Internet se sont fait une spécialité de ce type de manipulation.
- La quatrième possibilité affecte la pratique de l'« écrêtage » qui consiste à multiplier les achats et les ventes pour augmenter les commissions liées aux opérations. Cette pratique n'est pas illégale, mais le devient lorsque celles-ci sont effectuées sur des produits sophistiqués, sur lesquels les clients n'ont pas de lisibilité et que des commissions sont facturées, à plus forte raison si elles portent sur des opérations qui n'ont pas eu lieu. Ce montage peut devenir franchement frauduleux s'il est prouvé que certains intervenants disposent d'informations privilégiées lorsqu'ils engagent ces opérations.
 - Quant au blanchiment¹¹⁵, le risque est aussi relativement présent ; il touche essentiellement les opérations organisées dans les paradis fiscaux dans lesquels sont situés les *hedgesfunds* non contrôlés. Par ce biais, des sommes importantes entrent dans le secteur économique en utilisant en cascade ces outils d'investissements collectifs.

En fait, il est possible de créer un fonds dans un paradis fiscal entre quelques personnes qui sont susceptibles d'utiliser les facilités de camouflage ainsi mises à leur disposition, dès l'instant où les instigateurs disposent des fonds qui leur permettent d'apporter les sommes demandées. La mise exigée pour entrer dans le groupe peut être considérable, mais les blanchisseurs ont rarement des problèmes de trésorerie.

Une fois le fonds constitué, sans formalités particulières donc, il suffit de déléguer un gestionnaire, qui peut alors, au travers d'opérations diverses, entrer dans le circuit et intégrer des groupes, au gré des opérations engagées qui présentent toutes les garanties de légitimité nécessaires.

1.2. Les conséquences au regard de l'intelligence économique

Les traitements de masse, par ordinateurs et contrôles interposés, ont entraîné rapidement l'utilisation des fonds d'investissement comme outils d'intelligence. Le capital investissement est devenu en effet une priorité stratégique. En effet, les fonds ayant pour but de prendre des participations dans des structures diverses, autant les utiliser pour pénétrer les entreprises qui présentent un intérêt au regard de l'intelligence économique.

Les PME sont à l'évidence plus inventives que les grandes entreprises, mais elles sont plus vulnérables car elles ne disposent pas des services

¹¹⁵ Les sociétés de gestion ont l'obligation de connaître leurs clients et de comprendre les opérations pour lesquelles elles sont sollicitées ; de plus, une vigilance renforcée est exigée pour les opérations dont la valeur est supérieure à 150 000 €

adéquats, notamment en matière d'intelligence économique. La technique d'investissement les concerne alors le plus souvent de la manière suivante :

- l'achat de la majorité des parts ou achat conjoint de celles-ci avec l'ancien dirigeant. Cette opération doit porter sur des entreprises qui présentent des caractéristiques précises, être en bonne santé ou avoir des actifs exceptionnels, en particulier développer des brevets ou disposer d'un savoir-faire qui laisse entrevoir des potentialités importantes. Mais ces entreprises ne doivent pas être cotées, de manière à limiter les surenchères et les OPA, ce qui nécessiterait la fourniture d'une documentation complète à divers partenaires, salariés actionnaires ainsi qu'à l'Autorité des marchés financiers (AMF) ;
- le financement de l'opération est en général réalisé par des emprunts dont l'architecture peut être assez complexe, cette complexité augmentant si on interpose une holding, ce qui permet de compenser les intérêts versés par les dividendes reçus ;
- les travaux juridiques préparatoires, très onéreux, sont en général réalisés par des cabinets-conseils et peuvent être facturés entre structures situées dans des pays à fiscalité privilégiée. Cela peut avoir une incidence en matière de TVA ; la société locale déduit la TVA afférente aux prestations, par contre les prestataires installés dans des pays à fiscalité privilégiée ne sont pas tenus de la payer au même taux, alors que la prestation a bien eu lieu dans le pays à taux de TVA plus élevé ;
- l'association avec les dirigeants (pacte d'actionnaires) est le plus souvent rattachée à une clause de défaillance, ce qui permet, lorsque les conditions ne sont pas atteintes, de « rafler la mise ». Les litiges sont alors traités par voie d'arbitrage par des juristes professionnels, ce qui limite les recours et permet de ne pas ouvrir les débats, rendant ainsi la décision définitive¹¹⁶. Pour ce qui est de la corruption, la procédure d'arbitrage porte en elle un risque important de conflit d'intérêts. En effet, il est essentiel de s'assurer que les arbitres ne sont pas liés à l'une ou à l'autre des structures.

En fait tout le risque d'une telle opération tient dans la rédaction du contrat et dans les termes qui y figurent.

2. LES DISPOSITIFS D'ALERTE («WHISTLEBLOWING »)

Dans son rapport 2003, le SCPC a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur les dispositifs d'alerte dans les entreprises, plus connus sous le nom

¹¹⁶ Cette technique est très utilisée par les blanchisseurs. A partir de faux litiges, les transferts de fonds sont rendus très fluides et indiscutables.

de *whistleblowing*, ce qui atteste leur origine anglo-saxonne, et plus particulièrement américaine.

Sans reprendre les termes de ce rapport, auquel il convient de se référer, on rappellera qu'il s'agit d'un dispositif antifraude reposant pour une large part sur la dénonciation. Cette dernière est réalisée par un salarié qui peut saisir, directement et de façon confidentielle, un responsable de l'organisation afin de révéler le phénomène de fraude et déjà l'attention était attirée sur le fait « *qu'un tel processus peut répondre au souci du respect de la loi ou de l'éthique professionnelle, mais qu'il peut constituer aussi le support de l'arrière-pensée de négociateur, de discréditer, de nuire, de manipuler qui peut être le cadre d'une opération d'intelligence économique dévoyée* ».

Il convient, tout d'abord, de relever que cette procédure, qui n'est pas nouvelle¹¹⁷, n'a, à notre connaissance, jamais eu d'incidence significative sur les problèmes de fraude. Déjà utilisé depuis fort longtemps dans le domaine de la corruption, le dispositif d'alerte qui existait dans les entreprises n'a, sauf erreur de notre part, eu aucun effet sur les fraudes constatées aux Etats-Unis au cours des années 2000 et suivantes, pas plus que sur les montages plus récents qui ont affecté plusieurs entreprises européennes. La découverte des fraudes a toujours été le fait d'acteurs extérieurs.

Cela n'a rien d'étonnant car ceux qui seraient susceptibles de dénoncer les montages frauduleux ne disposent généralement que d'une vision parcellaire de la situation. Or les montages nécessitent l'utilisation de nombreux documents justificatifs ou fichiers, situés dans des secteurs de traitement compartimentés (gestion commerciale, comptabilité analytique, comptabilité générale...). Il est donc indispensable de disposer d'une vision globale pour identifier un risque avant de déclencher une alerte.

L'intérêt de l'alerte se situe dans la possibilité pour un partenaire, pour un salarié ou pour un tiers, de dénoncer une situation que ce dernier considère comme porteuse d'un risque de fraude ou de corruption. Elle permet donc de passer au-dessus des blocages locaux et des limitations internes. Il s'agit d'un montage en contournement, mais très vite les limites semblent devoir être atteintes.

Que la dénonciation soit malveillante ou qu'elle repose sur une erreur d'appréciation, elle peut être un outil redoutable de déstabilisation pour

117 L'une des procédures les plus pratiquées est l'organisation d'une réunion de « débriefing », réalisée dans le cadre des achats ou des ventes au moment où les principaux contrats sont finalisés. Cette réunion peut regrouper l'ensemble des fournisseurs importants non retenus à l'appel d'offres ou se dérouler fournisseur par fournisseur, la personne chargée de cette activité recherchant ce qui s'est « mal » passé dans l'appel d'offres et recueillant les informations qui sont susceptibles de valider ou d'invalider les procédures en place. Le but visé est de créer un flux d'informations montantes permettant de disposer du point de vue, souvent critique, des clients et des fournisseurs sur l'application des procédures mises en place.

l'entreprise. Dans un article paru en 2003 dans la revue *Audit*¹¹⁸, une analyse des risques présentés par les dispositifs d'alerte est présentée.

Ceux-ci peuvent d'abord avoir trait à l'image de l'entreprise, surtout lorsqu'elle veut avoir un « affichage éthique ». Une dénonciation malveillante l'engage dans un processus dont elle se sortira difficilement, le rectificatif en matière de communication étant généralement inopérant ou ne faisant qu'aggraver le mal. En termes de concurrence, l'image fausement donnée d'un collaborateur de l'entreprise l'éliminera définitivement du circuit pour laisser la voie libre au manipulateur.

Cette méthode, autrement appelée « enfumage », peut être utilisée à l'intérieur d'un même groupe. Ce sera le cas de l'attention portée sur une filiale ou un service non affecté par des montages frauduleux. Pendant qu'ils focaliseront l'intérêt des contrôleurs, les fraudeurs pourront poursuivre leurs opérations dans une relative quiétude.

Cet outil peut aussi être utilisé pour se séparer de dirigeants ou de salariés (par exemple, dans le cadre d'une politique de rotation du personnel). C'est alors la direction qui est, elle-même, actrice de la manipulation.

Des mesures doivent donc être prises pour identifier le risque et prendre des dispositions d'organisation adaptées :

Etat des lieux et ciblage des risques

Connaître les indicateurs de risque donne un avantage évident pour mettre en place une option défensive :

- Pour la manipulation externe, le repérage d'indicateurs de manipulations s'effectue à partir de la mise en cohérence d'éléments apparemment étrangers. Ainsi, s'il est constaté un flux de dénonciations ciblées, quasi professionnelles, dans une période proche d'un événement important, il ne faudra pas omettre de faire le lien entre les deux observations et aviser la direction afin de prendre les mesures propres à contrer ce qui paraît relever d'une manipulation extérieure.
- Pour la compétition dans le déroulement des carrières il en va de même si, dans les périodes proches des évaluations du personnel, on relève la présence de dénonciations dont les caractéristiques démontrent que le dénonciateur appartient à l'organisation et que les cibles sont en concurrence. On peut alors envisager qu'il y a risque de manipulation.
- Pour favoriser le licenciement de salariés devenus indésirables l'identification des indicateurs est plus délicate. Toutefois, pour un connaisseur de la structure qui ne serait pas dans la confiance, il

¹¹⁸ *Audit*, n° 167, décembre 2003.

existe quelques signes qui ne trompent pas, comme la cohérence des critiques, une sorte de provocation ou même un harcèlement dont le point d'orgue est la dénonciation.

- La mise en service d'une ligne d'alerte qui n'est jamais suivie d'effet significatif, alors même que les procédures sont discutables ou non respectées, est un indicateur suffisant pour laisser penser que la mise en place est factice et que l'affichage éthique est un leurre.

L'étude des risques ne doit pas faire oublier l'organisation de la structure.

Programme d'organisation d'une structure de ce type

Il s'agit là d'une étape qui consiste à organiser un service *ad hoc*, à structurer les mécanismes de contrôle et d'audit et à mettre en place une remontée d'informations vers la direction générale.

Il est nécessaire, et c'est sans doute un élément majeur, de disposer d'un profil du responsable du service. Cette personne, quelle que soit son appartenance, doit pouvoir agir de manière indépendante. Elle doit connaître les activités de la société, disposer de connaissances juridiques générales et être avertie des pratiques de fraude. Elle doit aussi avoir un sens aigu de la communication, disposer d'un fond de diplomatie et savoir qu'elle fera l'objet de pressions très fortes, qu'elles soient directes ou indirectes.

Le responsable de ce service *ad hoc* devra être entouré de personnels compétents (juristes, techniciens et autres) qui pourront valider la qualité de l'information et structurer la mise en place de l'audit de fraude qui va suivre les dénonciations. Ce service doit disposer d'un financement adéquat et certain.

La méthodologie d'organisation du contrôle d'une structure de ce type telle qu'elle a été décrite par Hernan Murdock se décompose¹¹⁹ en dix parties :

- revoir le protocole du programme, en s'assurant qu'il est efficace et matériellement utilisable ;
- examiner le fichier de dénonciations, analyser les raisons pour lesquelles certaines investigations ne sont pas effectuées et s'assurer de la protection des personnes qui ont utilisé la ligne ;
- revoir la composition et le rôle effectif des personnes chargées de gérer le programme ;
- vérifier la réelle autonomie de celui-ci ;
- vérifier la qualité des rapports ;

119 Cf. Hernan Murdock, « Early warning System » in *Internal Auditor*, août 2003.

CHAPITRE II

- vérifier la cohérence du budget affecté au programme ;
- revoir les instructions distribuées aux employés et le code d'éthique ;
- vérifier l'accès aux programmes ;
- contrôler la qualification des personnes chargées du problème ;
- s'assurer que les employés connaissent l'existence de la structure et qu'ils peuvent y accéder sans difficulté.

Ainsi, il apparaît que le Sarbanes Oxley Act a nécessité la mise en place généralisée d'un type d'organisation qui n'était utilisé jusqu'ici que dans le domaine de la corruption et qu'il nécessite une importante analyse préalable. On constate donc que les risques liés à une structure de ce type résident essentiellement dans le détournement de la procédure. Ce qui ne manque pas d'être inquiétant devant leur multiplication, qui paraît relever d'un effet de mode. Celui-ci est d'autant plus dangereux si la fraude n'est pas traitée de façon professionnelle en amont.

Autrefois la dénonciation et la protection des témoins étaient des procédés réservés à la lutte contre le grand banditisme et le crime organisé. Aujourd'hui, on le généralise à l'activité commerciale, faisant peser sur elle une suspicion qui paraît trop systématique.