



Les offsets : Une opportunité nouvelle de développement afin d'acquérir des marchés à l'export ?



© Mehdi Fedouach /
AFP

Samy Etievant

Werra

Juin 2022



Après un Master en droit pénal des affaires, **Samy Etievant** est actuellement étudiant au sein du Master 2 Juriste Conformité Compliance Officer (JCCO) de Strasbourg. Particulièrement intéressé par les enjeux géopolitiques par les sanctions internationales émergentes prises à l'égard de la Chine ou de la Russie, Samy a pour vocation de mettre ses compétences au service d'entreprises ou d'organisations internationales.

Les propos exprimés par l'auteur n'engagent que sa responsabilité

© Tous droits réservés, Paris, Werra, Juin 2022



INTRODUCTION

La CJIP (Convention Judiciaire d'Intérêt Public) signé le 29 janvier 2020 entre le procureur de la République financier Jean-François Bohnert et John Harrison, le *General Counsel* d'Airbus met fin à des poursuites entamées le 20 juillet 2016 contre le Groupe Airbus pour des chefs de corruption d'agent public étranger, abus de biens sociaux, abus de confiance, escroqueries en bande organisée, blanchiment de ces délits, faux et usage de faux. Le Groupe Airbus est à ce titre condamné à verser au Parquet National Financier (PNF) un montant légèrement supérieur à 2 millions d'euros, plus 1,6 milliard d'euros à différentes autorités de poursuites (le *Serious Fraud Office* anglais, et le *Department Of Justice* américain). Ainsi le principal grief adossé à la condamnation pénale est la gestion des intermédiaires commerciaux par l'un des services internes d'Airbus, le SMO (*Strategy and Marketing Organization*). Celui-ci aurait notamment, pour le compte d'Airbus, engagé fictivement certains intermédiaires alors que leurs suivis s'avéraient défaillant.¹ Ainsi la pratique courante des sociétés comme Airbus, afin de gagner des marchés à l'international, est d'embaucher des intermédiaires qui servent de lien entre une ou plusieurs parties à une transaction commerciale. Les intermédiaires ont ainsi l'avantage d'offrir aux entreprises un véritable pied d'appui local en les aidant à s'implanter dans un territoire méconnu afin de leur offrir un large panel de services². Cependant, il existe aujourd'hui une tendance de fond parmi les entreprises afin d'exclure tout nouveau contrat d'intermédiation, considérés comme trop risqués notamment en matière de corruption. Cependant pour conclure des contrats à l'export, il semble qu'un point d'appui local est indispensable pour les entreprises transnationales afin de pouvoir faire du business à l'étranger. Une alternative pourrait se trouver être les pratiques d'offset ou de compensations industrielles. La pratique de l'offset (anglicisme de compensation industrielle) est ancienne, datant des années 1970. Cette pratique a d'abord concerné principalement les entreprises situées dans le domaine de la défense, tout en se généralisant par la suite dans le domaine civil comme celui

¹ Corruption : Les entreprises dans le piège de la chasse aux « intermédiaires », Les Echos, Anne Drif, paru le 13 février 2020 (en ligne) , consulté le 08 Avril 2022, URL : [Corruption : les entreprises dans le piège de la chasse aux « intermédiaires » | Les Echos](#)

² Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales, Rapport Final, pour l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économique), paru le 4 Novembre 2009 (en ligne), Consulté le 07 Avril 2022, URL (disponible en PDF) : [Microsoft Word - Report Intermediaries French.doc \(oecd.org\)](#)



du transport ou de la sécurité. Le principe est assez simple en apparence : proposer une compensation industrielle pour remporter un appel d'offre international. La compensation industrielle entraînant alors des obligations d'investissements sur place de la part de l'industriel ou du pays vendeur³. Autrement dit, il s'agit en contrepartie de la signature d'un marché de transférer ou créer de la valeur ajoutée au sein d'un pays importateur, de sorte que ce dernier participe lui-même à la production du bien qu'il achète. Ainsi l'article 1 point l) de l'accord sur les marchés publics (AMP) révisé en 2012 en donne une définition relativement simple. Il s'agirait, selon cet article, « *de toute condition ou de tout engagement qui encourage le développement local ou améliore le compte de la balance des paiements d'une partie, tel que l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour des technologies, l'investissement, les échanges compensés et les actions ou prescription similaire* »⁴.

Cependant cela se complexifie avec les variétés de forme que peut prendre la compensation et par la nécessaire mise en place de la part des États de véritables stratégies de compensations industrielles. Ainsi les échanges compensés peuvent prendre tout à la fois :

- La forme de troc consistant en un échange de biens de manière simultanée.
- De contre-achat neutralisant la balance commerciale. Le contre-achat engage notamment l'importateur à acheter des marchandises au prix d'un pourcentage déterminé à l'avance.
- D'achat en retour (*buy back*) : l'exportateur s'engage alors à acheter des licences ou des biens réels à l'importateur.
- *Build, Operate, Transfer* (BOT) : cette pratique permet de gérer l'ensemble du processus de la compensation. En effet dès lors une partie privée accepte de financer, de construire, de gérer et de maintenir un service pour une période spécifiée et de le transférer à la fin de ladite période à une autorité publique ou privée⁵.

Enfin différentes stratégies d'offset ont pu être constatées, l'offset direct, l'offset indirect, ou semi-indirect. L'offset direct désigne le contrat de compensation industriel conclu ayant un

³ Intégration du marché européen de la Défense et politiques d'offsets, Economie et institutions, Adel Ben Youssef et Gueorgui Ianakiev, paru 31 janvier 2013 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [Intégration du marché européen de la Défense et politiques d'offsets \(openedition.org\)](https://www.openedition.org/rev-gpr-94_01_f.pdf)

⁴ Accord sur les marchés publics 2012 et instruments juridiques connexes, Organisation Mondiale du Commerce, publié le 30 mars 2012 (en ligne), consulté le 08 avril 2022, URL (disponible en PDF) : [rev-gpr-94_01_f.pdf \(wto.org\)](https://www.wto.org/rev-gpr-94_01_f.pdf)

⁵ Les offsets et les compensations internationales, La notes de conventions, Christian Sylvain, publié le 30 mai 2011 (en ligne), consulté le 07 avril 2022, URL : [LES OFFSETS ET LES COMPENSATIONS INTERNATIONALES | Conventions \(convention-s.fr\)](https://www.convention-s.fr/)



rapport direct avec le contrat principal conclu. Nous pouvons prendre l'exemple d'un contrat d'armement principal signé entre deux pays et dont le contrat secondaire de compensation vise à implanter des usines, au sein du pays acheteur, participant directement à la construction de cet armement. L'offset indirect fait référence aux compensations qui n'ont aucune cohérence avec le contrat principal conclu. Nous pouvons prendre l'exemple d'un contrat de compensation visant à la construction sur le territoire du pays acheteur d'une école alors que le contrat principal porte sur un contrat d'armement.

Face à ces pratiques, les États acheteurs ou vendeurs ont développé une véritable politique d'offset à l'import ou à l'export parfois totalement transparente.

Les stratégies d'offset représentent alors une véritable opportunité de stratégie économique pour les entreprises comme pour les États. L'enjeu est ici de cerner au mieux les besoins de l'entreprise soumissionnaire, encourageant par là même des stratégies commerciales concurrentes en matière de compensation industrielle. L'objectif *in fine* est effectivement pour le candidat au marché de gagner des parts de marché à l'étranger par la conclusion de contrats lucratifs.⁶

Cependant la pratique n'est pas dénuée de risque en matière notamment de lutte contre la corruption et de contrôle de la branche industrielle qui est créée sur le territoire de l'État acheteur.

Nous nous attacherons donc dans notre développement à comprendre le phénomène de l'offset, à en mesurer les opportunités mais aussi les freins et risques.

⁶ Les politiques d'offsets (compensation), enjeux généraux et étude du cas de l'Afrique du Sud (thèse), Cristina Buga publié en mars 2016 (en ligne), consulté le 07 avril 2021, URL (disponible en PDF) : [THESECRISTINABUGA.pdf](#)



Un développement continu de la pratique de l'offset lié à de multiples facteurs

Les compensations industrielles ou offset : une croissance favorisée par un flou juridique.

L'offset est donc une pratique ancienne qui a vu le jour dans le monde de l'après-guerre et dans la mondialisation naissante des années 60. Le mot offset a été employé pour la première fois dans un accord entre les États-Unis et l'Allemagne signé en juillet 1961. Il s'agissait de minimiser l'impact financier du maintien des troupes américaines en Allemagne sur la balance américaine des paiements. À la suite de cet accord, l'Allemagne a acheté des produits américains à hauteur de 80% du coût du maintien des troupes américaines.⁷

Cette pratique a évolué de manière exponentielle particulièrement dans le domaine de la défense. Le premier accord d'offset tel qu'il est défini aujourd'hui a été signé entre les États-Unis et l'Australie le 10 avril 1973 pour faciliter l'exportation australienne vers les États-Unis à hauteur de 25% de la valeur des importations de matériels militaires en provenance des États-Unis.⁸

D'autres exemples d'offset dans le domaine de la défense dans les années 70 existent. Par exemple, celui de la vente de 348 avions de combat F-16 à un groupe de 4 pays européens comprenant la Belgique, les Pays-Bas, la Norvège et le Danemark en 1975. Celui-ci avait donné lieu à un programme d'offset américain sans précédent. Le programme d'offset pour cette transaction impliquait alors des compensations industrielles à hauteur de 40% du marché principal. Le contrat d'offset prévoyait notamment une part équivalente à 15% de la valeur des ventes à des pays tiers et 10 % de la valeur des F-16 achetés par l'US Air Force. Tout cela évidemment au bénéfice des pays importateurs⁹. La production ainsi que la commercialisation du F16 – qui avait remporté le marché – se poursuivant à l'heure actuelle, les pays importateurs bénéficient encore du contrat d'offset.

Enfin on peut encore citer à titre d'exemple ancien, l'achat d'avions de combat F-5 par la Suisse au milieu des années 1970. Cette dernière vente permit à la Suisse notamment d'ouvrir son l'industrie nationale au marché américain.

⁷Christian Sylvain, op. cit. note n°5

⁸Christian Sylvain, op. cit. note n°5

⁹Adel Ben Youssef et Gueorgui Ianakiev op. cit. note n°3



Les pratiques de compensations industrielles reposent donc *a priori* sur une relation gagnant-gagnant. D'un côté, cela permet à l'exportateur de gagner de nouvelles parts de marché à l'étranger voire de construire durablement une relation d'affaire sur le territoire d'accueil, tout en réduisant les coûts liés à la production du bien objet du contrat principal. D'un autre côté, cela permet à l'État acheteur une montée en gamme technologique de sa production et une sensibilisation plus grande de sa population aux enjeux de recherche et développement.

Cette pratique permet aussi de fiabiliser un nouveau partenaire ou un ancien partenaire d'affaire. Telle fiabilisation qui fut certainement la démarche des Américains concernant les contrats d'offset portant sur les F-16 signés avec les Pays-Bas, la Norvège, le Danemark, ou la Belgique.

Par conséquent l'offset s'est vite développé comme une norme au sein du domaine de la défense, notamment dans un secteur alors très peu régulé. Les contrats d'offsets pouvaient alors atteindre un montant supérieur à 100% de la valeur du contrat principal d'achat, voire 300% de celui-ci. Les entreprises américaines pour l'année 2003 avaient alors offert plus de 125% d'offset par rapport au contrat principal¹⁰.

Face à certains abus, des tentatives de régulation ont vu le jour. La législation européenne interdit par exemple par principe tout usage des offsets et ce dans le cadre du marché unique à libre concurrence au sein de l'UE. Ainsi les articles applicables permettant de donner un cadre légal à cette interdiction sont les articles 26 et 18 du TFUE (Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne) garantissant aussi bien la liberté de mouvement, de personnes ou de services que l'absence de discrimination au sein des frontières de l'UE.¹¹ Ainsi une telle interdiction a été rappelée par la Commission européenne dans une directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil de l'UE rappelant elle-même des directives anciennes 2004/18 et 2004/17 du Conseil de l'UE. Cependant le traité primaire prévoit aussi la possibilité via l'article 346 du TFUE d'une exception qui permet notamment d'exempter les matériels de guerre, les armes et les munitions d'une telle interdiction à la condition de prouver un intérêt essentiel à la sécurité nationale¹². Il est intéressant de noter que l'article énumère limitativement les marchandises pouvant faire l'objet de cette exception : les armes, munitions, et matériels de guerre. Il limite aussi son application à une justification stricte : Un intérêt essentiel à la sécurité

¹⁰Offsets in Defense Trade Twenty-Fourth Study, US department of Commerce, Bureau of Industry and Security, released in July 2020 (online), consulted in 08TH April 2022 , URL (Available in PDF) : [1 \(doc.gov\)](https://www.doc.gov)

¹¹ ICC-ECCO Guide to International offsets contracts, International Chamber of Commerce (ICC) released in 2019 (online), consulted in 08th April 2022, URL (Available in PDF) : [icc-ecco-guide-intl-offset-contracts-web.pdf \(iccwbo.org\)](https://www.iccwbo.org)

¹² Ibid note^o11



nationale. La Cour de justice dans sa jurisprudence interprète ainsi restrictivement l'article 346 du TFUE et rappelle que l'exception de l'article 346 du TFUE ne saurait avoir un caractère automatique, mais doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.¹³ L'interprétation restrictive de la Cour européenne de justice exclut donc de fait l'application de l'exception de l'article 346 du TFUE pour la conclusion de contrat ayant une application civile ou à double-usage au sein des frontières intérieures de l'UE.

De plus la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 ainsi que le code de conduite sur les offsets publié par l'agence européenne de la défense le 24 octobre tentent de limiter le pourcentage des compensations industrielles par rapport au contrat principal concernant les offsets conclus dans le domaine de la défense. Ainsi l'article 21 (4) de la directive 2009/81 du Conseil européen propose un taux ne devant pas excéder 30% de la valeur de la valeur du contrat, tandis que le code de conduite lui propose un taux de devant pas excéder la valeur totale du contrat principal soit 100% de la valeur totale du contrat. Les valeurs prévues par les deux textes ne sont néanmoins en rien contraignantes et ne lient par les contractants. Enfin, aucun texte ayant valeur conventionnelle ne régule les offsets en matière de défense, ce qui revient à laisser une appréciation assez large aux États. Finalement cela relève de la quasi-discrétion des États membres d'apprécier la quantité de compensations industrielles qu'elle souhaite appliquer à son contrat à partir des exigences de l'État d'accueil en la matière. La défense est en effet un domaine dit réservé relevant de la souveraineté de chaque État¹⁴.

Dans le domaine civil, les contrats d'offset ne sont pas parfaitement exclus. Bien que le TFUE interdit la pratique des offsets concernant les marchés publics civils, un accord conventionnel vient accorder une exception. En effet, l'Accord sur les Marchés (AMP) de la réglementation OMC prévoit une dérogation particulière à l'article 5 de l'accord concernant les marchés publics signés avec un pays en voie de développement. L'article énonce qu'il y a la possibilité « *de maintenir de manière transitoire une opération de compensation à condition que toute prescription concernant l'imposition de l'opération de compensation (...) soit clairement énoncée dans l'avis de marché envisagé* ». ¹⁵

En réalité, la grande partie des opérations de compensation se font aujourd'hui avec des pays en voie de développement tant en matière civile qu'en matière de défense. La dérogation

¹³ Buying Defense and Security in Europe. The EU Defence and Security Procurement Directive in Context, Cambridge, CUP, Martin Trybus, released in October 2014, consulted in 27th April 2022

¹⁴ The Economics of Offsets: Defence Procurement and Countertrade, Routledge, Stephen Martin, Published in 15th August, Consulted in 27th April 2022

¹⁵ Organisation Mondiale du Commerce op.cit. note n°4



accordée est donc extrêmement large, d'autant que le statut de pays en voie de développement résulte à l'OMC d'une auto-déclaration. Cela résulte donc d'une démarche subjective de la part des États : est reconnu comme pays développé tout membre qui s'estime l'être¹⁶. Cela permet donc d'étendre largement la pratique à destination de pays dont le développement n'est pas forcément évident à priori.

Nous pouvons donc facilement imaginer par exemple EDF vendre des EPR clé en main en Malaisie, et que ce contrat fasse l'objet de compensations industrielles diverses et variées. La pratique existe donc, bien que plus minoritaire par rapport aux contrats de défense. Le taux global de compensation industrielle dans le domaine civil porte d'ailleurs sur un pourcentage de 30% par rapport au contrat principal.¹⁷

La position juridique américaine en matière de compensation industrielle est aussi dans ce domaine très ambiguë. Elle déploie une pratique protectionniste en matière d'offset qui pourrait s'avérer être une distorsion au commerce international tel que l'envisage l'OMC. Si *a priori* les États-Unis condamnent toute opération de compensations industrielles à l'export par les *Defense Production Act Amendments* (DPA) de 1992, ils sont nettement moins fermes concernant les opérations d'importation sur son territoire.¹⁸

En effet, le DPA interdit à tout agent fédéral ou agences gouvernementales de conclure des programmes de compensations industrielles lors de *Foreign Military Sales* (FMS) soit les ventes militaires. Mais les États-Unis exigent en parallèle des sociétés importatrices une implantation de contenu local sur le territoire américain dans certains cas. Ces exigences peuvent contraindre, lorsque des subventions de l'État fédéral servent à financer des projets de transport, un usage de 100% du fer et de l'acier américain dans la production. Les Américains sont néanmoins plus transparents en la matière que les Européens. Ainsi selon le DPA, le Bureau de l'Industrie et de la Sécurité (BIS) a la responsabilité de transmettre un rapport annuel au Congrès américain. Rapport qui est lui-même alimenté par une obligation faite aux entreprises de rapporter au BIS toute transaction dont la valeur de l'offset dépasse 5 millions

¹⁶ Statut de pays en développement et traitement spécial et différencié à l'OMC : de quoi parle-t-on ?, Trésor-info, Direction générale du Trésor, Jean-Marie PAUGAM, publié le 30 juillet 2019 (en ligne) , consulté le 27 avril 2022, URL : [Statut de pays en développement et traitement spécial et différencié à l'OMC : de quoi parle-t-on ? | Direction générale du Trésor \(economie.gouv.fr\)](#)

¹⁷ Christian Sylvain, op.cit.note n°5

¹⁸ Les compensations industrielles, Guide à l'attention des ETI et des PME, GIFAS, paru en juin 2019, consulté le 08 avril 2022, lien URL (disponible en PDF) : [1906_Compensations-industrielles_guideCCE-Gifas.pdf \(cnccef.org\)](#)



de dollars. De même est prévu que les entreprises doivent déclarer toutes les transactions compensatoires d'une valeur supérieure à 250 000 dollars¹⁹.

Par conséquent, du fait d'une législation américaine et européenne particulièrement souple en la matière, les opérations de compensations industrielles se développent. Un autre phénomène tend à faire néanmoins de l'offset une pratique en plein essor : la rupture massive des contrats d'intermédiation

La perte de vitesse de l'intermédiation, comme nouveau facteur de développement pour l'offset

De nombreux contrats d'intermédiation sont aujourd'hui remis en cause par les entreprises en raison de leurs difficultés afin de maîtriser les risques (notamment de corruption) liés à cette pratique. Cette remise en cause pourrait entraîner une recrudescence du recours aux offsets qui serait alors vu comme une alternative bénéfique pour les entreprises. Les risques de cette pratique seraient moindres et permettraient l'installation locale de la société à faible coût.

De plus cette pratique pourrait venir compenser l'interdiction du recours à la pratique d'intermédiation fixée par certains pays, voire par certaines sociétés à la suite de scandales de corruption les ayant touchés. En effet l'Inde par exemple interdit le recours à des agents dans les marchés publics, ou de la société Alcatel Lucent qui s'est séparée de la plupart de ses intermédiaires.²⁰

Le recrutement d'intermédiaire a ainsi longtemps été la norme pour les sociétés afin de disposer d'un représentant local sur place permettant de faire avec les us et coutumes du pays dans lequel la société souhaitait s'implanter ou prospecter. L'effet pervers du recrutement d'intermédiaires reposait cependant sur la distance entre la société et le pays acheteur en confiant à un tiers la gestion de tout ou partie du processus de contractualisation. Lorsque l'éthique des intermédiaires embauchés par l'entreprise était remise en cause, l'entreprise était inévitablement entraînée dans des faits relevant de l'incrimination de corruption d'agent public à l'étranger prévue par l'article 435-3 du Code pénal. Ainsi, cet article incrimine « *le fait de proposer à tout moment, directement, ou indirectement, des offres, promesses ou avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique (...) qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction (...) en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un avantage indu dans le commerce international* ». Cette

¹⁹Adel Ben Youssef et Gueorgui Ianakiev, op.cit. note n°3

²⁰OCDE, op.cit. note n°2



incrimination peut être retenue aujourd’hui dans le cadre d’une Convention judiciaire d’intérêt public (CJIP) prévue à l’article 41-1-2 du code de procédure pénal.²¹

La logique dans la cadre de l’offset direct serait d’avoir un rapport direct au risque que peut entraîner le versement de sommes d’argent importantes. En somme, internaliser les risques en contrôlant directement la production que l’on crée sur le territoire d’accueil. Il s’agit en effet dans le cadre d’offset direct de faire coïncider directement la production créée sur le territoire d’accueil avec le but du contrat principal et donc d’en gérer directement les risques. L’opérateur est alors, *a priori*, doublement gagnant : en plus de pouvoir appliquer directement ses standards et son contrôle technique et industriel des opérations, il s’assure où va l’argent et à qui. L’opération est donc intéressante si l’entreprise elle-même n’est pas directement en cause dans le processus de corruption. Autrement dit si elle n’a pas initié par elle-même le pacte de corruption, qui serait le fait du seul agent ou intermédiaire embauché par l’entreprise. Substituer alors le réseau d’agents délictueux par une plus grande pratique d’offset direct aurait alors du sens.

Cette pratique est aussi intéressante dans les cas où le pays d’installation envisagé est exposé au risque corruption et où le recours à des intermédiaires est imposé par le pays d’accueil avec plus ou moins d’insistance²². Dans ce dernier cas, le pays d’accueil peut même exiger le recrutement d’un intermédiaire spécifique afin de faire affaire avec elle dans le but de conclure un marché. Dans le cadre de l’affaire Baker Hugues – une entreprise spécialisée dans les forages parapétroliers jugée par la *Security Exchange Commission* (SEC) en 2001 – un agent spécifique avait été imposé par les autorités kazakhs pour les négociations. *In fine* la plupart des commissions versées à l’agent publique ont fini sur des comptes bancaires détenus par des fonctionnaires kazakhs. Le Kazakhstan est en effet, l’un des pays les moins bien notés par *Transparency International* en matière d’indice de perception de la corruption.²³

Cette même imposition d’intermédiaire est aussi le cas dans certains pays du Moyen-Orient. Ces derniers désignent ainsi la plupart du temps un nombre limité de candidats parmi lesquels la société est obligée de faire son choix.

²¹ Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d’intérêt public, Le procureur de la République financier Eliane Houlette, et le Directeur de l’Agence française anticorruption Charles Duchaine, paru le 26 juin 2019 (en ligne), consulté le 08 avril 2022, URL (disponible en PDF) : [Lignes directrices PNF CJIP.pdf \(agence-francaise-anticorruption.gouv.fr\)](#)

²²OCDE, op.cit. note n°2

²³OCDE, op.cit. note n°2



Mais parfois les instances dirigeantes de l'entreprise ou représentants de la personne morale initient elles-mêmes les actes de corruption, ou peuvent volontairement s'abstenir de créer des mécanismes de contrôle efficaces permettant de détecter de tels actes. Concernant les actes positifs des faisceaux d'indices peuvent constituer l'infraction comme la mise en place d'un circuit complexe de financement ou encore la falsification volontaire des livres de comptes de la société et notamment les documents justificatifs appuyant ceux-ci. Concernant les actes négatifs ou d'abstention la responsabilité des instances dirigeantes de la société peut être recherchée en mesurant leur degré d'implication dans la lutte contre la corruption ou dans la mise en place d'un dispositif de conformité.²⁴ Il s'agit par exemple de mesurer la sincérité d'un programme de conformité en apparence impulsé par le haut. Le dirigeant peut ainsi créer une fonction conformité qui ne dispose pas des moyens ni de l'autonomie nécessaire pour que les politiques de conformité soient réellement mises en œuvre. A ce titre, Siemens avait en 2008 accepté de plaider coupable pour des faits de corruption avec le Département de la justice américain, la SEC, et les autorités allemandes. Siemens avait ainsi dû payer un montant total d'amende de 1,6 milliard de dollars versés à ces 3 autorités. Dans ces divers *guilty pleas* Siemens reconnaissait que les mesures de *compliance* mises en place par le siège étaient rendues inefficaces du fait d'une fonction de conformité qui n'était pas indépendante.²⁵ Cette dernière souffrait de plus d'un manque de moyens financiers.

Dans ce cas précis, si les instances dirigeantes sont directement à l'origine du fait de corruption, le développement des pratiques de compensations industrielles directes ne peut venir pallier les défaillances intrinsèques de la société. En effet, internaliser les risques au sein de la société ne signifie pas que ces risques n'existent pas. Si la volonté de corrompre est présente de la part des instances dirigeantes, qui plus est de l'ensemble des sociétés-parties au contrat de compensation, les efforts de *compliance* seront réduits à néant. En effet, la plupart des agissements relevant d'actes de corruption initiés par les instances dirigeantes évoluent sous les radars par le biais de caisse noire et de circuits différenciés ne tombant pas sous le contrôle de

²⁴ Les recommandations de l'AFA, recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, AFA (Agence Française Anticorruption), publiées au JORF le 12 janvier 2021 (en ligne), consulté le 08 avril 2022, URL (disponible en PDF) : [Recommandations AFA.pdf \(agence-francaise-anticorruption.gouv.fr\)](https://www.afa.fr/Recommandations-AFA.pdf)

²⁵ Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines, Coordinated Enforcement Actions by DOJ, SEC and German Authorities Result in Penalties of \$1,6 Billion, release of Department of Justice (DOJ), released in 15th December 2008 (online), Consulted in 08th April 2022, URL : [#08-1105: Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \\$450 Million in Combined Criminal Fines \(2008-12-15\) \(justice.gov\)](https://www.justice.gov/opa/pr/2008/12/08-1105-siemens-ag-and-three-subsidiaries-plead-guilty-to-foreign-corrupt-practices-act-violations-and-agree-to-pay-450-million-in-combined-criminal-fines-2008-12-15)



la fonction *compliance*. Dans le cas de l’affaire Siemens, avait été ainsi découvert par exemple une véritable caisse noire d’un montant d’un 1,3 milliard d’euros servant à des paiements frauduleux. Ceux-ci servaient alors à alimenter des montage de financement particulièrement complexes, avec notamment un réseau d’intermédiaires en cascade, servant à dissimuler l’infraction.²⁶

Les pratiques de compensations industrielles engendrent par nature des risques. Il s’agit donc de les identifier et de mettre en place des *dues diligences* correspondantes afin de réduire les risques inhérents à cette pratique.

Les risques liés à la pratique de la compensation industrielle : une limite au développement des offsets

L’opportunité pour les entreprises de recourir aux offsets se heurte à des problématiques qui relèvent de l’éthique des affaires, mais aussi à des problématiques de transfert de technologies qui exposent les pays vendeurs à des risques concurrentiels futurs.

Des risques éthiques non-négligeables devant faire l’objet de mesure de compliance

De longue date, les pratiques d’offset alimentent en effet les soupçons de corruption, du fait d’un manque de transparence, liés au contrat secondaire par rapport au contrat principal. D’une part, les gouvernants du pays de l’entreprise soumissionnaire ne communiquent généralement que très peu sur les obligations de compensations accordées, préférant s’attarder sur les bénéfices du contrat principal. D’autre part le pays d’accueil de la prestation de compensation industrielle n’a pas toujours de politique d’offset claire laissant la porte ouverte à des soupçons de favoritisme, de conflits d’intérêts éventuels, de trafics d’influence ou *in fine* de corruption.²⁷

Le risque pénal n’est donc pas limité à la seule corruption, mais concerne de manière bien plus générale toutes les infractions à l’éthique dont :

²⁶Agence Française Anti-corruption (AFA), op.cit. note n°24

²⁷ Due diligence and corruption risk in defense industry offset programmes, Transparency International UK defence and Security Programme, Louise Fluker, Julia Muravska, Mark Pyman, Published in February 2012 (online), Consulted in 27March 2022, URL (available in PDF) :[due dilligence transparency international uk.pdf](#)



- Le favoritisme, défini à l'article 432-14 du code pénal, qui désigne « *le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession* »
- Le trafic d'influence, défini à l'article 432-11 du code pénal, qui « *est le fait par une personne disposant d'une autorité publique de solliciter ou d'agréer des promesses ou des dons d'une tierce personne en contrepartie de l'exercice par cette dernière d'une influence* ».
- L'infraction de corruption, qui incrimine autant la corruption passive ou active dans le secteur public (article 432-11 du code pénal et 433-1 du code pénal), et dans le secteur privé (article 445-1 du CP). « *Il s'agit d'agréer de solliciter ou de proposer des promesses ou dons, des présents ou avantages* ». Ces actes peuvent émaner à la fois d'une personne disposant d'une autorité publique, ou d'une autorité privée.

L'argument tiré de l'absence de risque concernant la pratique de l'offset – avec uniquement la possibilité de bénéfice afférant au contrat – est donc éculé. Il semble en conséquence que la vigilance à apporter aux contrats d'offset doit être la même, voire être renforcée par rapport à un contrat d'intermédiation classique. Pourtant force est de constater que les projets d'offset font rarement l'objet d'investigations, sauf à ce que le projet principal qui est à la base du contrat d'offset devienne médiatisé. C'est le cas de la vente en 2016 de 36 avions de combat français Rafale à destination de l'Inde. L'irruption de Mr Amrubani – un proche du président indien Narendra Modi – dans le contrat d'offset signé entre une entreprise française spécialisée dans l'aviation et Reliance avait suscité alors des soupçons de collusion entre l'industriel indien et l'entreprise française²⁸. Mr Amrubani, en effet, était alors le principal bénéficiaire du contrat de compensations industrielles mis en place entre les deux sociétés. Ainsi selon l'accord 10% de la totalité des compensations industrielles bénéficiait directement à la société de Mr Amrubani, Reliance. De plus, cette dernière n'aurait apparemment aucune compétence

²⁸ « Affaire Rafale » : un long et tumultueux feuilleton en Inde, Le Monde, Dominique Gallois, publié le 13 avril 2019 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [« Affaire Rafale » : un long et tumultueux feuilleton en Inde \(lemonde.fr\)](https://www.lemonde.fr/indes/article/2019/04/13/affaire-rafale-un-long-et-tumultueux-feuilleton-en-inde_6058111_1881.html)



spécifique dans le domaine de la défense, au contraire de son concurrent évincé, l'entreprise publique *Hindustan Aeronautics Limited* (Hal).²⁹

Les associations françaises dédiées aux problématiques d'éthique se sont saisies du dossier, et Sherpa le 22 avril a déposé une plainte contre X avec constitution de partie civile. Cependant pour l'instant le PNF (Parquet National Financier) ne s'est pas saisi de l'affaire, au contraire du tribunal judiciaire de Paris qui a ouvert une information judiciaire pour favoritisme³⁰. Le résultat de cette information judiciaire n'est pas connu pour l'instant. L'entreprise française productrice des Rafale en tant que personne morale est présumée innocente.

Quoi qu'il en soit, en général, l'existence d'un proche des instances dirigeantes d'un pays dans un contrat de compensation industriel doit être un signal d'alerte pour n'importe quelle entreprise. Ainsi lors de la phase d'évaluation des risques, des « *red flag* » spécifiques doivent alerter la société contractante, de ne pas mettre en œuvre éventuellement un contrat d'offset.³¹ Il s'agit d'une part de s'intéresser à un ensemble de critères qui doivent déterminer la société dans sa volonté de conclure ou non le contrat. Ainsi la société soumissionnaire aurait intérêt à :

- S'intéresser à la législation anti-corruption du pays d'accueil.
- Sonder l'attitude du co-contractant face à des actes de corruption afin éventuellement de déceler chez elle une appétence à la corruption. Il faut évoquer la possibilité d'inclure une clause anti-corruption dans le contrat d'offset.
- S'intéresser à la compétence et l'expérience du co-contractant, mais aussi la réputation de celui-ci en matière de gestion des compensations industrielles.
- Être alerté par la volonté des autorités gouvernementales du pays d'accueil d'imposer au sein du contrat un intermédiaire spécifique et d'autant plus lorsqu'*in fine* il s'avère que celui-ci est proche des autorités gouvernementales.
- S'intéresser à l'actionnariat de la contrepartie, et donc du bénéficiaire effectif du contrat d'offset.³²

²⁹ En Inde, « l'affaire du Rafale » bientôt devant la Cour Suprême, Les Echos, Marjorie Cessac, publié le 6 septembre 2018 (en ligne), Consulté le 27 mars 2022, URL : [En Inde, « l'affaire du Rafale » bientôt devant la Cour suprême | Les Echos](#)

³⁰ Vente de Rafale en Inde : perquisitions en série chez Dassault, Les Echos, Aziz Zemouri, publié le 04 Avril 2022 (en ligne), consulté le 06 avril 2022, URL : [Vente de Rafale en Inde : perquisitions en série chez Dassault - Le Point](#)

³¹Louise Fluker, Julia Muravska, Mark Pyman, op.cit. note n°27

³² Offsets in the Aerospace and Defense Industry, International Forum on Business Ethical Conduct, released in 27th October 2015 (online), Consulted in 27th March 2022, URL (available in PDF) : [Microsoft Word - IFBEC FINAL VERSION 27 10 2015.docx \(global-kinetics.com\)](#)



Enfin une autre *due diligences* spécifique au contrat d'offset doit être menée afin de savoir si le montant total de l'offset dépasse les 100% par rapport au contrat principal. Il s'agit donc de s'intéresser à la proportionnalité du contrat d'offset³³. En effet, un montant d'offset supérieur à 100% signifierait des projets de contreparties industrielles trop importantes et donc un suivi de celles-ci probablement difficile à assumer par l'entreprise soumissionnaire.

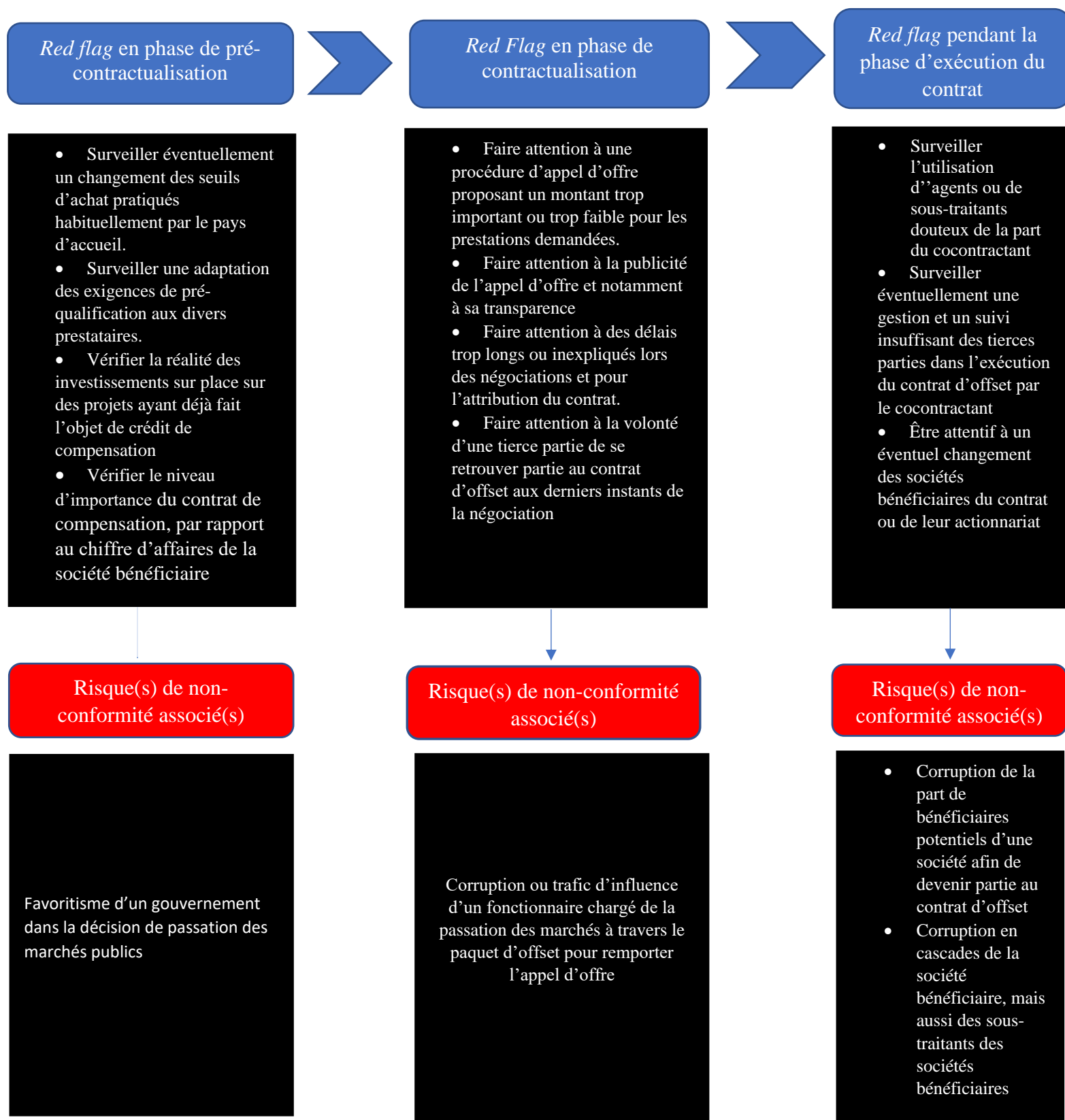
Par conséquent, que l'offset soit direct ou non, le processus de gestion de risques lié au contrat de compensation doit être mené de bout en bout. Les contrats d'offset doivent être en conséquence analysés minutieusement par la fonction conformité. Un suivi de la relation d'affaire avec la contrepartie est aussi nécessaire afin de constater la bonne utilisation des fonds servant à la compensation industrielle. Un questionnaire visant à détecter d'éventuels risques de corruption ou de conflit d'intérêt est nécessaire à envoyer à toute contrepartie avant toute contractualisation. Enfin, Il est important dans ce cas spécifique de détecter un éventuel changement d'actionariat au cours de la relation d'affaire de l'ensemble des entreprises bénéficiaires du contrat d'offset.

Cependant il semblerait nécessaire que dans le cas spécifique des compensations industrielles indirectes les *due diligences* à effectuer doivent être plus poussées. En effet, la société sera tentée de multiplier les intermédiaires – sous-traitants supplémentaires, voire agents ou courtiers – chargés de s'assurer du bon usage des fonds pour le compte de la société. La société s'éloignant de son cœur d'activité s'expose car elle n'a dès lors que très peu de moyens de s'assurer de l'effectivité des projets qu'elle met en place, sauf à disposer sur le terrain d'intermédiaires fiables ou d'agences spécialisées dans le suivi des offsets indirects. Des *dues diligences* supplémentaires devront donc être mises en œuvre dans l'intégralité des contrats d'offset indirect impliquant des *brokers*, ou intermédiaires supplémentaires. La société soumissionnaire devra notamment mettre en place des *dues diligences* supplémentaires et notamment :

- Des clauses anti-corruption dans les contrats de tous les sous-traitants ou *brokers* qui s'engagent à ne pas pratiquer des actes de corruption, autrement le contrat sera rompu.
- Des audits réguliers et direct au sein des structures des sous-traitants et inclure cette possibilité d'audit au sein des contrats de sous-traitance

³³International Chamber of Commerce (ICC), op.cit. note n°11

De manière générale, il faudra que des *due diligences* soient menées à tous les stades de la négociation par rapport à des *red flag* spécifiques. Dès lors le schéma de contrôle suivant, étape par étape, est pertinent³⁴ :



³⁴International Forum on Business Ethical Conduct, op.cit. note n°32



La dernière solution pour les sociétés particulièrement soumises au phénomène des compensations industrielles et de mettre en place une véritable politique spécifique liée à la pratique. À défaut d'intégrer un chapitre relatif à l'offset au sein du code de conduite de l'entreprise peut s'avérer être une alternative tout aussi intéressante. Cela pourrait remédier aux problématiques de transparence de manière générale et qui sont liées à la pratique de l'offset³⁵.

Des risques concurrentiels liés aux transferts de technologies et de compétences.

Les pratiques de compensations industrielles s'accompagnent le plus souvent soit de transferts de technologies, soit de compensations industrielles diverses et variées.

Les transferts de technologies sont les plus risqués pour les pays développés souhaitant réaliser des offsets sur le territoire de pays en voie de développement. Il s'agit en effet bien souvent pour la société répondant à l'appel d'offre de transférer une partie de son savoir-faire en matière de recherche et de développement (R&D). En matière de défense, la pratique d'offset permet de renforcer la Base Industrielle et Technologique de Défense (BITD) du pays acheteur.³⁶ Il s'agit donc d'une importance stratégique de savoir à quel pays on offre des offset, et quels contenus on donne à ces compensations. Ce questionnement doit se faire de manière systématique en matière de défense mais également en matière civile.

Il est important pour les sociétés et les pays originaires de ces sociétés d'avoir une stratégie politique ou géopolitique claire, impulsée si besoin par les décideurs politiques. C'est plutôt le cas aujourd'hui dans le secteur de la défense où les projets d'offset récents sont liés à la priorisation de l'espace indopacifique par l'OTAN et la France. La vente des Rafale à l'Inde et à l'Indonésie s'inscrivent ainsi dans cette stratégie³⁷.

En revanche, les pratiques de compensations industrielles s'éloignant du secteur de la défense, sont plus exposées à des problématiques de transfert indus de technologies car moins surveillées par les gouvernants. Ainsi depuis l'accession de la Chine à l'OMC en 2001, cette dernière procède régulièrement à des appels d'offres publics civils agressifs dans des domaines d'activité moins surveillés mais néanmoins tout aussi stratégiques pour les États (comme dans le cas du nucléaire civil). La stratégie chinoise en matière de compensations industrielles repose ainsi sur

³⁵Louise Fluker, Julia Muravska, Mark Pyman, op.cit. note n°27

³⁶ Compensations industrielles et financières : les offsets, un mal nécessaire, Revue de Défense Nationale, Sébastien Olié, publié en 2019 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [Compensations industrielles et financières : les offsets, un mal nécessaire | Cairn.info](#)

³⁷ Après le contrat Rafale en Indonésie, les bonnes perspectives de l'industrie de Défense en Asie, Le MOCI, Sophie Creusillet, paru en février 2022(en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [Après le contrat Rafale en Indonésie, les bonnes perspectives de l'industrie de Défense en Asie - Le Moci](#)



la localisation en Chine d'une partie de la fabrication du projet principal. Ces projets sont souvent assortis d'un transfert de technologie comme condition de signature du contrat. À titre d'exemple, en septembre 2004, la Chine a lancé un appel d'offres pour la construction de quatre réacteurs nucléaires de troisième génération. Le contrat avait fait l'objet d'une concurrence entre le groupe Areva et son principal concurrent américain Westinghouse. La Chine cherchant à acquérir à l'époque les moyens de son autonomie technologique et énergétique, voulait obtenir le maximum de concessions au niveau du prix et du transfert de la technologie. L'offre technologique américaine avait dès lors été retenue par les Chinois, puisque les Américains avaient accepté de transférer les plans de leur réacteur AP1000.³⁸

Il s'agit ainsi d'une stratégie globale poursuivie par la Chine qui ne se limite pas au secteur nucléaire. Dans le domaine des transports la Chine semble avoir ainsi bénéficié ainsi l'aide de la SNCF pour construire la nouveau TGV chinois, le China Railway³⁹. Enfin dans le secteur aéronautique les industriels chinois font depuis longtemps appel aux compensations occidentales. Les achats d'appareils européens par la Chine sont ainsi souvent assortis d'une obligation de sous-traitance locale. Ainsi Airbus, le leader européen de l'aviation, avait accepté d'installer une chaîne d'assemblage et de montage de l'A320 à Tianjin en contrepartie d'un flux régulier de commandes chinoises⁴⁰. S'il semble évident que sur du court ou moyen terme les Chinois sont incapables de rivaliser avec les géants de l'aéronautique comme Boeing ou Airbus, cette concurrence sur du long terme n'est pas à exclure. Sous couvert donc d'une coopération en matière de technologie, se cache en réalité parfois des stratégies de prédation économique de la part des pays qui bénéficient de la technologie. De ce fait, la Chine n'a plus besoin de mettre en place des stratégies d'espionnage économique puisque la technologie recherchée est directement proposée par les pays par le biais d'offset.

Il faut néanmoins relativiser ces problématiques de transfert de technologie. D'une part, il semble que les stratégies de compensations industrielles indirectes puissent réduire les risques inhérents au transfert de technologies. En prévoyant le transfert de biens ou services n'ayant aucun rapport avec le contrat initial la valeur ajoutée de l'entreprise exportatrice est préservée

³⁸Export : la face cachée des mégacontrats, L'Express, Jean-Luc Barberi et Charles-Emmanuel Haquet, publié le 1^{er} février 2006 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [- L'Express L'Expansion \(lexpress.fr\)](#)

³⁹ Grands contrat d'exportation, la ritournelle des compensations industrielles, Rfi Aujourd'hui l'économie, AblaJounaidi, publié le 20 juin 2019 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [Grands contrats d'exportation, la ritournelle des compensations industrielles - Aujourd'hui l'économie \(rfi.fr\)](#)

⁴⁰ Les risques liés aux transferts de technologie à l'industrie aéronautique chinoise, Ecole de Guerre Economique, publié le 8 février 2016 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [Les risques liés aux transferts de technologie à l'industrie aéronautique chinoise | Ecole de Guerre Economique \(ege.fr\)](#)



sans toucher au cœur de métier de l'entreprise.⁴¹ L'entreprise qui fait appel à la pratique de l'offset indirect préserve sa capacité stratégique de pouvoir conserver ses actifs immatériels, mais augmente son risque d'être exposée à des faits éthiquement reprochables. D'autre part les sociétés sensibles à l'idée de ne pas créer leur futur concurrent transfèrent le plus souvent des technologies périphériques de l'entreprise. C'est-à-dire des technologies dont elles peuvent conserver le cœur, mais constituant tout autant un argument commercial fort auprès de l'importateur.⁴²

Le recours à la pratique de l'offset doit donc faire l'objet d'une véritable réflexion *a priori* de la part de toute société. Celle-ci doit identifier tout à la fois ses risques tant en matière d'éthique que d'intelligence économique en amont.⁴³

⁴¹ Christian Sylvain, op.cit. note n°5

⁴² Marketing international : Réussir en Asie du Sud-Est en maîtrisant la compensation, Jacques Cresson et Denis Darpy, Centre de Recherche Dauphine Marketing Stratégie Prospective (DMSP), publié en Mai 1997 (en ligne), consulté le 27 mars 2022, URL : [CR256.pdf;sequence=2](#) (dauphine.fr)

⁴³ Christian Sylvain, op.citnote n°5



CONCLUSION

Les offsets sont aujourd'hui un phénomène globalisé et quasi-systématique dans la signature des grands contrats internationaux. Face à la problématique croissante du renforcement des capacités opérationnelles en matière de défense des pays de l'OTAN, les ventes internationales en matière de défense sont vouées à augmenter⁴⁴. En effet, la guerre en Ukraine et la probabilité d'un monde en guerre donne une légitimité supplémentaire, au marché de l'armement, et donc probablement aux pratiques de compensations industrielles dans le domaine de la défense. En matière civile, les pratiques de compensations sont aussi vouées à se renforcer compte tenu du climat de crise internationale qui a toujours bénéficié au développement des offset.

Cette nécessité accrue de pouvoir recourir aux offset commence à être comprise par les décideurs politiques. Un guide à l'attention des ETI et des PME a été édité par le Groupement des industries françaises aéronautique et spatiales (GIFAS) en partenariat avec le CNCCEF et l'ancienne secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie et des Finances⁴⁵. Il s'agit ainsi de préparer les entreprises aux stratégies d'offset des pays acheteurs pour qu'elles-mêmes ne tombent pas dans le piège d'un transfert industriel ou technologique sans s'y être préparées au préalable. Les offsets entraînent en effet, des bénéfices pour les sociétés notamment en matière de coût mais aussi des risques de corruption et concurrentiels. La pratique de compensations industrielles doit être mûrement réfléchie, et non vue comme un moyen simple de substitution à la pratique de l'intermédiation afin de gagner des marchés publics. Ceci d'autant plus que les pratiques de compensations industrielles indirectes entraînent parfois en réalité l'effet inverse à celui escompté par les entreprises : le rajout d'étage d'intermédiaires complexifiant le schéma de maîtrise des risques de l'entreprise. La solution idéale pour les entreprises pourrait donc être intermédiaire : recourir à moitié à des intermédiaires fiables, et maintenir une stratégie d'offset dans lequel le recours à des intermédiaire est minime. Une politique de gestion des risques est donc en ce sens nécessaire.

⁴⁴ « Une guerre des contrats d'armement dans la vraie guerre se prépare en industriels européens et américains », Le Monde, Jean-Michel Bezat, publié le 28 mars 2022 (en ligne), consulté le 29 mars 2022, URL : « [Une guerre des contrats d'armement dans la vraie guerre se prépare entre industriels européens et américains](#) » ([lemonde.fr](#))

⁴⁵Les compensations industrielles, guide à l'attention des ETI et des PME, Les conseillers du commerce extérieur de la France et le GIFAS, publié en juin 2019, consulté le 28 mars 2022 (en ligne, disponible en PDF), URL : [1906_Compensations-industrielles_guideCCE-Gifas.pdf \(cnccef.org\)](#)



Enfin les gouvernants doivent avoir un véritable comportement d'État stratège et couvrir en matière de surveillance l'ensemble des domaines stratégiques de l'État⁴⁶. L'État doit donc être en capacité d'opposer son veto à des opérations d'offset particulièrement prédatrices sur le plan technologique.

La dernière solution se trouve au niveau européen où une véritable stratégie d'import et d'export d'offset, transparente et commune, de l'ensemble des États membres de l'UE doit être établie. Cette stratégie serait notamment la bienvenue dans le cadre futur d'une Europe de la défense.⁴⁷ Enfin cette stratégie pourrait servir dans le cadre d'une préservation des intérêts nationaux comme européens face à d'éventuelles stratégies de prédatrices militaires ou technologiques.

⁴⁶ Les pratiques d'offsets et les grands groupes français, Ecole de Guerre Economique, publié le 29 juin 2011 (en ligne), consulté le 27 mars, URL : [Les pratiques d'offset et les grands groupes français \(ege.fr\)](http://ege.fr)

⁴⁷ Europe de la défense : la Boussole stratégique adoptée, ministère des Armées, publié le 25 mars 2022 (en ligne), consulté le 28 mars 2022, URL : [Europe de la défense : la Boussole stratégique adoptée | Ministère des Armées \(defense.gouv.fr\)](http://defense.gouv.fr)