

LA CONFISCATION DES PRODUITS FINANCIERS DE LA CORRUPTION AU NIVEAU INTERNATIONAL

BERNARD BERTOSSA*

On le sait, il a fallu attendre la fin du siècle dernier pour que les pays industrialisés se décident, enfin, à réprimer la corruption d'agents publics étrangers¹. Par la convention de Paris du 17 décembre 1997², les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) s'engageaient à compléter, dans ce sens, leurs législations nationales, ce qui a été fait depuis lors³.

À son article 3.3, la convention de Paris prévoit opportunément que « chaque partie prend les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger, ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits, puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation... ». Alors même qu'elles ne font que concrétiser le vieil adage selon lequel le crime ne devrait pas payer, les stratégies fondées sur la privation des produits d'origine illicite ne sont apparues que récemment dans les textes internationaux, en

premier lieu dans le cadre de la lutte contre les trafics de stupéfiants⁴. Au cours des dernières décennies, des progrès importants ont été accomplis dans ce domaine, principalement en Europe⁵.

La convention de Paris n'est pas le seul instrument disponible pour combattre la corruption internationale et assurer que corrupteurs et corrompus ne profitent de leurs crimes⁶. Dans sa 58^{ème} session, qui s'est ouverte en septembre 2003, l'assemblée générale des Nations unies a, d'ailleurs, apporté sa propre contribution à cet ensemble législatif⁷. Il est aisé de comprendre que si l'adoption de normes légales est nécessaire pour assurer le succès d'un juste combat, elle n'est toutefois pas suffisante pour garantir une telle issue. Encore faut-il que les moyens soient disponibles pour assurer l'efficacité des normes par une mise en œuvre concrète de leurs contenus. Ce constat vaut assurément pour la confiscation des produits financiers de la corruption au niveau international. Fondé

* Ancien procureur général de Genève.

sur une longue expérience dans l'application des textes déjà en vigueur, ou de ceux qui régissent des domaines de la criminalité proches de la corruption, notre propos se limitera à mettre en exergue quatre types de difficultés rencontrées « sur le terrain », qui devront encore être surmontées avant de pouvoir sérieusement nourrir l'espoir que « le crime ne paye pas » pour les corrupteurs et les corrompus.

LES PROBLÈMES DE COMPÉTENCE

Tant par ses acteurs, auteurs principaux ou complices, que par les montages financiers utilisés pour la réaliser, la corruption est internationale. Or, faut-il le rappeler, les autorités judiciaires en charge d'assurer la répression de ce crime sont exclusivement nationales. À la notable exception de la Cour pénale internationale, dorénavant compétente pour juger de certains crimes contre l'humanité⁸, les procureurs et les juges ne peuvent agir en dehors de leurs frontières nationales sans porter atteinte à la souveraineté des autres États concernés⁹. Il s'ensuit, notamment, qu'un juge ou un tribunal ne peut saisir provisoirement, puis confisquer le produit d'un crime, que si un accord international, ou sa propre loi nationale, lui en reconnaît la compétence. Or, dans le domaine de la corruption, ce n'est pas le principe de l'universalité de la compétence (réservé à la poursuite de certains crimes contre l'humanité), mais le principe commun de la territorialité qui s'applique. L'article 4 de la convention de Paris le

rappelle, d'ailleurs, expressément. Cela signifie qu'un État ne peut confisquer que si le crime de corruption a été commis en tout ou en partie sur son propre territoire¹⁰. Or, rien n'est plus facile, comme les délinquants économiques et financiers le savent depuis longtemps, que de mobiliser des États tiers pour assurer les transferts de fonds, puis les placer.

Crûment dit, le principe de territorialité a pour conséquence d'empêcher la confiscation des produits financiers de la corruption, pour peu qu'ait été prise la précaution élémentaire de faire appel à une place financière étrangère pour la réalisation du crime lui-même. Ce constat brutal mérite heureusement quelques tempéraments. On pourra retenir, tout d'abord, dans certains cas, que les opérations financières font elles-mêmes partie des actes de réalisation du crime de corruption. On observera, ensuite, que dans les États qui admettent que, même commis à l'étranger, l'acte de corrompre constitue un crime précurseur justifiant une poursuite du chef de blanchiment¹¹, la confiscation pourra être ordonnée au titre du produit de ce blanchiment, à défaut de pouvoir l'être au titre du produit de la corruption elle-même. Encore faut-il, toutefois, que les valeurs à confisquer se trouvent dans un État où des actes de blanchiment punissables ont été commis. On rappellera, enfin, que les États peuvent valablement s'engager, par conventions ou par traités¹², à exécuter, sur leur territoire, les jugements de confiscation prononcés à l'étranger, comme à y prendre les mesures de saisies ou de blocages propres à assurer l'efficacité de tels jugements. Mais encore faut-il,

dans ces dernières hypothèses, que ces pays tiers soient requis d'agir par les autorités d'un État compétent. Or, on s'en doute, tel sera rarement le cas lorsque l'agent corrompu, haut fonctionnaire, ministre ou chef d'État, sera encore au pouvoir ou protégé par celui-ci.

Si les mailles du filet ne sont donc pas aussi lâches qu'il pourrait apparaître au premier abord, elles sont encore loin d'être aussi fines qu'il le faudrait pour assurer la possibilité d'une confiscation « universelle », sans égard au lieu où le produit du crime a finalement été placé.

LES IMMUNITÉS

Que ce soit en vertu des conventions internationales régissant les activités diplomatiques, de la pratique internationale dans le domaine du droit des gens, ou encore de la jurisprudence des cours internationales¹³, l'immunité est garantie à une partie non négligeable du personnel politique des États.

Diplomates, ministres et chefs d'États sont, en principe, assurés d'être à l'abri de toute poursuite pénale de la part d'une justice étrangère. Il existe, certes, des exceptions à cette règle, mais elles ne concernent, une fois encore, que certains crimes contre l'humanité¹⁴. Ces immunités peuvent être levées, si leur législation interne le permet, par les autorités compétentes de l'État d'appartenance. On imagine aisément que, dans la plupart des pays où la classe politique dirigeante se livre à la corruption, de tels mécanismes ont peu de chances d'être mis en œuvre. Savoir

si l'immunité subsiste après la fin des fonctions fait l'objet de controverses doctrinales¹⁵ et dépend largement de l'interprétation que l'on donne à la notion d'actes accomplis dans l'exercice de la fonction, ces derniers restant, en principe, couverts par l'immunité. Si les tribunaux d'Europe continentale tendent, heureusement, à considérer que, même en fonction, des dirigeants politiques ne sauraient se prévaloir de leur immunité pour faire obstacle à des mesures propres à assurer la confiscation des produits de leur corruption¹⁶, cette saine conception est loin d'être universellement partagée¹⁷. Ce n'est pas le lieu d'entrer dans ce débat, et il suffit ici de constater que, bien souvent encore, l'immunité dont bénéficient certains édiles reste un obstacle insurmontable dans la recherche des preuves, puis dans la confiscation des produits financiers de la corruption.

À cela s'ajoute que, comme l'expérience en a été récemment faite¹⁸, des diplomates ou des dirigeants politiques peu scrupuleux acceptent de « prêter » leurs comptes bancaires pour faire transiter des fonds qui ne leur sont pas directement destinés. Ce faisant, ils empêchent les enquêteurs de reconstituer les flux financiers, et de faire la démonstration de leurs liens présumés avec une opération de corruption.

L'ENTRAIDE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

On l'a déjà dit, la corruption d'agents publics étrangers revêt un caractère international qu'aucune justice nationale n'est capable d'appréhender dans

tous ses éléments. À de très rares exceptions près¹⁹, la saisie provisoire des produits du crime, la récolte des preuves de leur origine, la confiscation de ces produits et l'exécution de cette dernière impliquent une collaboration effective entre les autorités de plusieurs États.

Si les conventions et les traités internationaux, notamment ceux qui tendent à combattre la corruption²⁰ ne négligent pas de rappeler la nécessité de cette entraide internationale, la réalité est loin de correspondre aux impératifs proclamés. Aujourd'hui encore, de nombreux États (au nombre desquels figurent des places financières d'importance²¹) refusent purement et simplement de coopérer avec les justices étrangères, ou soumettent leur collaboration à des conditions si pointilleuses qu'elles sont impossibles à satisfaire. Si les produits financiers de la corruption sont placés dans l'un ou l'autre de ces États, ils échapperont à toute confiscation. Si ces places financières n'ont été mises à contribution que pour faire transiter les commissions ou les pots-de-vin promis à l'agent corrompu, le refus ou l'absence de collaboration des autorités locales empêchera la reconstitution des mécanismes, et interdira de remonter jusqu'aux comptes détenteurs de ces prébendes.

À ces « moutons noirs », parfois dénoncés²², s'ajoutent les États dont les autorités judiciaires ne disposent d'aucune indépendance par rapport au gouvernement ou au chef de l'État. Si celui-ci ou les membres de celui-là sont visés par les enquêtes en cours, l'entraide ne sera pas accordée²³. On doit, enfin, signaler le cas des États²⁴ qui, certes, accordent leur collaboration,

mais soumettent cette dernière à des procédures d'une telle lenteur que leur efficacité en est sérieusement écornée, quand elle ne conduit pas purement et simplement à l'abandon des procédures de confiscation pour cause de prescription²⁵.

LE SORT DES PRODUITS CONFISQUÉS

Souveraineté nationale oblige, chaque État dispose, en principe, librement des valeurs patrimoniales confisquées sur son territoire au titre de produits d'un crime. La règle prévaut, généralement, que ces valeurs sont prioritairement allouées à la réparation du préjudice patrimonial subi par la ou les victimes de l'infraction considérée. En théorie, il n'y pas d'obstacle à ce que cette règle permette à un État étranger de se faire remettre les valeurs confisquées, s'il apporte la preuve que son patrimoine a été directement touché par le crime commis²⁶. S'agissant des produits financiers de la corruption, la situation est toutefois rarement aussi limpide. En premier lieu, il n'est pas toujours possible de faire la démonstration que l'acte de corruption commis par un agent est la cause directe d'un dommage économique subi par l'État qui l'emploie. Certes, dans le domaine de l'attribution des marchés publics, par exemple, le corrupteur fait généralement supporter à l'État attributeur du marché, sous la forme d'une augmentation de son prix, la charge économique des « commissions » versées par lui à l'agent

corrompu²⁷. Mais tel n'est pas toujours le cas ou, du moins, la démonstration d'une telle relation économique entre le prix payé par l'État et les avantages procurés au corrompu ne peut pas toujours être rapportée. Dans le domaine de l'octroi de concessions, des difficultés de même nature apparaîtront pour démontrer un lien direct avec le montant, supposé inférieur, du prix payé par le concessionnaire désigné par les « vertus » d'un pacte de corruption.

À cela s'ajoute le problème, sinon insurmontable, du moins insurmonté à ce jour, de la corruption imputable à des agents qui sont encore au pouvoir. Restituer à l'État qu'ils gouvernent, c'est-à-dire à eux-mêmes, les produits de leur propre corruption reviendrait, bien évidemment, à priver cette mesure de toute utilité. Bien qu'avec quelques nuances, la même question se pose lorsque les agents corrompus ne sont plus au pouvoir, mais qu'ils y ont été remplacés par des gouvernants coupables des mêmes turpitudes²⁸.

Souvent montrée du doigt pour avoir réservé un accueil généreux aux produits financiers illégitimement acquis par des gouvernants étrangers, la place financière suisse a dû constater qu'elle ne pouvait impunément rester sans réagir. Bon gré mal gré, elle s'est ainsi résolue à une collaboration avec les autorités helvétiques, permettant à ces dernières d'être les pionnières en la matière. Les autorités suisses sont les premières (pour ne pas dire les seules) à avoir accepté, et, dans certains cas, pris elles-mêmes l'initiative, de restituer à des États étrangers des avoirs qu'elles avaient confisqués

et qui provenaient de crimes commis par des agents étrangers corrompus²⁹. Dans le cadre du G7 élargi, la diplomatie suisse a tenté de sensibiliser ses partenaires au problème de la restitution des avoirs. Cette question constitua, d'ailleurs, un enjeu important des négociations et des débats relatifs à la convention de l'ONU contre la corruption³⁰.

Tel qu'il a été adopté, le texte³¹ établit le principe de la restitution à l'État étranger, selon le modèle inspiré de la convention de Palerme³², mais mieux adapté aux problèmes spécifiques liés au crime de corruption. Pour des raisons politiques qu'il est facile de comprendre, les difficultés liées spécialement aux situations où les agents corrompus sont encore au pouvoir n'ont pas été directement traitées dans la norme retenue. Reste donc encore à trouver le moyen de faire en sorte que, dans des cas de ce genre, les produits de la confiscation soient alloués dans l'intérêt des populations concernées et non pas dans celui de leurs dirigeants corrompus³³.

S'il faut se réjouir que les législateurs nationaux et internationaux aient cessé de se voiler la face devant ce mal endémique que la corruption internationale représente à l'égard de la régularité des marchés et, plus encore, à l'égard des institutions elles-mêmes, il serait imprudent de croire que tous les problèmes sont, dorénavant, résolus. Le chantier reste ouvert, et les occasions seront encore nombreuses de tester la sincérité des décisions d'ores et déjà prises.

NOTES

1. Le terme de corruption est, ici, employé dans son sens juridique étroit, soit la promesse ou la remise d'un avantage par le corrupteur en contrepartie d'une violation de ses devoirs par l'agent public corrompu.
2. Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.
3. Par exemple, les articles 435-3 à 435-6 du Code pénal français ou les articles 322 ter à 322 octies du Code pénal suisse.
4. Article 5 de la convention de Vienne du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.
5. Notamment par la conclusion à Strasbourg, le 8 novembre 1990, sous l'égide du Conseil de l'Europe, de la convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.
6. On peut mentionner par exemple :
 - la convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996 ;
 - la convention de l'Union européenne du 27 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne ;
 - la convention pénale sur la corruption adoptée le 4 novembre 1998 par le comité des ministres du Conseil de l'Europe, ouverte à l'adhésion depuis 1999.
7. Le 31 octobre 2003, l'assemblée générale de l'ONU a adopté le texte d'une convention contre la corruption. Cette convention est ouverte à la signature des États depuis le 11 décembre 2003.
8. Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2000, malgré la farouche opposition des États-Unis.
9. La plupart des législations érigent en infraction pénale le fait d'accomplir, sans autorisation, un acte officiel sur le territoire d'un État étranger.
10. Ou, même à l'étranger, par l'un de ses nationaux, lorsqu'une telle extension de compétence est expressément prévue par la législation interne.
11. L'article 7 de la convention de Paris impose une telle solution.
12. Tel est notamment l'objet de la convention de Strasbourg (cf. note 5).
13. On peut citer principalement :
 - les conventions de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et du 24 avril 1963 sur les relations consulaires ;
 - la convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales ;
 - l'arrêt de la Cour de justice internationale du 14 février 2002 dans l'affaire dite « du mandat d'arrêt du 11 avril 2001 », qu'un juge belge avait décerné à l'encontre d'un ministre de la République démocratique du Congo.
14. Par exemple, l'article III de la convention des Nations unies du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, ou l'article 27 du statut de Rome (cf. note 8).
15. Ces controverses furent, notamment, au centre des interminables débats liés, en Grande-Bretagne, à l'extradition du général Pinochet.
16. C'est, notamment, le cas du Tribunal fédéral suisse statuant, le 8 décembre 2000, sur le sort d'avoirs revendiqués par les autorités kazakhes.
17. Doctrine et jurisprudence anglo-saxonnes et, plus spécialement, américaines défendent, en effet, un point de vue contraire.
18. Dans le cadre de « l'affaire ELF », la preuve a été faite qu'un compte ouvert par un diplomate africain n'avait servi qu'au passage de fonds d'origine illicite.
19. Les preuves documentaires nécessaires à démontrer l'origine criminelle de « commissions » perçues par un haut dignitaire russe ont pu être faites dans un cas où non seulement les opérations financières s'étaient déroulées en Suisse, mais où les sociétés pourvoyeuses de ces prébendes étaient également helvétiques.

20. Voir, par exemple, l'article 9 de la convention de Paris (cf. note 2).
21. Voir à ce propos les articles, parus dans le *Rapport moral sur l'argent dans le monde* en 2001, de Patrick Moulette p. 287 et de Jean-François Thony p. 297.
22. Tel est l'objet, par exemple, de la liste noire publiée par le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (Gafi) créé par le G7 en 1989.
23. L'expérience en a été largement faite notamment avec la Russie et les autorités judiciaires de plusieurs autres anciennes républiques soviétiques.
24. Tel est le cas, en Europe continentale, de la Suisse, du Luxembourg, ou du Liechtenstein, qui soumettent l'octroi de l'entraide à des voies de recours démesurément retardatrices. C'est sans compter sur les autorités britanniques, dont la coopération relève du parcours du combattant à la charge des juges étrangers qui n'ont pas encore perdu tout espoir.
25. Dans le cadre des enquêtes « mains propres » engagées en Italie depuis 1992, de nombreuses poursuites ont dû être abandonnées en raison de la prescription. Selon le Parquet de Milan, la cause principale de ces retards réside dans la lenteur (ou l'absence) de la coopération des autorités étrangères.
26. Tel sera le cas lorsque l'État étranger fait la démonstration que les valeurs saisies ont été soustraites à son patrimoine par des mécanismes de détournement (vols, abus de confiance, par exemple).
27. Comme le révèlent certaines causes récentes (affaire Bofors : vente d'armes à l'Inde par la Suède ; affaire des « frégates » : vente de navires par la France à Taiwan), l'interdiction contractuelle de verser des commissions n'empêche nullement de telles pratiques.
28. Pour ne vexer personne, on renonce à fournir des exemples.
29. Au cours de la dernière décennie, les autorités suisses ont transmis directement, à une dizaine d'États étrangers, près de 80 millions d'euros.
30. Le 23 septembre 1999, le président de la République fédérale du Nigeria invitait l'assemblée des Nations unies à adopter un traité garantissant le rapatriement, dans les États en voie de développement, de tous les capitaux illégalement transférés hors de ces pays.
31. Bien que rédigé avec toute la prudence imposée par la sensibilité politique de ce thème, l'article 61 § 3 de la convention n'en retient pas moins le principe d'une restitution des avoirs confisqués à l'État victime des infractions justifiant la mesure.
32. Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, conclue à Palerme le 15 décembre 2000. Le sujet est traité à l'article 14 de la convention.
33. Les deux exemples ci-dessous sont tirés de la pratique suisse en ce domaine.
 - a) En 1998, environ 540 millions de dollars saisis sur des comptes appartenant à l'ex-dictateur philippin, Ferdinand Marcos, et à ses proches ont été restitués aux Philippines, à la condition que leur sort soit décidé par un tribunal indépendant, respectant les règles d'un procès équitable, auquel les victimes du dictateur devaient être associées.
 - b) En 2000, environ 65 millions de dollars saisis sur des comptes appartenant à des intermédiaires agissant pour la famille de l'ex-dictateur nigérian, Sani Abacha, ont été versés sur le compte de la République fédérale du Nigeria auprès de la Banque des règlements internationaux à Bâle.

